



Universidad de Valladolid



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL:

**EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA:
COMPETENCIA OBJETIVA**

Presentada por FLORENCIO DE MARCOS MADRUGA
para optar al grado de
Doctor/a por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:
PROF. DR. DON RICARDO MANUEL MATA Y MARTÍN

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. LA CREACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN ESPAÑA	21
1. CONTEXTO PENAL Y PENITENCIARIO	21
2. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA DOCTRINA PENAL DEL MOMENTO	29
2.1 El control judicial de la ejecución penal	29
2.2 El principio de legalidad ejecutiva	35
2.3 La especialización	38
2.4 La denominación de la figura judicial	39
3. LA EJECUCIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL	40
4. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA LEY PENITENCIARIA	44
5. PRIMEROS MOMENTOS DE LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA	48
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINALES	55
1. PRIMEROS VESTIGIOS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA	55
2. LA VISITA A LAS CÁRCELES	56
3. EL SIGLO XIX	60
4. EL CONTROL JUDICIAL EN EL EJECUCIÓN DE LA PENA. EL CORRECCIONALISMO	66
5. LOS CONGRESOS PENITENCIARIOS	74
6. DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL A LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA	78
CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL ...	81
1. DERECHO Y REGLAS INTERNACIONALES	81
1.1 Ámbito de Naciones Unidas	81
1.2 Ámbito del Consejo de Europa	83

1.3	Ámbito de la Unión Europea	85
2.	DERECHO COMPARADO	86
2.1	Introducción	86
2.2	Brasil	87
2.4	Italia	92
2.4	Portugal	103
2.5	Francia	109
	CAPÍTULO IV. DISEÑO Y NATURALEZA DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA	115
1.	LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA	115
2.	EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD	121
2.1	Introducción	121
2.2	Procedimiento de control	129
2.2.1	Cauces de control	129
2.2.2	Cauce del art. 76.2 g) LOGP	130
2.2.3	Comunicaciones de la Administración	132
2.3	La consideración de la especial posición desfavorable de los internos en el ejercicio de sus derechos	134
3.	EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO	136
3.1	El tratamiento penitenciario en la legislación penitenciaria	136
3.2	El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el tratamiento	149
4.	EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EL RÉGIMEN PENITENCIARIO	153
5.	NATURALEZA JURÍDICA	157
5.1	Planteamiento de la cuestión	157
5.2	Naturaleza jurisdiccional o híbrida	159
5.3	Integración en el orden jurisdiccional penal o contencioso-administrativo	165
5.4	Potestad jurisdiccional propia o delegada	168

CAPÍTULO V. MARCO COMPETENCIAL	173
1. ENCUADRE NORMATIVO	173
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL	175
3. CONFLICTOS CON LA ADMINISTRACIÓN	183
3.1 La revisión de oficio de la clasificación	183
3.2 El cuestionamiento del centro de destino de los internos	184
3.3 El control apriorístico de las restricciones de derechos	188
3.4 El control de la inclusión en los ficheros FIES	189
3.5 La relación laboral especial penitenciaria	200
4. CONFLICTOS CON LOS ÓRGANOS SENTENCIADORES	202
4.1 La fijación del límite máximo de cumplimiento	202
4.2 Órdenes de reingreso	203
4.3 Pena de trabajos en beneficio de la comunidad	203
4.4 Medidas de seguridad	204
4.5 El conocimiento de los recursos en materia de clasificación	205
5. EL JUEZ DE VIGILANCIA Y LA JUSTICIA JUVENIL	206
5.1 Delimitación de competencias entre el Juez de Vigilancia y el Juez de Menores	206
5.2 La problemática de la refundición de la medida de internamiento en régimen cerrado y la pena de prisión	213
6. CUESTIONES DE COMPETENCIA TERRITORIAL	215
7. LA COMPETENCIA PARA FORMULAR PROPUESTAS A LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA DEL ART. 77 LOGP	216
CAPÍTULO VI. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (I): EL ART. 76. 1 A) Y C) LOGP Y EL ART. 58.2 CP	219
1. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA FIJACIÓN DE LOS LÍMITES DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA	219
2. LA REFUNDICIÓN PENITENCIARIA	222
3. LA APROBACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS	230
4. EL ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DISTINTA A AQUELLA EN LA CUAL SE GENERÓ	235
4.1 Introducción	235
4.2 Requisito cronológico	237
4.3 Prevalencia del abono de la prisión preventiva a la propia causa	238

4.4 Dobles abonos de periodos de privación de libertad	243
4.5 Abono del tiempo de privación de libertad derivado de medidas de prisión provisional acordadas en otros países	245
4.6 Abono de la medida de prisión provisional acordada en un proceso de extradición pasiva/orden de detención europea (OED)	250
4.7 Abono a la pena privativa de libertad de otras medidas cautelares distintas de la prisión provisional	251
5. LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD	255
5.1 Introducción	255
5.2 Delimitación del ámbito competencial	258
5.3 Contenido de la competencia	260

**CAPÍTULO VII. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (II):
CLASIFICACIÓN Y PERIODOS DE SEGURIDAD**

1. INTRODUCCIÓN	269
2. EL ÁMBITO COMPETENCIAL CLASIFICATORIO: ART. 76.2 F) LOGP	272
3. OBJETO DEL RECURSO	275
4. LEGITIMACIÓN	277
5. PERIODOS DE SEGURIDAD: ARTS. 36 Y 78 CP	279
5.1 Origen	279
5.2 Fundamento	282
5.3 Crítica	286
5.3.1 Cumplimiento efectivo: retribución/prevención general	286
5.3.2 Desconfianza en los operadores penitenciarios	289
5.3.3 Ataque al sistema de individualización científica	291
5.4 Naturaleza	296
5.5 Supuesto del art. 36.2 CP	297
5.6 Supuesto del art. 78 CP	299
5.7 Aplicación del régimen general de cumplimiento	302
5.8 Supuestos humanitarios	307
6. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN CERRADO: ART. 76.2 J) LOGP	308
7. EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD: ART. 100.2 RP	313
7.1 Régimen de flexibilidad e individualización científica	313
7.2 El requisito de la excepcionalidad	317

7.4 Naturaleza jurídica	322
7.4 Problemática procedimental	326
8. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN EN EL TERCER GRADO	329
9. TERCER GRADO ART. 86.4 RP	330
CAPÍTULO VIII. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (III): LA SUSPENSIÓN DEL RESTO DE LA PENA Y LIBERTAD CONDICIONAL	339
1. NATURALEZA	340
2. EL PROBLEMA DEL RÉGIMEN TRANSITORIO	343
3. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA. LA SUSPENSIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	348
4. PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS Y COMPETENCIALES	350
5. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA	352
6. REQUISITOS DEL SUPUESTO GENERAL	353
7. DENEGACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL	362
8. PLAZO	363
9. SUPUESTOS PRIVILEGIADOS	365
9.1 Adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes del cumplimiento	365
9.2 Adelantamiento de la libertad condicional adicional a las 2/3 partes de hasta 90 días por año de cumplimiento	366
9.3 Adelantamiento a la mitad de la condena	367
9.4 Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales	368
9.4.1 Pena de prisión	368
9.4.2 Pena de prisión permanente revisable	370
9.5 Libertad condicional de extranjeros y españoles residentes en el extranjero	371
10. NORMAS DE CONDUCTA	372
11. MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONDUCTA Y DEL PLAZO DE SUSPENSIÓN	375
12. REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL	376
12.1 Introducción	376
12.2 Causas de revocación	377
12.3 Órgano jurisdiccional competente para la revocación	381

CAPÍTULO IX. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (IV): LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL ART. 60	385
1. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	385
1.1 Concepto y fundamento	385
1.2 Presupuestos	389
1.3 Estados peligrosos	389
1.4 Límite temporal de las medidas de seguridad	391
2. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA	392
2.1 Delimitación de la competencia	392
2.2 Medidas de seguridad privativas de libertad	393
2.3 La custodia familiar	397
2.4 La libertad vigilada postpenitenciaria	399
2.4.1 Introducción	399
2.4.2 Contenido de la competencia	403
3. ENAJENACIÓN MENTAL DE APRECIACIÓN SOBREVENIDA	412
3.1 Introducción y problemática	412
3.2 Supuesto de hecho del art. 60 CP	415
3.3. Imposición de la medida de seguridad	416
3.4. Duración de la medida de seguridad	418
3.5 Revisión de la medida y restablecimiento de la salud	420
CAPITULO X. COMPETENCIA DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN CUESTIONES DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO	423
1. PERMISOS DE SALIDA	424
1.1 Fundamento	424
1.2 Naturaleza	427
1.3 Permisos extraordinarios	430
1.4 Permisos ordinarios	432
1.4.1 Concepto	432
1.4.2 Requisitos	433
1.4.3 Causas de denegación	440
1.4.3.1 Introducción	440
1.4.3.2 Instrumentos predictivos	441

1.4.3.3 Situación jurídica no clarificada	442
1.4.3.4 Procedimiento de extradición u Orden Europea de Detención	443
1.4.3.5 Mal uso de las oportunidades	444
1.4.3.6 Marco social de referencia. La condición de extranjero	445
1.4.3.7 Las adicciones	445
1.4.3.8 Naturaleza de la actividad delictiva	446
1.4.3.9 Alarma social	446
1.4.3.10 Lejanía en el cumplimiento	447
1.5 Tramitación de los permisos	448
1.5.1 Procedimiento	448
1.5.2 El alcance del derecho del interno a la prueba: el acceso al expediente personal	451
1.5.3 Suspensión/revocación	453
1.6 Las salidas programadas del art. 114 RP	454
1.7 Permisos terapéuticos en las medidas de seguridad privativas de libertad	454
2. LAS SALIDAS DEL ART. 117 RP	455
CAPÍTULO XI. EL CONTROL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA	459
1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO	459
2. PROCEDIMIENTO Y GARANTÍAS	463
2.1 Introducción	463
2.2 La prueba ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria	464
2.3 Acceso al material probatorio	465
2.4 Carga de la prueba	465
2.5 Principio <i>ne bis in ídem</i> y la prejudicialidad	465
2.6 Carácter no público del procedimiento	468
2.7 Asesoramiento	468
3. APROBACIÓN DE LAS SANCIONES DE AISLAMIENTO EN CELDA SUPERIOR A CATORCE DÍAS	470
3.1 El aislamiento como sanción	470
3.2 Garantías jurídicas y sanitarias	472

3.3 Supuestos de hecho	473
3.4 Competencia territorial para la aprobación de la sanción de aislamiento superior a catorce días	478
4. EL CONTROL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA EJECUTIVIDAD INMEDIATA DE LAS SANCIONES	480
5. EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS RECURSOS	481

CAPÍTULO XII. LAS COMPETENCIAS DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS

1. PETICIONES Y QUEJAS DE LOS INTERNOS	484
1.1 El objeto de la competencia	484
1.2 Legitimación	489
1.3 Contenido de las quejas	489
2. LAS VISITAS A LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS	491
3. CONTROL DE LOS ACUERDOS DE LA ADMINISTRACIÓN LIMITATIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES	492
3.1 Restricción de las comunicaciones	492
3.1.1 Introducción	492
3.1.2 Aspectos competenciales	496
3.1.3 Objeto y requisitos de la intervención	497
3.1.4 Uso de lengua propia	499
3.1.5 Denegación de comunicaciones. Especial problemática de las comunicaciones con profesionales de los medios de comunicación social	499
3.1.6 Suspensión de comunicaciones	502
3.2 Medios coercitivos	503
3.2.1 Concepto y normativa internacional	503
3.2.2 Supuestos y principios	505
3.2.3 Comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria	508
3.2.4 Motín	509
3.3 Cacheos	509
3.4 Limitación de la tenencia de libros y publicaciones	514
4. RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES RELATIVAS A DECISIONES QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE VIDA O UBICACIÓN DE LOS INTERNOS	517

4.1 Limitaciones regimentales	517
4.2 Exceso de permanencia en el departamento de ingresos	521
4.3 Comunicación de los traslados	521
4.4 Traslado de menores de 21 años a departamentos de adultos	522
5.- RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES DE CUESTIONES SANITARIAS ..	525
5.1 Las intervenciones forzadas. Huelgas de hambre y rechazo de tratamientos médicos por los internos	525
5.1.1 El consentimiento informado en general	525
5.1.2 El consentimiento informado en las personas privadas de libertad: huelgas de hambre reivindicativas	529
5.1.3 El consentimiento informado en las personas privadas de libertad: rechazo al tratamiento médico del paciente-interno	534
5.2 Ingreso de internos en centros hospitalarios	538

CAPÍTULO XIII. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA COMO JUEZ EUROPEO

EUROPEO	539
1. INTRODUCCIÓN	539
2. TRANSMISIÓN DE UNA PENA O MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD ...	545
2.1 Objeto de la transmisión	545
2.2 Sujetos de la transmisión	546
2.3 Consentimiento	548
2.4 Autoridades competentes para la transmisión	550
2.5 Inicio del procedimiento de transmisión	553
2.6 Causas de improcedencia <i>ab initio</i> de la transmisión	554
2.6.1 Ausencia de documentación	554
2.6.2 Tiempo de duración de condena inferior a seis meses	554
2.6.3 Cosa juzgada/litispendencia	554
2.6.4 Causa pendiente	555
2.6.5 Existencia de otras penas o medidas de seguridad no privativas de libertad	556
2.7 Adopción de medidas cautelares	560
2.8 Control de la doble tipificación	560
2.9 Motivos de denegación	561
2.9.1 Posibilidades de reinserción: las consultas previas entre autoridades	561

2.9.2 Denegación por el estado de las cárceles	562
2.10 Resolución acordando la transmisión	565
2.11 Decisión del Estado de ejecución. Retirada del certificado	566
2.12 Normativa de ejecución	569
3. TRANSMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN DE LIBERTAD VIGILADA	570
3.1 Objeto de la transmisión	570
3.2 Sujetos de la transmisión	573
3.3 Procedimiento	573
CAPÍTULO XIV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA	577
1. CONCLUSIONES	577
2. PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA	591
BIBLIOGRAFÍA	599
DOCUMENTOS WEB	627
OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS	629
ÍNDICE TEMÁTICO JURISPRUDENCIAL	631

ABREVIATURAS

AAN	Auto de la Audiencia Nacional
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJI	Auto del Juzgado de Instrucción
AJM	Auto del Juzgado de Menores
AJVP	Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DM	Decisión Marco
FGE	Fiscalía General del Estado
I SGIP	Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
LCRM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJAPPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y Procedimiento administrativo común
LRM	Ley de Reconocimiento Mutuo
RP	Reglamento Penitenciario
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCJ	Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta tesis doctoral que lleva por título *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: competencia objetiva* no es sino llenar el vacío existente en el abordaje de esta figura jurisdiccional sobre la cual no abundan los trabajos doctrinales.

En este sentido, en el ámbito del Derecho material, hay que citar un primer estudio, la tesis doctoral dirigida por el Profesor García Valdés, llevado a cabo al efecto, poco tiempo después de la ley penitenciaria, por la Profesora Alonso de Escamilla, con el título *El Juez de Vigilancia Penitenciaria* (1984), publicada bajo esa misma rubrica¹.

Años después, con la dirección del Profesor Moreno Cátena, la tesis doctoral de la Profesora González Cano: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad* (1993); publicada bajo el título *La Ejecución de la pena privativa de libertad*².

En el ámbito procesal, una primera tesis doctoral dirigida por la Profesora Aragoneses Martínez, elaborada por la Profesora Peiteado Mariscal, con el título *El ejercicio de la función jurisdiccional en la ejecución de condenas privativas de libertad. Especial estudio de los órganos jurisdiccionales sentenciadores y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria* (1999); publicada con el título *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*³.

Posteriormente hay que hacer necesaria referencia al más cercano trabajo en el tiempo, la tesis dirigida por el Profesor López Benítez, del Magistrado Benítez Yebenes⁴: *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria* (2016); publicada con ese mismo título⁵.

Fuera del campo jurídico, algo poco frecuente con las instituciones propias de tal campo, un estudio de la figura desde la perspectiva la Psicología, la tesis elaborada por Sacau Fontenla, dirigida por el Profesor Sobral Fernández, que lleva por título *Racionalidad socio-política proyectada sobre lo jurídico: Las decisiones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*.

Al margen ya del ámbito académico, no puede olvidarse el trabajo del Magistrado RACIONERO CARMONA, fallecido prematuramente, que dedicó una parte relevante de su carrera a desempeñar las funciones de Juez de Vigilancia, titulado *Derecho Penitenciario y privación de Libertad. Una perspectiva jurídica*⁶; obra, sin duda, fruto de

¹ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: Civitas, 1985.

² GONZALEZ CANO, María Isabel. *La Ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

³ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*. Madrid: Edersa, 2000.

⁴ Entonces Magistrado de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga (sede en la ciudad autónoma de Melilla), compatibilizando su trabajo como juez sentenciador, con las funciones de Juez de Vigilancia Penitenciaria.

⁵ BENÍTEZ YEBENES, Rafael. *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria*. Madrid: Dykinson, 2017.

⁶ RACIONERO CARMONA, Francisco. *Derecho Penitenciario y privación de Libertad. Una perspectiva jurídica*. Madrid: Dykinson, 1999.

su amplia experiencia y que aborda los aspectos relativos a la competencia y funcionamiento de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

En mi caso, el interés por el estudio de esta figura jurisdiccional responde a una doble condición que concurre en mi persona. Por un lado, la de Magistrado, dedicado al desempeño de su función en el ámbito de la vigilancia penitenciaria desde 1998, en su primer destino en esta área en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Andalucía (con jurisdicción en las provincias de Málaga y Almería; desde 2003, solo en la primera), en la actualidad en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº1 de Castilla y León (provincias de Valladolid, Segovia y Ávila); por otro, la de Profesor Asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, con un breve paréntesis de ausencia, desde el año 2006.

La cualidad de profesional del foro, unida ella a la de docente, da una visión de la realidad penitenciaria especialmente enriquecedora, que permite abordar los problemas que surgen en el día a día en la vida carcelaria desde una perspectiva plural; conocimientos teóricos y doctrinales en el entendimiento de la búsqueda de un objetivo de intentar una auténtica Justicia de calidad.

El objetivo pues de este trabajo no es sino aportar una visión de conjunto, propia de la *praxis*, fruto del ejercicio de la función jurisdiccional, junto a la académica, en este caso impartiendo durante años en estas aulas la asignatura de Derecho Penitenciario, haciendo una, la experiencia y la teoría. Si se ha logrado, es algo que no me corresponde decidir.

El interés del tema elegido, desde una perspectiva puramente objetiva, es indiscutible, siendo varios los condicionantes al efecto.

Si la pena privativa de libertad es sin duda la respuesta de mayor entidad hoy en día frente al delito y, paralelamente, es la consecuencia punitiva empleada con mayor profusión en el Código Penal frente a las conductas infractoras, la singular significación de la labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria en su aplicación, una vez recogida la figura en la ley penitenciaria, es indiscutible.

Si la piedra angular del Estado de Derecho son los derechos fundamentales de los ciudadanos, la existencia de un órgano jurisdiccional específico con el objetivo crucial de la salvaguarda de aquellos con relación a las personas privadas de libertad, sector especialmente sensible de la sociedad, hace que tal figura esté llamada a ser una pieza básica del sistema⁷.

Si a ello se unen las importantes funciones íntimamente ligadas a la ejecución de la condena, la realización del principio reinsertador como fin fundamental de la respuesta penal, art. 25 CE, junto con el control de un importante sector de decisiones de la Administración penitenciaria, como se expone a lo largo de estas páginas, el interés de la figura se revela como incuestionable.

A todo ello cabe unir un interés que trasciende al mundo estrictamente jurídico, que se proyecta sobre la sociedad, de lo cual es claro reflejo los medios de comunicación: la relevancia de las decisiones que adopta este órgano jurisdiccional, en

⁷ STCJ de 8 de julio de 1991, cuestión de competencia 2/1991.

no pocas ocasiones, ocupan extensos titulares en la prensa por la curiosidad y debate que suscitan sus decisiones en la opinión pública.

En conclusión, se trata, el tema elegido, de una materia que presenta, por un lado, una insuficiente atención en cuanto a su estudio y, por otro, cuenta con una trascendencia práctica y de interés social indiscutible.

No puedo aquí sino hacer mención del importante papel que juega en la toma de decisión de abordar este trabajo el Profesor Mata y Martín, director de esta tesis, pues fue idea suya la de emprender los estudios de doctorado por mi parte, siendo además coincidente conmigo, sin haber hablado nunca del tema, sobre cual habría de ser el objeto de mi estudio. Mi más profundo agradecimiento tanto por el sutil *empujón*, catalizador en mi caso del germen de un propósito *in mente*, como por la recta dirección, el haber sabido despertar el interés por aspectos de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria que, en principio, no eran de especial relevancia para mí, los acertados comentarios y las, por qué no, justas críticas durante estos años, todo lo cual ha hecho posible hacer realidad esta obra, la cual no puede esconder su impronta.

La metodología expositiva que se ha seguido en este trabajo responde a un parámetro que se podría calificar de clásico en cuanto a su enfoque: encuadre histórico, Derecho Comparado, naturaleza jurídica y desarrollo normativo competencial del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

De este modo, tras esta introducción, en el Capítulo I nos sumergimos en el escenario histórico en el cual surge la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, con referencia a las consideraciones constitucionales y penales en las que se encuadra, además del estado doctrinal previo y coetáneo a su nacimiento; a continuación, se hace referencia a los trabajos preparatorios de la Ley de 1979, todo ello en orden a contextualizar su aparición en un determinado momento tan significativo en nuestra historia reciente cual es la Transición.

En el Capítulo II se abordan los antecedentes remotos de la función de control de la privación de libertad, las referencias en nuestros textos históricos, su evolución, especialmente desde el siglo XIX hasta nuestros días. Del propio modo, se hace una exposición de los planteamientos doctrinales de los que nace, de una u otra forma, el proceso de judicialización de la ejecución de la pena, tanto en España, como la puesta en común que significaron los Congresos penitenciarios.

El Capítulo III analizaría las referencias en los textos internacionales a los órganos y función de control del modo en el cual se lleva a cabo la privación de libertad, para posteriormente examinar algunos de los modelos judiciales más significativos que han tenido su desarrollo en diversos países, a saber, Brasil, como pionero en la materia, Italia, Francia y Portugal.

En el Capítulo IV se recoge el diseño funcional en España del Juez de Vigilancia Penitenciaria en su labor en aras al control de la ejecución de la pena privativa de libertad, destacándose, por un lado, la faceta de garante de los derechos fundamentales de los internos, y, por otro, su papel en el tratamiento y en el régimen penitenciario; todo ello tras la exposición de una visión general de ambos institutos. Partiendo de tal diseño ha de considerarse su naturaleza jurídica, reflejándose las serias discrepancias al

respecto; así desde quienes dudan de su carácter jurisdiccional, en las posiciones más extremas, a los que, desde otros postulados, cuestionan su carácter estrictamente penal, cuando no afirman su encuadre en el orden contencioso-administrativo, planteándose incluso si ejerce potestades propias o es un mero delegado del sentenciador.

Con el Capítulo V se inicia el análisis del objeto fundamental de este trabajo, el examen de la configuración que los diversos textos legales (Ley Orgánica General Penitenciaria, Código Penal, Reglamento Penitenciario, Ley de Reconocimiento Mutuo, Ley del Estatuto de la Víctima) han hecho de la atribución competencial, cómo ha ido evolucionando hasta la actualidad y los conflictos que esta ordenación ha dado lugar, ya con la Administración penitenciaria, ya con los órganos sentenciadores, cuando no, por la insuficiencia normativa, entre los mismos Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Se recoge, del propio modo, un tema especialmente conflictivo ante la equívoca regulación legal, cual es la participación del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la ejecución de las medidas de internamiento en régimen cerrado impuestas conforme a la legislación de menores, pero que se cumplen conforme a la ley penitenciaria, lo que lleva a preguntarse si se ha producido una transmutación de la medida original en pena, amparándose así un fraude de etiquetas, poniéndose en serio riesgo el principio de culpabilidad. Se terminaría este capítulo con una referencia a la más que centenaria potestad de los órganos judiciales en el ámbito penitenciario de formular propuestas a la Administración en aquellas cuestiones que exceden de la competencia judicial.

En los Capítulos VI a IX se abordan todas aquellas competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria que se consideran forman parte de la ejecución de la pena. En el primero de ellos, se examina el principio de unidad de ejecución, la denominada refundición penitenciaria, fruto más que de la ley, creación jurisprudencial y penitenciaria, sin la cual sería absurdo e incoherente el cumplimiento simultáneo y enlazado de varias penas privativas de libertad. La aprobación de los beneficios penitenciarios en sentido estricto y el abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en la cual se generó ponen fin al capítulo. En este último punto, amén estudiarse de la regulación en nuestro ordenamiento de esta materia, se analiza un tema sobre el cual existe escasa literatura, pero que surge en el foro, cual es el eventual abono, en el marco del Derecho Europeo, de las medidas cautelares acordadas por las autoridades de otros Estados a condenas impuestas en España

El Capítulo VII se dedica al estudio de las potestades en la materia clasificatoria, competencia que se concentra, con alguna excepción -la dudosa posición en la aplicación del régimen cerrado-, en un segundo plano de la actividad, en la vía del recurso contra la decisión administrativa. Se ocupa el capítulo además de analizar la temática de los periodos de seguridad, el cuestionamiento que aquellos suponen del sistema de individualización científica y los diversos problemas de índole práctica que suscitan, en especial en el caso de la acumulación jurídica de penas. Se completa el capítulo con el denominado régimen de flexibilidad y su proyección sobre la clasificación, con especial referencia a la proyección que sobre aquel ha tenido la última jurisprudencia del Tribunal Supremo (*asunto Procés*).

El Capítulo VIII tiene como único objeto la institución penitenciaria que supone la culminación del proceso reinsertador: la libertad condicional. Se abordan así las

múltiples cuestiones que suscita la nueva regulación tras reforma del Código Penal por la LO 1/2015, tales como su nueva naturaleza jurídica, el problema del régimen transitorio, requisitos del supuesto general, las diversas modalidades, la imposición de las normas de conducta y sus modificaciones y, por último, su revocación. Se centra el tema en los aspectos que afectan a la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, por ello con referencia a la pena de prisión, si bien también se analizan algunos aspectos de la proyección de la nueva regulación en la pena de prisión permanente revisable.

El Capítulo IX tiene por objeto la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en las medidas de seguridad, principalmente en las privativas de libertad; pero también en aquellas no privativas de libertad en las cuales la ley le confiere ciertas potestades: la libertad vigilada postpenitenciaria y en la poco perfilada custodia familiar. Se recoge también las oportunas referencias a la enajenación mental de apreciación sobrevenida del art. 60 CP.

En el Capítulo X se analiza en papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la actividad tratamental a través de los diversos mecanismos de contacto del interno con la libertad. Se recogen aquí las cuestiones relativas a los permisos penitenciarios, en sus dos modalidades, ordinarios y extraordinarios; salidas programadas; terapéuticas; salidas del art. 117 RP; y la recepción de comunicaciones relativas a modalidades del tercer grado, ya sean formas especiales de ejecución, ya aplicación de control telemático.

El Capítulo XI se ocupa de analizar las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria relativas al control de ejercicio de la potestad disciplinaria, fundamentalmente en vía recurso, lo cual supone residenciar, frente a tiempos pasados, en el orden penal y no en el contencioso-administrativo, la garantía jurisdiccional. Se estudia además el especial régimen de la sanción de aislamiento en celda, respecto a la cual se realiza un novedoso abordaje que cuestiona el desarrollo normativo que de la autorización judicial se hace en el Reglamento Penitenciario, poniéndose en duda su validez y perfilando su verdadero alcance.

El Capítulo XII se dedica a la que quizás sea la razón de ser del Juez de Vigilancia y que justifica en última instancia su existencia: su configuración como garante de los derechos de los internos. Función que despliega, bien dando respuesta a las quejas que, con relación a los derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios, se le plantean; bien pronunciándose de oficio ante las comunicaciones que la Administración realiza de sus actos restrictivos de derechos. Y junto a ello, la secular potestad de realizar visitas a los establecimientos penitenciarios, una forma directa de conocer la realidad carcelaria y ser receptor, sin intermediarios, de las inquietudes y reclamaciones de las personas privadas de libertad.

Con el Capítulo XIII nos asomamos a la nueva realidad de la configuración del Juez de Vigilancia Penitenciaria como un operador en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, con su papel y carácter de autoridad de emisión en la transmisión de penas y medidas de seguridad privativas de libertad y ciertas resoluciones de libertad vigilada. Se aborda, desde una óptica práctica, los diversos problemas que se suscita la nueva configuración normativa de la transmisión de tales respuestas penales entre Estados de la Unión Europea y las dudas que resultan del sistema articulado.

Por último, en el Capítulo XIV, tras exponer las conclusiones de este trabajo, se sugieren, para dar fin a aquel, las medidas de Política Legislativa en orden a mejorar la configuración del Juez de Vigilancia y potenciar y regular adecuadamente sus funciones.

Junto al índice bibliográfico, se ha considerado interesante incluir un índice jurisprudencial, en el cual se recogen las resoluciones judiciales citadas en el texto, ordenadas por materias. Se ha optado por incluir sus referencias oficiales conforme a la base de datos del CENDOJ, para mejor identificación, lo que constituye una útil guía para la mejor comprensión de esta materia.

CAPÍTULO I. LA CREACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN ESPAÑA

1. CONTEXTO PENAL Y PENITENCIARIO
2. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA DOCTRINA PENAL DEL MOMENTO
 - 2.1. El control judicial de la ejecución penal
 - 2.2. El principio de legalidad ejecutiva
 - 2.3. La especialización
 - 2.4. La denominación de la figura judicial
3. LA EJECUCIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
4. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA LEY PENITENCIARIA
5. PRIMEROS MOMENTOS DE LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

1. CONTEXTO PENAL Y PENITENCIARIO

Con la creación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la LO 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*, se inicia en nuestro país un proceso de judicialización de la ejecución de la pena privativa de libertad en orden a dar cumplimiento al mandato constitucional recogido en el art. 117 CE, que preconiza que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a los juzgados y tribunales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Para hacer realidad este enunciado, se va a elegir un modelo de Juez de Vigilancia que combinaría funciones de ejecución de las penas privativas de libertad, por un lado, y, por otro, de garante de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, dándose respuesta con ello a la previsión recogida en el art. 56.2 de las *Reglas mínimas* del Consejo de Europa, aprobadas por Resolución de 19 de enero de 1973, que recomiendan que el respeto de los derechos de los reclusos y la legalidad de la ejecución de la pena sean garantizados por un mecanismo judicial o administrativo externo⁸.

La creación del Juez de Vigilancia enlaza con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, en directa conexión con el art. 25 CE, habiéndose pasado de un carácter unidimensional de aquella, custodial, que simplemente precisaba un control exterior, a otro poliédrico, fruto de la consolidación de las expectativas preventivo-

⁸ BUENO ARÚS, Francisco. "El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados". En: *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1987.

especiales, lo cual exige un incremento del control imparcial e independiente que la nueva figura viene a llenar⁹.

Hasta la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, los tribunales se limitaban a ordenar el ingreso de los penados en las cárceles, olvidándose, de facto, de aquellos hasta su excarcelación, condicional o definitiva, quedando en manos de la Administración penitenciaria la ejecución material de la pena. Las previsiones legales vigentes hasta entonces, art. 990 LCRM¹⁰, art. 838 de la *Ley provisional sobre organización del Poder Judicial* de 1870¹¹ y art. 93 del *Reglamento del Servicio de Prisiones* de 1956¹², eran de tal generalidad y vaguedad en sus enunciados, meras normas en blanco que no contienen sino una remisión a otros preceptos, que las posibilidades reales de control quedaban en nada.

La situación de la ejecución penitenciaria pocos años antes de la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria puede ser calificada como algo estrictamente administrativo, lo cual se habría logrado por dos vías. La primera, subsumiendo a toda la Administración penitenciaria bajo la dependencia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a la que se atribuiría la dirección, gestión y resolución de cuantos asuntos afectaren a la administración y al régimen penitenciario; especialmente tendría a su cargo tanto la organización, vigilancia y fiscalización de las instituciones penitenciarias en orden al cumplimiento de sus fines, como la aplicación del tratamiento penitenciario adecuado, dirigido a la readaptación y reinserción social de los sentenciados a penas de privación de libertad, la observación de la conducta de quienes

⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. "La judicialización Penitenciaria. Un proceso inconcluso". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1995, p. 280.

¹⁰ Art. 990 LCRM -texto original-.

Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos.

Corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno.

La competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena.

Los Tribunales ejercerán además las facultades de inspección que las Leyes y Reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse las penas.

¹¹ Art. 838 Ley provisional sobre organización del Poder Judicial

Corresponderá al Ministerio Fiscal: 12. Velar sobre el cumplimiento de las sentencias en los pleitos y causas en que hayan sido parte, á cuyo efecto tendrán el derecho y el deber de visitar los establecimientos penales para inspeccionar si las sentencias, en lo criminal, se cumplen en la forma en que hubiesen sido impuestas. No podrán, sin embargo, introducir alteraciones en el régimen y disciplina de las prisiones, limitándose en su caso á exponer al Gobierno los vicios que observaren y los medios de corregirlos.

¹² Art. 93 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956

Las visitas generales de presos y penados que los Jueces y Tribunales lleven a cabo en las fechas preceptivamente señaladas tendrán por objeto comprobar la situación procesal de los reclusos o la forma en que cumplen sus condenas, sin que ello afecte al régimen y disciplina del Establecimiento. A este fin los directores de las prisiones dos días antes del en que ha de verificarse el acto enviarán al Tribunal una relación exacta de los procesados o penados, según se trate de visita de presos o de revista penal comprensiva de los datos pertinentes. Durante las visitas los Directores ocuparán puesto en estrados a la derecha del Tribunal, teniendo a la vista los expedientes de los reclusos que sean objeto de la visita para exponer en su caso las aclaraciones que se juzguen necesarias.

se encuentran cumpliendo condena en régimen de libertad condicional, etc. Y, por otro lado, administrativizando al máximo la prisión y evitando cualquier entrada de órganos judiciales en el sistema carcelario, pues las previsiones de los arts. 990 a 994 LCRM, serían de una notoria vaguedad, quedando las facultades inspectoras tan difuminadas que sería imposible que tuvieran efectividad; al igual que los arts. 84 y 85 CP, los cuales tendrían o una proyección administrativa o serían inútiles. El eventual control de esta actividad, dada su calificación, sin perjuicio de la merma de su eficacia real, se dilucidaría en la vía contencioso-administrativa¹³.

Las propias visitas del Fiscal y del Juez recogidas en el art. 526 LCRM¹⁴, referidas a los internos preventivos, aunque extendidas en la práctica a los penados, solo comprendían la eventual adopción de las medidas que cupieran en sus atribuciones para corregir los abusos y desviaciones que observaren, pero todo lo demás quedaba en mera propuestas, sugerencias o traslado de quejas a las autoridades penitenciarias¹⁵.

La figura del Juez de Vigilancia surge bajo el deseo de judicializar la ejecución de la pena privativa de libertad y responde al principio de legalidad y garantía de ejecución ante el desinterés generalizado hasta entonces en cuanto a lo que acontecía una vez dictada sentencia, posicionamiento este inadmisibles, pues el contenido de la pena no es solo su duración, antes bien su modo de cumplimiento¹⁶.

Pueden darse tres motivos para justificar la introducción de esta nueva figura en la organización judicial. Uno, la necesidad de control jurisdiccional del proceso de individualización de la ejecución de la pena: hacer realidad el mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En segundo lugar, la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas privadas de libertad en consonancia con el enunciado del art. 25.2 CE relativo a que aquellas no tendrán más restricciones en sus derechos que los derivados del fallo condenatorio, del sentido de la pena y de la ley penitenciaria. Y, por último, en tercer lugar, llevar a la práctica el principio enunciado en el art. 106.1 CE de subordinación de la Administración a la legalidad y al control de los tribunales¹⁷.

¹³ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 1ª Ed. Tomo I. Madrid: s.n., 1949, p. 553; CANO MATA, Antonio. "El juez de ejecución de penas". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 176-77, 1967, p. 91; CANO MATA, Antonio. "Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso". En: *Revista de Administración Pública*, n.º 76, 1975, pp. 35-38 y 46-50; CANO MATA, Antonio. "La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de vigilancia". En: *Revista de Administración Pública*, n.º 95, 1981, pp. 155-156.

¹⁴ Art.526 LCRM.

El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efecto por el Fiscal de la respectiva Audiencia; y donde exista este Tribunal, harán la visita el Presidente del mismo o el de la Sala de lo criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio fiscal y con asistencia del Juez instructor.

En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren.

¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Naturaleza de la Jurisdicción de Vigilancia: Aspectos procesales y administrativos". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra 1, 1989, p. 117.

¹⁶ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. *El Juez de Vigilancia...* op. cit., p. 34.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho Penitenciario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 307.

El nacimiento de una jurisdicción especializada próxima a la ejecución no sería un problema de desconfianza hacia la Administración, sino que la situación del recluso, por su condición, su recelo a la Justicia que le ha condenado, las restricciones propias del sistema penitenciario, falta de libertad de movimientos o sentimientos de desprotección y el mandato constitucional derivado del art. 117, la hacen necesaria¹⁸.

La judicialización de la actividad penitenciaria, en la medida en que los derechos no dependen tanto de cómo los describen las leyes materiales, sino de la eficacia y acertado funcionamiento de los procesos diseñados para hacerlos exigibles, alcanza un significado de transcendencia gigante en la actual legislación constitucional sobre el cumplimiento de la pena privativa de libertad¹⁹.

El sistema penal vigente al tiempo de la creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria en España tomaba como referencia el Código Penal de 1973²⁰. Este *texto refundido* presentaría como aspecto positivo la derogación total o parcial de una amplia serie de leyes especiales, más en lo negativo, con la integración de aquellas en el Código, éste se habría endurecido más aún²¹.

El Código recogía en art. 84 el sistema progresivo como forma de cumplimiento de las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, remitiendo a la legislación penitenciaria la regulación de las cuestiones atinentes al régimen, grados, ascensos, trabajos, enseñanza y visitas. Se regulaba en tal texto, además, dos instituciones de gran calado en el sistema cumplimiento de penas: la libertad condicional en el art. 93, de la cual se excluía las penas de privación de libertad de duración inferior a un año; y la redención de penas por el trabajo, en el art. 100, para todos los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Esta última figura, había sido introducida en nuestro ordenamiento en 1937²² y luego fue recogida en el Código Penal de 1944, que amplió su ámbito de aplicación a todas las penas de más de dos años de privación de libertad.

Tras la muerte de Franco, el Código Penal habría sido reformado en orden a la exclusión de los aspectos más intolerables de la legislación penal española: en febrero de 1976 se deroga parcialmente el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, sobre prevención de terrorismo; en julio de 1976, liberalizando los delitos ideológicos; diciembre de 1976, con una nueva regulación del delito militar de la objeción de conciencia; en enero de 1977 la supresión del Tribunal de Orden Público; en mayo de 1978 la supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento; en octubre se descriminaliza la propaganda y venta de productos anticonceptivos y se modifica la

¹⁸ MAPELLI CAFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª ed. Navarra: Civitas, 2011, p. 178.

¹⁹ CARMENA CASTRILLO, Manuela. "Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. La eficacia del control jurisdiccional en el cumplimiento de la Legislación penitenciaria". En: *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*, Madrid: CGPJ, 1993, p. 21.

²⁰ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

²¹ BARBERO SANTOS, Marino, *Política y derecho penal en España*. Madrid: Tucur Ediciones, 1977, pp. 84-85.

²² Decreto nº 281 de 28 de mayo de 1937 *concediendo el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos no comunes*.

formulación de los delitos de estupro y raptó; y en diciembre de 1978 se suprime de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, como estado peligroso, la homosexualidad²³.

Conscientes de la acuciante necesidad de renovación del Derecho Penal español, en abril de 1978, con anterioridad a la aprobación de la Constitución, el ministro de Justicia, Landelino Lavilla, encargó iniciar los trabajos de redacción de un nuevo Código Penal, designándose al efecto una ponencia cuatripartita con la misión de redactar el *Anteproyecto*. Formaron parte de aquella el Magistrado del Tribunal Supremo Fernando Díaz Palos, el Fiscal del mismo Cándido Conde Pumpido y los Catedráticos Gonzalo Rodríguez Mourullo y Enrique Gimbernat Ordeig. Antes de agosto de 1978 estaría redactada la Parte General, trabajándose en enero y febrero en la Parte Especial, anunciándose en septiembre de 1979 la remisión por el Gobierno a las Cortes del texto íntegro, hecho que tuvo efectivamente lugar en diciembre de 1979. El *Proyecto*, que no llegaría a convertirse en Ley, sería publicado en el Boletín de las Cortes el 17 de enero 1980²⁴.

Dicho texto contenía una remisión en cuanto a la forma cumplimiento de la pena de prisión, como no podía ser de otra forma, a la Ley y Reglamento Penitenciario, art. 39, si bien contenía algunas referencias al trabajo penitenciario y sus fines, entre ellos la reinserción social, art. 40, y al destino que habría de darse al salario por él obtenido - las deudas alimenticias entre parientes y el pago de las responsabilidades civiles, art. 41-. En los arts. 101 y 102, siguiendo la tradición legislativa iniciada en el Código de 1928, se regularía la libertad condicional, con una referencia expresa la Juez de Vigilancia, al que le correspondería tanto la aprobación de aquella, como la eventual revocación por inobservancia de las reglas de conducta o comisión delictiva, en todo caso sin pérdida del tiempo pasado en libertad.

La Legislación material penal de la época se complementaba con la Ley 16/1970, de 4 de agosto, *sobre peligrosidad y rehabilitación social*, que regulaba medidas de seguridad predelectuales. Este texto vino a sustituir a la Ley de Vagos y Maleantes, aprobada el 4 de agosto de 1933, la cual, regulaba aquellas medidas con relación a los estados peligrosos que definía en su art. 2, entre otros vagos, rufianes, proxenetes, mendigos profesionales, etc. Tal norma había sido modificada por Ley de 15 de julio de 1954, que, por un lado, vino a ampliar los estados peligrosos -incluyendo ahora a los homosexuales, a aquellos que, en sus actividades y propagandas, reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco y los que públicamente hagan la apología de dichos delitos, así como a los que, de cualquier manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública- y, paralelamente, por otro, estableció las correspondientes medidas al efecto. Existirían además unos órganos jurisdiccionales específicos para su aplicación. Formalmente, aunque *de facto*

²³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*. Madrid: Universidad Complutense, 1979, pp. 20-21.

²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a...* op. cit., pp. 21-22; CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "Introducción al nuevo Código Penal español: líneas directrices y contenido fundamental". En: *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extraordinario 10, 1997, p. 10.

la Ley de 1970 habría decaído en su aplicación en los años siguientes a la Constitución, no habría sido derogada sino con la aprobación del Código Penal de 1995.

Como pone de relieve ANDRÉS LASO²⁵, en la práctica la dictadura habría desvirtuado la pretendida finalidad rehabilitadora de las medidas, sustituyéndola por otra de carácter defensivo y represivo, acumulando aquellas a las penas, en incluso a sanciones administrativas, como consecuencia de unos mismos hechos, con la correspondiente quiebra del principio *non bis in ídem*. No existirían medios especializados adecuados para el cumplimiento de las medidas, que además se aplicarían con carácter indeterminado en su duración.

En lo penitenciario, regía el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956²⁶. Tal texto, en su redacción original, recogería dos tipos de establecimientos penitenciarios, a saber, prisiones preventivas y de corrección; las primeras englobarían las prisiones provinciales y de partido, destinadas a detenidos, 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 segundos, también llamados prisiones centrales, se destinarían al cumplimiento de penas privativas de libertad. El sistema de cumplimiento sería el progresivo, recogido en el art. 84 del Código Penal de 1944, en atención a la observación de las cualidades físicas, morales, psíquicas y psicotécnicas del penado y basado en la obligatoriedad del trabajo y el aprendizaje de oficios que condujeran a la educación moral y física e instrucción del delincuente²⁷.

En 1968²⁸ este Reglamento habría sido objeto de una crucial reforma para adaptarlo a los nuevos postulados garantistas emanados de Naciones Unidas²⁹ y del Consejo de Europa, introduciendo en nuestro sistema el tratamiento criminológico encaminado a la reforma del interno. A partir de ahora, aquel se basaría en el estudio científico de la personalidad del sujeto y la progresión se haría 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. Por otro lado, el sistema de clasificación sería el precedente del actual, recogiendo los postulados tratamentales dominantes en el momento. Por último, cabe señalar que se recoge el principio celular en los establecimientos de preventivos o de detención³⁰.

²⁵ ANDRÉS LASO, Antonio. *Concordia en las Cortes y violencia en las cárceles: La Transición penitenciaria española*. Madrid: Reus, 2021, p. 62.

²⁶ Decreto de 2 de febrero de 1956 por el que se aprueba el *Reglamento de los Servicios de Prisiones, adaptado a la Ley de 15 de julio de 1954*.

²⁷ ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen evolución y futuro*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2016, pp. 62-64.

²⁸ Decreto 162/1968, de 25 de enero.

²⁹ En 1957 se aprueba la primera versión de las *Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* y en 1966 el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

³⁰ ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., pp. 68-73; ANDRÉS LASO, Antonio. *Concordia en las...* op. cit., pp. 120-130.

En 1977³¹ se llevará a cabo una nueva modificación en la cual hay que destacar que se hace un reconocimiento expreso del nuevo *status* jurídico a favor del recluso, recogándose una regulación precisa de los derechos y obligaciones de los internos; un nuevo régimen disciplinario, respetuoso en la forma y en el contenido con los derechos humanos basado en la intangibilidad de la dignidad de las personas; se actualizaría la clasificación de los establecimientos, superando la división entre centros de preventivos o de detención y los de cumplimiento o corrección; se flexibilizaría en régimen de las comunicaciones, introduciéndose la visitas de familiares dentro del establecimiento y la regulación de los permisos de salida más allá del excepcional supuesto de fallecimiento o enfermedad grave de un familiar; una nueva configuración del trabajo penitenciario; y, un reforzamiento de las garantías jurisdiccionales de los internos³².

Si ese era el panorama en lo normativo, no puede olvidarse el tenso momento histórico en el cual se gesta la ley penitenciaria. La Ley Orgánica General Penitenciaria se elabora en plena Transición, en paralelo a la Constitución, norma ésta que supone, en lo penitenciario, la asunción de principio de la resocialización, la orientación de las penas hacia la reeducación y la reinserción social, principios que conectan con la consideración de España como un Estado social y democrático de Derecho. Se trataría de una época especialmente convulsa en lo político y en lo social, conflicto que se proyecta en lo penitenciario, en el cual, ante las ancestrales deficiencias, a las que se une la propia transición política con una ausencia de medidas de gracia para los delincuentes por causas ajenas a sus ideologías políticas, se traduce en un conflicto permanente alimentado por colectivos extremistas que buscaban la desestabilización de la naciente democracia en orden a generar una sensación de inseguridad y anarquía³³.

La sociedad, por su parte, estaría mentalizada de la necesidad de un cambio, estado que se habría producido de una forma singular: motines, autolesiones, declaraciones, conferencias... Esta situación habría llevado a preguntarse qué pasaba en las prisiones, la razón de tan frecuente surgimiento de situaciones conflictivas, de la propia sociedad para mantener tal sistema o, en su caso, la construcción de otro...; múltiples interrogantes, sin contestación entonces. La conflictividad penitenciaria española, se enmarcaría en la conflictividad penitenciaria en general, si bien con unas notas características especiales derivadas de la nueva configuración política del momento. Así, el propio rechazo psicológico de los presos de la pena, pues muy pocos serían los condenados que aceptan tal reacción social, considerándose la mayoría víctimas de una determinada forma de sociedad, en este caso una sociedad capitalista y burguesa; a lo que se añadiría el mensaje que se les había transmitido por algunos sectores de que la sociedad efectivamente es injusta, pues sus delitos en relación con otras conductas serían de escasa trascendencia, insistiéndoles que tendrían derecho a una vida digna y humana que no se les habría dado; a ello se uniría el mayor grado de

³¹ Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio.

³² ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., pp. 91-102.

³³ ANDRÉS LASO, Antonio. "Transición Política y transformación penitenciaria en España". En: *Hitos de la Historia Penitenciaria. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo M., coords. ANDRÉS LASO, Antonio y ORTEGA MATE SANZ, Alfonso. Madrid: BOE, 2020, pp. 200-201.

desarrollo cultural en relación con otras épocas, que conllevaría el acceso al conocimiento de estas ideas y a un convencimiento sobre la mayor o menor veracidad de ellas. Por otro lado, el estado de las prisiones sería lamentable, con malas infraestructuras y destino de escasos recursos económicos y humanos para llevar a cabo esta actividad. Por último, las medidas de gracia acordadas en aquel momento, por las razones expuestas en las *Exposiciones de motivos* de las respectivas resoluciones, habrían provocado una reacción en cadena en los presos comunes, un sentimiento de discriminación en la política penal que los habría llevado a dar un toque de atención general, en ocasiones violento, para conseguir lo que ellos o, al menos, una mayoría, consideró un acto de justicia³⁴. La indisciplina sería generalizada y trascendía cotidianamente a los medios de comunicación social³⁵.

Como pone de relieve gráficamente DE VICENTE MARTÍNEZ³⁶, “El descontento general de los presos comunes, que se había ido fraguando durante meses, se manifestaba ya con violencia, desobediencia absoluta a los funcionarios, desórdenes en el interior de la prisión y destrozos del mobiliario penitenciario. Los enfrentamientos estallaron en una auténtica lucha el 18 de julio de 1977, cuando los reclusos de la prisión de Carabanchel organizaron un motín que trajo en vilo a todo el país durante cuatro días y ocupó la primera página de todos los medios de comunicación. Los reclusos se amotinaron en los tejados de la cárcel, exhibiendo banderas pro amnistía y no dudaron en autolesionarse o incendiar las prisiones para ejercer presión. Los altercados se extendieron por numerosos centros penitenciarios del país que se solidarizaban con las pretensiones y la lucha de los presos de Carabanchel”.

Así, desde 1976 se produce un movimiento de agitación social, tanto en las calles, como en las propias cárceles, pidiendo la amnistía, a lo que se une diversos intentos de fuga, lográndose consumir aquellos en algún caso (cárcel de Segovia). La primera *Ley de Amnistía* de julio de 1976 - en octubre de 1977 habrá una segunda-, que se refiere exclusivamente a delitos de intencionalidad política, no alcanzando por tanto a los comunes, resulta un nuevo detonante de motines y protestas. Paralelamente, este tipo de incidentes pasan a ser de la atención de la prensa, la cual evoluciona desde la sorpresa inicial, a cierta solidaridad al conocer las condiciones materiales de los centros, terminando en incompreensión por la violencia y el control de las organizaciones de la protesta cuando ya era fehaciente el avance reformador. A partir de agosto de 1976 el ministro de Justicia, a la sazón Landelino Lavilla Alsina, habría manifestado públicamente la necesidad de la reforma penitenciaria, que se plasmará en la modificación del Reglamento Penitenciario, siendo su objeto poner las bases de una nueva relación jurídica entre el interno y las Administración, incluyendo los derechos y deberes y un nuevo régimen disciplinario; pero estos avances resultan insuficientes para los presos. Con la llegada de Jesús Haddad a la Dirección General se encara la reforma penitenciaria con tres líneas de actuación, a saber: un ambicioso programa de

³⁴ RUIZ VADILLO, Enrique. “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad”. En: *Estudios penales y criminológicos*. nº 2, 1977-1978, pp. 181-184.

³⁵ GARCÍA VALDES, Carlos. *Temas de Derecho Penal*. Madrid: Universidad Complutense, 1992, p. 150.

³⁶ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. “La Ley Orgánica General Penitenciaria 40 años después”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXXII, 2019, p. 128.

inversiones, la reforma de los Cuerpos penitenciarios y la reforma reglamentaría con base a las *Reglas mínimas* de Naciones Unidas de 1955 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, organizándose además unos grupos de trabajo en orden a la elaboración de la futura ley penitenciaria. Tras su asesinato en marzo de 1978, se nombra Director General a Carlos García Valdés, el cual, en un ambiente de gran confrontación y tensión, tras realizar diversas visitas a los centros penitenciarios y promover importantes cambios, tanto relativos a las condiciones de los presos -sirva de ejemplo el establecimiento en una Orden de octubre de 1978 los permisos penitenciarios-, como para el desempeño de la labor de los funcionarios, da continuidad al propósito de elaborar una ley penitenciaria, que, tras el proceso parlamentario, será aprobada por el Congreso el 9 de mayo de 1979, con 286 votos favorables y dos abstenciones, y el 12 de septiembre de 1979 por el Senado, por aclamación³⁷.

2. EL JUEZ DE VIGILANCIA EN LA DOCTRINA PENAL DEL MOMENTO

2.1 El control judicial de la ejecución penal

La necesidad de potenciar el momento judicial en la ejecución de la pena es una realidad claramente sentida en la doctrina en los años previos a al nacimiento de ley penitenciaria, pues se ve como algo inadmisibles esa disociación existente entre la imposición de condena, con la correspondiente cuantificación nominal del contenido aflictivo, y la ausencia de control alguno en cuanto a la realidad práctica del significado de la sanción penal, situación que comporta, por un lado, un serio riesgo de abusos y arbitrariedades en un área especialmente proclive a ellos, y, por otro, un cuestionamiento del principio de legalidad en su vertiente ejecutiva.

La labor de los tribunales que dictan la sentencia, constataba JIMÉNEZ DE ASÚA³⁸ en el Congreso Internacional y Penitenciario de Berlín de 1935, “comienza cuando termina la labor del Juez de Instrucción, quedando su papel reducido a apreciar, según los debates, si el delito existe objetivamente o concurren motivos de justificación, y si el sujeto es o no responsable, y si concurren circunstancias modificativas, atenuantes o agravantes. El Juez, en función de este repertorio de cuestiones fundamentalmente jurídicas, pronuncia la pena adecuada y pone fin a su intervención”.

En definitiva, la Administración penitenciaria era juez y parte al mismo tiempo y, así, sirva de ejemplo gráfico de la situación y de sus consecuencias, en lo disciplinario, aquella tenía la competencia de sancionador, si bien cabía recurrir a la Jurisdicción

³⁷ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “De la Ley a la Ley, del Reglamento a la Ley: La reforma penitenciaria en el cambio de régimen”. En: *Hitos de la Historia Penitenciaria. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coords. ANDRÉS LASO, Antonio y ORTEGA MATESANZ, Alfonso. Madrid: BOE, 2020, pp. 218-240.

³⁸ *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, août 1935, vol. II, Rapport présenté par M. Luis Jiménez de Asúa, p. 39.

Contencioso-administrativa, previo, eso sí, el correspondiente recurso administrativo, de forma que el control era claramente lento e ineficaz³⁹.

La consideración de la realidad de una Justicia Penal defectuosa derivada de la disociación entre el momento de aplicación de la pena en la sentencia y el de ejecución de aquella, es puesta de manifiesto por ANTÓN ONECA⁴⁰ a finales de los años cuarenta del siglo XX, pues mientras que el primero se encargaría a unos órganos jurisdiccionales que actuarían con las garantías de un procedimiento especial ordenado, el segundo se encomendaría a la Administración, la cual procedería discrecionalmente. Así los fines de la pena, su poder aflictivo y la situación jurídica del condenado no quedarían suficientemente garantizados; defecto que se agudizaría una vez admitidas las instituciones individualizadoras de la pena, en virtud de las cuales la duración de la condena impuesta en la sentencia podría resultar disminuida. Frente a las polémicas que giran en torno a la eficacia de la pena, defendería las posibilidades, no sin dejar de reconocer su dificultad, de armonización en cada momento histórico la prevención general y especial, abandonando posturas extremistas para ello. Serían de este modo posibles fórmulas conciliatorias, entendida la primera, la prevención general, más que como intimidación, sino de modo principal lección a la colectividad, tanto más persuasiva cuanto más se adapta a las concepciones morales del momento, entre las que estaría la tutela del necesitado de ayuda, aunque sea delincuente, y la segunda, la prevención especial, sin fijar la enmienda como fin exclusivo, pues hay delincuentes incorregibles y otros no necesitados de corrección, a los que se sanciona con propósito de advertencia o intimidación, la cual, dentro de ciertos límites, es instrumento de corrección.

Esa realidad, que el juez, una vez dictada la sentencia, carecía de facultades para intervenir en la ejecución de la pena impuesta, que esa labor se consideraba un asunto ajeno a la función judicial, es puesta de manifiesto, en la siguiente década, por CUELLO CALÓN⁴¹, para el cual el penado estaba sometido por completo al arbitrio de la autoridad penitenciaria y a sus posibles excesos y abusos.

Por su parte, BERNALDO DE QUIRÓS⁴² al considerar la autonomía del Derecho Penitenciario frente al Derecho Penal, la separación entre la función represiva y la penitenciaria, entiende que el elemento superador de aquel cisma, el elemento vertebrador que las enlaza orgánicamente, es el juez de ejecución, que junto al juez de instrucción y al juez del juicio, forma la jerarquía, lógica, completa, de la función penal.

La creación de jueces especialmente dedicados a la ejecución de penas, a la manera de Francia o Portugal, es reclamada, en los años sesenta, por QUINTANO RIPOLLÉS⁴³, que denuncia que en aquel momento la intervención judicial no pasaba de

³⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de vigilancia en la legislación penitenciaria española". En: *La Ley Penal*, nº 107, 2014; MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 4ª ed. Barcelona: Atelier, 2018, p. 244.

⁴⁰ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal...* op. cit., pp. 482-883 y 553; ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 2ª ed. Tomo I. Madrid: Akal, 1986, pp. 588-589.

⁴¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 268.

⁴² BERNALDO DE QUIRÓS. Constancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. México D.F.: Imprenta Universitaria, 1953, pp. 12-13.

⁴³ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. ed. 2ª. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, p. 386.

ser un mero formalismo de problemática eficacia, por lo cual, para solventar la situación, habría que reivindicar que, en todo evento relativo a la ejecución de la pena, la última palabra debería incumbir a quien tuvo la potestad de imponerla.

Esta segregación de la actividad judicial entre la imposición de la pena y su ejecución, que estuvo vigente hasta 1979, respondería a unas consideraciones con origen en la legislación revolucionaria y napoleónica; no existiría un fundamento doctrinal sólido para tal estado de cosas que encuentre justificación en el principio de la división de poderes conforme al cual se atribuye al Ejecutivo el cumplimiento de lo legislado, mas no de lo juzgado. De este modo la vuelta al sistema de intervención judicial, más o menos directa, se presenta como una liberación del que cada vez aparece más arcaico sistema napoleónico, conforme al cual se abandona a merced de la Administración la ejecución de las penas impuestas por los tribunales. Resultaría ilógico que mientras el juez civil ejecuta su sentencia, no hiciera lo mismo el juez penal⁴⁴.

Como pone de manifiesto en esos mismos años TERUEL CARRALERO⁴⁵, la contraposición de esas dos actitudes, la de inspiración napoleónica y la que propugnaría la potenciación de la labor judicial, habrían dado lugar a tres grupos de legislaciones: por un lado, aquellos estados en los cuales el juez no tiene intervención alguna (como ocurriría en algunos estados de Estados Unidos); otros en los cuales habría un sistema mixto, en el que interviene, pero no predominaría el elemento judicial (Dinamarca, Finlandia, Bélgica y Países Bajos); y un tercer, que se podría calificar como latino, en el cual ese último factor sí tendría mayor relevancia (Italia, Francia y, en cierto modo Portugal). De entre estos sistemas, el último sería el que se entendería como superior, pues es en el que la personalidad del condenado se tendría en cuenta para la ejecución, la cual se determinaría por el juez con los asesoramientos necesarios, apostándose así por un juez de ejecutorias. No se decantaría, sin embargo, por la atribución a aquel de la nota de exclusividad en la función, pues bien podría ser parte del tribunal sentenciador, por entender que se trata ésta, más bien, de una cuestión de distribución geográfica, antes que científica.

CANO MATA⁴⁶, pocos años antes de la ley penitenciaria, propondría una reforma del sistema penitenciario en general, uno de cuyos aspectos sería el relativo a dotar a aquel de todos los medios necesarios para que la pena cumpla su misión reeducadora a través de una verdadera individualización, que debe empezar siendo legal, continuando en lo judicial, con una adecuada y suficiente fijación de los límites máximos y mínimos de arbitrio judicial, y concluyendo en fase penitenciaria, con una reglamentación, lo suficientemente flexible para hacer posible la discrecionalidad administrativa, bajo la salvaguardada por un órgano judicial. Los órganos que cumplan con la misión de proteger la relación jurídica penitenciaria habrían de ser independientes, posición que solo puede encontrarse con una adecuada intervención judicial, lo cual es

⁴⁴ TERUEL CARRALERO, Domingo. "Clínicas Criminológicas y Jueces de ejecución de penas". En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Separata, Madrid, 1963, p. 36; TERUEL CARRALERO, Domingo. "El juez de ejecución de penas en Francia". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 20, Fasc/Mes 1-2, 1967, pp. 569-570. En el mismo sentido, CANO MATA, Antonio. "La actividad administrativa... op. cit., p.160.

⁴⁵ TERUEL CARRALERO, Domingo. "El juez de ejecución... op. cit., pp. 569-570.

⁴⁶ CANO MATA, Antonio. "Derecho administrativo ... op. cit., pp. 40-42 y 53-61.

una simple consecuencia del principio de legalidad. Tal control podría llevarse a cabo a través de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con unas debidas reformas procedimentales en orden a garantizar su efectividad, para que las garantías judiciales no sean solo apariencia, o bien con la creación del juez de ejecución de penas, órgano unipersonal, con amplias funciones decisorias, inspectoras y de consulta.

GARCÍA VALDÉS⁴⁷, el año anterior a su nombramiento como Director General de Instituciones Penitenciarias, expone su firme defensa de la figura del juez de aplicación de penas, a la luz de la positiva experiencia de la figura en otros ordenamientos; rechazaría su configuración como un híbrido *juez-agente penitenciario*, pronunciándose a favor de una concepción de aquel como autoridad especializada e independiente, que intervendría tanto en el régimen de tratamiento que se impone a los internos, como en lo concerniente a las concesiones de permisos de salida del recinto y semilibertad.

Por su parte, BARBERO SANTOS⁴⁸, desde la defensa de la necesidad de la promulgación de un nuevo Código Penal, la derogación, modificación de no pocas leyes especiales, supresión de la competencia penal a jurisdicciones a las que no les es propia, etc., invoca la exigencia de una reforma a fondo del ordenamiento penitenciario, acogiendo los principios de las *Reglas mínimas*, tanto de Naciones Unidas, como del Consejo de Europa, unido ello al reconocimiento de que el interno es un ser humano, titular de todos los derechos no afectados por la privación de libertad, complementado todo ello con el sometimiento de la autoridad penitenciaria a la autoridad judicial, en orden a preservarlos.

Del escaso control jurisdiccional en la forma de cumplimiento de la pena de prisión en los momentos previos a la ley penitenciaria y la creciente sensibilidad frente a tal estado de cosas en el mundo judicial, es buena prueba las distintas Memorias de la Fiscalía General del Estado. Así en la de 1970⁴⁹ se expresa la inquietud en cuanto a que las reglamentarias visitas a las cárceles no dejaban de ser una mera formalidad de escaso contenido; se reducen a oír y atender las reclamaciones de los reclusos sobre los problemas de sus ejecutorias que puedan interesarles, pero no se mantiene con las instituciones penitenciarias la constante y adecuada relación de vigilancia e inspección que en la ley se menciona.

En la de 1977⁵⁰ se insiste en el carácter excesivamente rituario y formalista que había alcanzado la visita anual de la autoridad judicial a los establecimientos penitenciarios, proponiéndose, en orden a dotarla de mayor efectividad, aumentar su frecuencia. El objetivo sería no solo el conocimiento de la situación legal de los reclusos en los establecimientos penitenciarios para evitar todo lo que sea anomalía, sino también lograr que aquellas sean el cauce a través del cual las condiciones de vida en

⁴⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La nueva penología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología Universidad de Madrid, 1977, pp. 28-29

⁴⁸ BARBERO SANTOS, Marino, *Política y derecho...* op. cit., p.133.

⁴⁹ Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1970 por el Fiscal del Tribunal Supremo, pp. 198-199.

⁵⁰ Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1977 por el Fiscal del Reino, pp. 126-127.

las prisiones sean las exigidas por el respeto a los derechos de las personas. Para lograr estas finalidades se postularía la figura de los Jueces de Ejecución, cuya función, única y exclusiva, sería la vigilancia e inspección del cumplimiento de la sentencia, velando por su efectividad.

En la Memoria del año siguiente, 1978⁵¹, tras dejarse constancia de la crisis que estaba sufriendo en ese momento el sistema penitenciario, se destaca la necesidad de una mayor intervención judicial y del Ministerio Fiscal en la ejecución y vigilancia de las penas y en la forma de cumplimiento de aquellas, que debe quedar bajo el control jurisdiccional. De este modo se afirma que el problema central de la pena es el de individualización, la cual consiste no solo en la fijación de su *quantum* en la sentencia, sino también la adaptación de las distintas fases de su cumplimiento a la evolución de la personalidad y readaptación social del penado. La tradicional separación entre la decisión, enjuiciamiento, y la ejecución, cumplimiento de lo juzgado, rompería la unidad de criterios individualizadores, perturbando la eficacia del sistema, al distinguirse entre la individualización penal y la administrativa. Por ello se reclamaría la creación del Juez y, en congruencia, del Fiscal, de ejecución o vigilancia de penas, figura dotada de un auténtico contenido que se centraría en la aplicación de la pena de privación de libertad, no de una manera superficial, a través del trámite formal de una ejecutoria, sino de modo auténtico y en contacto con la persona que cumple la condena. Se concluiría que con la existencia y funcionamiento de esos juzgados se lograría cumplir el mandato legal de la intervención judicial en la ejecución de las penas; aumentar las garantías de los derechos de los penados, que quedan sometidos a decisiones judiciales y no administrativas; adecuar en cada momento la sentencia al estado de rehabilitación del penado, según el criterio de quien lo juzgó; mantener el principio de legalidad también en la ejecución de las penas, bajo el control judicial; y, por último, intervenir en todos los aspectos derivados de la pena y su desarrollo en los establecimientos penitenciarios, de modo que no sea la Administración, sino la Jurisdicción, quien controle la ejecución de las penas y determine sus modificaciones y vicisitudes⁵².

No obstante, no faltan tampoco, en los años previos al nacimiento de la nueva figura judicial en España, opiniones contrarias a una intervención judicial en la fase penitenciaria.

DE LA MORENA VICENTE⁵³ rechaza la intervención judicial en la ejecución de la pena desde una postura de defensa de la independencia y autonomía del Derecho Penitenciario frente al Derecho Penal. Así cuestionaría la intervención del juez como

⁵¹ Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1978 por el Fiscal del Reino, pp. 91-92.

⁵² En ese mismo año se dicta por el Fiscal General la Circular 3/1978, relativa a las *visitas a prisiones*, en la cual, además de establecerse una periodicidad bimestral en cuanto a su realización por parte de los miembros del Ministerio Fiscal, se fijan las funciones a desarrollar: comprobación de la situación de los privados de libertad, constatación del estado material de los establecimientos, entrevistas personales con los internos y conocimiento de “las cuestiones humanas que a aquellos preocupen, interesándose por cuanto pueda beneficiar la situación familiar del internado y proporcionándole con ello mayor tranquilidad de espíritu”.

⁵³ MORERA VICENTE, Enrique De la. “Sobre la intervención del juez en el cumplimiento de las penas privativas de libertad”. En: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. año X, nº 107, febrero, 1954, pp. 28-33.

consecuencia del principio de legalidad en la ejecución de la pena, pues aunque admitiría que indudablemente la garantía ejecutiva nace del justo título en la aplicación penitenciaria, ello no querría decir que por ser la pena una creación judicial, tenga el juez que prolongar sus funciones hasta aquella, pues ello sería lo mismo que llegar a fundamentar su control por el Poder Legislativo por ser más original el nacimiento de la pena en la ley que la aplicación que el juez pueda hacer de la norma objetiva. El Derecho Penal aplicado, que es misión técnica e indiscutible del juez, sería eminentemente negativo, pues la pena es un mal, privación que supondría en muchos casos la interdicción civil y privación de movimiento para el ejercicio de ciertos derechos; pero, por otra parte, el Derecho Penitenciario, no solo serviría como corrección del hombre caído, sino como recuperación jurídica del hombre: la readquisición, mediante la concesión de la voluntad afirmativa del delincuente, en orden a su actuación social de todos aquellos derechos de los que la pena le priva. Entendería que, frente a otros momentos históricos, la tutela jurídica del recluso y la familiar de aquel estarían modernamente amparadas al existir en la mayoría de los países instituciones de patronato que excluirían al juez de esta misión. La intervención del juez supondría la desconfianza en los procedimientos de la penitenciaría moderna, una duda de su preparación técnica. Pretender que el juez decida modificar o extinguir la pena, por ser causante de ella, sería dejar a la inspección tardía y reducida el constante trabajo diario e ininterrumpido que supone la recuperación del delincuente. Carecería además el juez de una preparación penitenciaria. Y dado que los problemas penitenciarios no se reducen simplemente a una observación y tratamiento individual del delincuente, sino al tratamiento general que supondría la masa penitenciaria, quedarían fuera del alcance del juez, y, sin embargo, sí entrarían dentro de la función de quienes diariamente tratan al condenado, buscando su mejora y reforma.

Cuestionando también la necesidad de un juez de ejecución, MATA TIERZ⁵⁴, partiendo de la distinción entre ejecución y cumplimiento⁵⁵, considera que este último, en un sentido amplio, exige que sean dos las *jurisdicciones* que necesariamente intervengan, a saber, la judicial y la administrativa, representadas, en sus agentes, el juez y el funcionario penitenciario. Formarían parte de la actividad procesal de ejecución -una fase del proceso penal- los actos de los órganos judiciales competentes destinados a promover la condena, conforme a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a la resolución de los incidentes de ejecución y a declarar las modificaciones o extinciones que sobrevengan a las penas. Constituye la actividad penitenciaria administrativa los actos de otras instancias del Estado que tienen a su cargo la

⁵⁴ MATA TIERZ, José María. "Intervención judicial en el cumplimiento de las penas privativas de libertad". En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 659, 15 de abril, 1965, pp. 3-6.

⁵⁵ La distinción entre *ejecución de la sentencia penal* y *ejecución de la pena*, o lo que es lo mismo, *ejecución* y *cumplimiento* de la condena, supone que la primera tendría un carácter jurisdiccional, formaría parte del proceso, mientras que la segunda sería una regulación y actividad administrativa -penitenciaria-, no procesal. La primera comprendería la labor encaminada a promover la condena, así como la resolución de los incidentes de ejecución y declarar las modificaciones o extinciones que sobrevengan a las penas; mientras que la segunda los actos de otras competencias del Estado que tienen a su cargo la realización material de las penas, conforme a las resoluciones de ejecución del órgano jurisdiccional. En GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid: Edición del autor, 1986, pp. 8-9.

realización material de las penas conforme a las resoluciones de ejecución del órgano jurisdiccional. Esta distinción, que entiende necesaria, no supone separación, ni divorcio, de las actividades administrativa y judicial, ni exclusión de determinadas simbiosis conceptuales entre ambos órganos; antes bien, debe existir una verdadera relación de coordinación entre ambas funciones. Concluiría que no parece que sea precisa la existencia de jueces que inspeccionen la ejecución de las penas de privación de libertad desde dentro de los establecimientos penitenciarios de una manera habitual, puesto que su actividad es netamente burocrática; para nada se exige presencia física continua intramuros de la prisión del elemento judicial en el ejercicio de unas funciones inspectoras que solo ocasionarían resultados contrarios a los que se pretenden conseguir: roces y conflictos de competencias o inhibiciones del juez que, en todo caso, se traducirían en manifiestos perjuicios para la función pretendida. La verdadera razón de la inhibición del juez no tendría causa en una indebida interpretación de la teoría de la división de poderes, sino que sería producto “de la más viva exigencia de la división de funciones”. La propia naturaleza de la función ejercida por determinadas categorías de funcionarios de prisiones, dado el carácter eminentemente técnico de la función penitenciaria, es la única que hace posible llevar a cabo la observación personal y directa del recluso. La respuesta al verdadero perfeccionamiento en el cumplimiento de las penas privativas de libertad habría que encontrarlo no en la figura judicial, antes bien en la mejora de las condiciones técnicas de los funcionarios penitenciarios⁵⁶.

2.2 El principio de legalidad ejecutiva

La concienciación en cuanto al riesgo de quiebra del principio de legalidad ante la ausencia de control judicial de la ejecución se refleja, del propio modo, en la doctrina.

La intervención del juez en la ejecución de la pena sería, señala CUELLO CALÓN⁵⁷, ante todo consecuencia del principio de legalidad *-nulla poena sine lege-* y especialmente del principio de legalidad de la ejecución penitenciaria, cuyo cometido aquí consiste en afianzar la garantía ejecutiva, lo que significa que ésta no ha de dejarse al arbitrio de la autoridad penitenciaria o la Administración, sino que se ejecuta en la forma y con las modalidades y circunstancias previstas en la ley, asegurándose con

⁵⁶ Este planteamiento en cuanto a la naturaleza administrativa de la ejecución penal sigue aún presente en alguna resolución judicial, sirva de ejemplo el asunto sometido a consideración en la STC 43/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 43/2008 - ECLI:ES:TC:2008:43), referente a la aplicación por parte del Juzgado Central de Vigilancia, ratificada por la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de un plazo de prescripción administrativa a una petición relativa a la redención de penas por el trabajo, art. 100 del Código Penal de 1973. El Tribunal Constitucional rechaza la aplicación analógica o supletoria del Derecho administrativo a una cuestión que afecta a un derecho fundamental, como es el derecho a la libertad restringido por una sentencia penal condenatoria, por el mero hecho de que la Administración penitenciaria tenga encargada la custodia y reeducación de los presos; si bien es cierto que la relación entre la Administración penitenciaria y los internos es una relación administrativa, no lo es menos, que en dicha relación existe un ámbito que está directamente judicializado (art. 117.3 CE) y es el relativo a la ejecución de las penas.

⁵⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. “La intervención del Juez en la ejecución de la pena”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 6, Fasc/Mes 2, 1953, p. 254.

aquella intervención el cumplimiento de las disposiciones reguladoras de la ejecución penal y el respeto de los derechos e intereses legítimos de los reclusos. Junto a ello, se atribuiría al juez el cometido técnico de adoptar medidas orientadoras del tratamiento penal.

En esa línea, QUINTANO RIPOLLÉS⁵⁸ entiende que la conexión de la ejecución de las penas privativas de libertad con lo judicial sirve con mayor eficacia al principio de legalidad. Frente a la postura que defiende la desvinculación de la labor jurisdiccional frente al servicio de prisiones, opone la independencia del Poder Judicial frente a “los arriesgados y burocráticos tentáculos de la Administración”. Si es el juez el que crea la pena, es justo que sea él que vele por su exacto y debido cumplimiento; y, al tiempo, si el condenado no tiene ya solo deberes, antes bien goza de derechos derivados de su estado prisional, es solo el tribunal el llamado a hacer cumplir unos y otros. Pero esta intervención judicial que se defiende no equivale a intromisión en el régimen técnico y científico o administrativo de los establecimientos, pues ello llevaría a continuos choques y conflictos, por lo cual la función judicial estaría reservada a hacer cumplir las leyes y a velar por el destino de la pena, decidiendo, en suma, sobre su permanencia, acortamiento o prórroga, aspectos que serían puramente jurisdiccionales. Quedaría por ello al margen de la función judicial el tratamiento, clasificación, régimen y cambio de periodos, premiso, castigos, disciplina y, en general, la dinámica de la prisión.

RUIZ VADILLO⁵⁹, por su parte, es un claro defensor de la intervención judicial en la ejecución como expresión del principio de legalidad, entendiendo que la función de juzgar no acaba con el dictado de la sentencia y con una aprobación rutinaria de redenciones y licenciamientos, antes bien, el sentenciador ha de vigilar u ordenar el cumplimiento de la pena por él impuesta. E iría más allá, propondría que la sentencia penal condenatoria debería incluir un programa de ejecución en función de las circunstancias del delincuente y del delito, modificable en atención al cumplimiento, bajo control y decisión del tribunal. Pero como esto último no sería realizable en la práctica en atención al diverso lugar de los hechos y de cumplimiento e imposibilidad material de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se decantaría por la figura de un juez de ejecución de penas que por delegación del sentenciador lleve a cabo la labor de ordenación y ejecución de las penas privativas de libertad, no siendo un mero vigilante, sino un auténtico ordenador. Labor que se desarrollaría con intervención del Ministerio Fiscal en su calidad de defensor del orden jurídico y de las garantías del propio interno. Esta nueva figura judicial cumpliría una pluralidad de funciones, de forma que estando cerca del establecimiento penitenciario, quede fuera de él, realizando visitas, oyendo informes y escuchando quejas; pero no presidiendo Juntas, ni ordenando la vida penitenciaria, pues eso sería una labor administrativa. Sí sería función de él, en su configuración, la resolución de los recursos relativos a las quejas, la aprobación de permisos, sanciones

⁵⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 511; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. “Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 165, abril-junio, 1964, pp. 319-321.

⁵⁹ RUIZ VADILLO, Enrique. “Algunas consideraciones sobre la reforma... op. cit., pp. 189-192.

(al menos las más graves), los traslados, aprobar las progresiones y regresiones de grado, las redenciones y la libertad condicional.

Se destaca así, ya desde antes de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la necesidad de que el principio de legalidad de las penas privativas de libertad se extienda, no solo a la duración, sino también a la forma de ejecución, bajo control judicial, la cual, en la práctica tendría, en muchas ocasiones, más importancia que la propia extensión y naturaleza de la pena impuesta⁶⁰.

Solamente una intervención judicial amplia en el régimen penitenciario, defiende BUENO ARÚS⁶¹, es susceptible de garantizar (en la medida de lo posible) el cumplimiento de la legalidad inherente al campo de acción del derecho penal; la inspección de los servicios administrativos penitenciarios no puede realizarse por servicios de la misma naturaleza, antes bien necesariamente han de ser personas u organismos ajenos a la propia Administración, proponiendo como mejor opción la de los titulares de la función judicial; y concluye que “la indeterminación de las penas que, por moderada que sea, es una realidad patente en el ordenamiento punitivo de los países modernos, torna indecisos y casi borrosos los límites entre las zonas de aplicación y ejecución de la pena, ligándolas de tal manera que la competencia del Juez, no discutida por nadie respecto de la primera, ha de hacerse también extensiva a la segunda”.

Precisamente el Tribunal Constitucional enmarca la labor del Juzgado de Vigilancia en el hecho de que entre los postulados del Estado de Derecho establecidos en el art. 1 CE, se encuentra la legalidad estricta de la acción administrativa y el control jurisdiccional de la misma, no estando la Administración penitenciaria exenta de un control judicial, habida cuenta de las garantías establecidas en los arts. 9.3 y 106.1 CE. El Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de ser un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos⁶².

La teoría de la pena y la finalidad asignada a ella, destaca MATA Y MARTÍN⁶³, posee una estrecha vinculación con la figura del juez de ejecución de penas y con la modificación de una división rígida entre los distintos momentos de la pena -previsión legislativa, imposición judicial y ejecución-, suponiendo la aparición de esta figura una pérdida de nitidez en la delimitación de los dos últimos. El presupuesto de signo ideológico para la intervención judicial en la fase ejecutiva lo sería el Correccionalismo, en un sentido lato, y todas aquellas orientaciones que mantienen la prioridad o exclusividad de los fines preventivo-especiales de la pena, las cuales se manifiesta en la búsqueda de que el internamiento se transforme en un medio de reincorporación del delincuente a la sociedad. Frente a situaciones anteriores de ausencia de reglamentación y gran discrecionalidad en la ejecución, surgiría ahora el principio de

⁶⁰ *Ibidem*, p. 174.

⁶¹ BUENO ARÚS, Francisco. *Estudios penales y Penitenciarios*. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 130.

⁶² STC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73).

⁶³ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad”. En: *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II. coord. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Navarra: Aranzadi, 2018, pp. 255-256.

legalidad que estaría en la base de la intervención de estos órganos en la ejecución de la pena.

2.3 La especialización

Pero esta preocupación doctrinal por la creación de una figura de control de la ejecución de la pena privativa de libertad va más allá, pues no se trata de un mero axioma orgánico, antes bien se postula una especialización funcional que se traduciría en el deseo de que los jueces dedicados a esta tarea tengan una preparación técnica adecuada.

El contacto del juez con la ejecución de la pena tendría la favorable consecuencia de contribuir a la formación criminológica de aquel⁶⁴.

En esa línea de pensamiento, CUELLO CALÓN⁶⁵ (citando a Sliwowski⁶⁶), dirá que no serán solamente jueces, sino hombres que conozcan en modo especial la materia penitenciaria, y esta cualidad, al proporcionarles una gran experiencia, asegurará la eficacia de su tarea, sustituyendo a la Administración penitenciaria en todo lo referente a decisiones de carácter jurídico y a cuestiones litigiosas de la ejecución penal, uniendo en feliz síntesis ambas modalidades, permitiendo así colmar las lagunas que presentaba la actividad profesional de los antiguos jueces, a los que el campo penitenciario era extraño por completo. Se reclamaría una formación no solo jurídica, sino criminológica, planteamiento que habría sido formulado en diferentes congresos penales de la primera mitad del siglo XX⁶⁷; como también la necesidad, para estimular el interés del juez penal en las cuestiones criminológicas y penitenciarias, de otorgarles el derecho a visitar los establecimientos penitenciarios e incluso planificar en la medida de lo posible un periodo de sus estudios en ellos⁶⁸.

⁶⁴ ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal...* op. cit., p. 553.

⁶⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. "La intervención del Juez en la ejecución de la pena... op. cit., p. 259.

⁶⁶ SLIWOWSKI, Georges. *Les pouvoirs du juge dan l'execution des peines et des mesures de securité privatives de liberté*. Nancy : Université de Nancy, 1939, p. 78.

⁶⁷ Citaría a favor de dicha especialización: El Congreso Penitenciario Internacional de Londres (agosto, 1925), El III Congreso Internacional de Derecho Penal (Palermo, abril 1933), el I Congreso Internacional de Criminología (Roma, octubre 1938). Además, Señalaría que el Congreso Penal y Penitenciario de Berlín (agosto 1935), en la misma resolución adoptada respecto de la competencia del juez penal en la ejecución de las penas, se recogería la conveniencia de la especialización de aquel para estimular su interés por las cuestiones criminológicas y penitenciaria; para ello se muestra favorable a que se les conceda el derecho de visitar todos los establecimientos penales y de organizar, en lo posible, un periodo de sus estudios en los establecimientos penitenciarios, así como recibir una especial formación criminológica y penitenciaria para desarrollar la función que les está encomendada, dado que en ella ha de apreciar la personalidad del condenado, valorar su peligrosidad, investigar la posibilidad de su reforma o declarar su incorregibilidad. En CUELLO CALÓN, Eugenio. *La intervención del Juez en la ejecución de la pena...* op. cit., p. 259.

⁶⁸ Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, aout 1935, vol. I.

GARRIDO GUZMÁN⁶⁹, por su parte, considera que para que el Juez de Vigilancia sea un instrumento idóneo de ejecución penal y no sea una figura inoperante, es necesario que se trate de un juez especial y especializado, lo cual supone constituir un estamento autónomo dentro de la carrera judicial, exigiéndoles para su selección un concurso de méritos acreditativo de su formación teórica y su vocación criminológico-penitenciaria. La Criminología, la Psicología y la Ciencia Penitenciaria deberán constituir para él un complemento indispensable en su formación jurídica.

No hay, sin embargo, unanimidad en cuanto a su configuración como juez único o bien como órgano colegiado, si bien la opción que luego fue recogida en la ley penitenciaria ha sido bien recibida⁷⁰. El juez único presentaría ciertas ventajas al poseer superior facilidad de movimiento y su responsabilidad sería mayor, si bien la misión de vigilancia y de dirección terapéutica penitenciaria podría igualmente confiarse a comisiones mixtas formadas por miembros de la Administración penitenciaria y representantes de las sociedades de patronato, siempre que en ellas intervenga el elemento judicial, asuma su presidencia, y desempeñe función preponderante⁷¹.

2.4 La denominación de la figura judicial

Hasta la propia denominación de *Juez de Vigilancia* que recoge la Ley Orgánica General Penitenciaria ha despertado controversia. Como pone de manifiesto LANDROVE DÍAZ⁷², con relación a esta figura, todo es discutible y discutido, incluso su propia denominación, de forma que el dilema en esta última cuestión recae sobre la posible etiqueta: *Juez de Vigilancia* o *Juez de Ejecución*. Pero no es solo lo terminológico, sino que el debate está conectado con las funciones que corresponden a una u otra formulación y que, fuera de nuestras fronteras, da lugar a la figura del *giudice di sorveglianza* italiano o a la del *juge de l'application des peines* francés, según se quiera reforzar la condición de garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, al menos en lo que afecta a los derechos de los internos, o la garantía ejecutiva.

RUIZ VADILLO⁷³, en este sentido, se decanta por la terminología francesa de *Juez de Ejecución*. Así rechaza expresamente hablar de funciones de vigilancia, pues no cree que sea ese el papel del juez, sin perjuicio que, si en sus visitas o a través de

⁶⁹ GARRIDO GUZMÁN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Edersa, 1983, p. 442.

⁷⁰ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "El juez de vigilancia y la Administración penitenciaria". En: *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 417.

⁷¹ El Congreso Penal y Penitenciario de Berlín de 1935 aludiría indistintamente a jueces, fiscales o comisiones mixtas presididas por un magistrado, mientras que el acuerdo adoptado por el IV Congreso Internacional de Derecho Penal de París de 1937 declara simplemente que la intervención judicial puede ser ejercida por el juez o por una comisión que comprenda magistrados y personas competentes en materia penitenciaria. En CUELLO CALÓN, Eugenio. "La intervención del Juez en la ejecución de la pena... op. cit., pp. 258-259.

⁷² LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "El juez de vigilancia ... op. cit., p. 415.

⁷³ RUIZ VADILLO, Enrique. "La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 35 y 38.

las quejas que puede recibir tiene noticia de un delito o incluso de una grave deficiencia administrativa, pueda intervenir. Como garantía de su independencia postula que solo deba actuar a instancia del interno, del Director del establecimiento o del Fiscal, pero no de oficio.

GARCÍA VALDÉS⁷⁴, principal artífice de la ley penitenciaria, explica que se inclinó por la denominación de “juez de vigilancia penitenciaria por dos principales motivos: fue el primero el entender que la ruptura con los viejos tiempos era, en este aspecto, obligada. Vigilar era decir control superior, algo por encima de lo que efectuaba la Administración, sometida así al mandato de una autoridad judicial y, en segundo término, esta concreta denominación tenía más carácter penitenciario. Ejecución de penas se me antojaba expresión más aséptica, más exclusivamente penológica y, además, en nuestra legislación de enjuiciamiento criminal, podría confundirse con las ejecutorias llevadas a cabo por los correspondientes jueces y tribunales sentenciadores, con las que nada tenía que ver. La opción se mantuvo sin vacilación ni contestación hasta la actualidad”.

A título de anécdota, curiosamente el *Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*⁷⁵ y la ulterior LO 10/2022, de 6 de septiembre, de *garantía integral de la libertad sexual*, prescinde de la tradicional denominación de esta figura judicial y se refieren a él como *autoridad judicial de vigilancia penitenciaria*.

3. LA EJECUCIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El art. 25.2 CE consagra con el máximo rango de protección, dentro del marco de la garantía de la ejecución, los fines de las penas y medidas privativas de libertad: su orientación hacia la reeducación y reinserción social.

Tal enunciado tendría como precedente el art. 27 de la *Constitución Italiana* de 1947 que proclama que las penas deben tender a la reeducación del condenado y el art. 10.3 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* de 1966 al afirmar que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados⁷⁶.

En el *Anteproyecto*, el actual contenido de art. 25.2 figuraba en el art. 24.4, cuya dicción recogía que “las penas privativas de libertad tendrán una finalidad de reeducación y reinserción social no podrán suponer, en ningún caso, trabajos forzados”, no haciéndose referencia alguna a las medidas de seguridad. En la Ponencia, manteniendo el numeral, se altera el orden de las frases, y se sustituye la referencia a la finalidad por el término orientación: “las penas privativas de libertad no podrán consistir en trabajos forzados y estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción

⁷⁴ GARCÍA VALDÉS, Carlos. “Los orígenes y la puesta... op. cit.

⁷⁵ Disposición Final Cuarta. Uno. Texto Publicado el 26 de julio de 2021 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

⁷⁶ SERRANO ALBERCA, José Manuel. “Comentario al art. 25 de la Constitución”. En: *Comentarios a la Constitución*. 3ª ed. dir. GARRIDO FALLA, Fernando. Madrid: Civitas, 2001, pp. 599-600.

social". Es en el Dictamen de la Comisión del Congreso donde se incluye la referencia a aquella otra respuesta penal, las medidas de seguridad privativas de libertad. Este texto es el aprobado por el Congreso y por el Senado, si bien en este último se modifica la numeración, pasando su contenido al actual art. 25.2. Por último, la Comisión Mixta introduce una pequeña variación, alterando el orden de las frases, llegándose así a la actual redacción⁷⁷.

Como pone de manifiesto ANDRÉS LASO ⁷⁸, los conceptos *finalidad* y *orientación* no serían idénticos, teniendo una menor carga teleológica el segundo, interpretación que puede admitirse al considerar que el art. 1 LOGP al fijar el fin de las Instituciones penitenciarias sustituye el término asumido en la Constitución por el de *fin primordial*. Tal aspecto no habría sido analizado por el Tribunal Constitucional, sin embargo, el cual usaría indistintamente los términos *finalidad*, *orientación* y *objetivo*.

La Constitución recoge la estructura del sistema vigente en España como un Estado social de Derecho y ello implica que la ley penitenciaria debe asumir aquellas notas que son características y esenciales a tal sistema; esto es, el respeto a la persona humana, incluidos también sus derechos económicos y sociales, y el establecimiento de un sistema de control por parte de la sociedad, que, en este caso, no puede ser sino el judicial⁷⁹.

De ello deriva que el nacimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria está estrechamente ligada a los fines de la pena privativa de libertad, en especial a aquellos que han de tenerse presentes en el momento de la ejecución. Precisamente su origen histórico, más allá de la función tutelar o tuitiva de los derechos de las personas privadas de libertad, enlaza con la superación de los planteamientos retribucionistas y preventivo-generales en torno a los fines de la pena, en definitiva, con la resocialización como objetivo de la sanción penal.

El Tribunal Constitucional ha sostenido, en constante y reiterada jurisprudencia, que, a pesar de la constitucionalización de los fines de la reeducación y reinserción social de las penas dentro del catálogo de los derechos fundamentales y libertades públicas, art. 25 CE, no puede hablarse en puridad de un derecho fundamental del penado susceptible de protección por vía de amparo⁸⁰.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 600-601.

⁷⁸ ANDRÉS LASO, Antonio. *Concordia en las...* op. cit., pp. 171-172.

⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Sistemas penitenciarios y estructuras del sistema". En: *Diario El País*, 13 de octubre de 1979.

https://elpais.com/diario/1979/10/13/opinion/308617205_850215.html [Consulta 11/03/2021].

⁸⁰ Entre otras, en las SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 19/1988, 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19); 28/1988, de 23 de febrero (ROJ: STC 28/1988 - ECLI:ES:TC:1988:28); 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150); 209/1993, de 28 de junio (ROJ: STC 209/1993 - ECLI:ES:TC:1993:209); 72/1994, de 3 de marzo (ROJ: STC 72/1994 - ECLI:ES:TC:1994:72); 2/1997, 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81); 79/1998, de 1 de abril (ROJ: STC 79/1998 - ECLI:ES:TC:1998:79); 137/2000, de 29 de mayo (ROJ: STC 137/2000 - ECLI:ES:TC:2000:137); 115/2003, de 16 de junio (ROJ: STC 115/2003 - ECLI:ES:TC:2003:115); 299/2005, 21 de noviembre (ROJ: STC 299/2005 - ECLI:ES:TC:2005:299); 23/2006, de 30 de enero (ROJ: STC 23/2006 - ECLI:ES:TC:2006:23); 236/2007, de 7 de noviembre (ROJ: STC 236/2007 - ECLI:ES:TC:2007:236); 160/2012, de 20 de

La reeducación o reinserción social del penado no puede transformarse en un derecho fundamental, sino que es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales⁸¹.

Lo que dispone el art. 25.2 CE es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social⁸². Es en este punto donde alcanza especial significado la modificación que se introdujo en el proceso de elaboración constitucional del precepto al sustituirse la referencia a la finalidad de las penas por el término orientación, de mucho menor calado, pues de una posible interpretación que llevara, de haberse mantenido la redacción original, a una conclusión unitaria frente a otras posibles metas, se llega a la admisibilidad de una pluralidad de objetivos en la sanción penal.

El art. 25.2 CE únicamente fijaría un criterio por el que, en determinadas circunstancias, debe regirse la ejecución de las penas, tratándose, en última instancia, de un derecho fundamental del penado a que la ejecución y cumplimiento de las penas no solo no impidan, sino que se orienten hacia la reeducación y reinserción social, derecho que no podría confundirse con el fundamento de las penas. Este derecho solo cabría concebirlo como derecho fundamental del condenado a poder ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias, así como a que se le presten los medios precisos para el desarrollo adecuado de su personalidad. Tal configuración tendría como nota esencial la voluntariedad, lo que excluye la consideración del tratamiento como un deber⁸³.

Porque, aunque las penas privativas de libertad han de orientarse a la reeducación y reinserción social del penado, ello no implica que no pueda legítimamente atenderse otras consideraciones, de modo que de la declaración del primer inciso del art. 25.2 CE no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, que se ha de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista⁸⁴.

septiembre (ROJ: STC 160/2012 - ECLI:ES:TC:2012:160); 128/2013, de 3 de junio (ROJ: STC 128/2013 - ECLI:ES:TC:2013:128).

⁸¹ ATC 15/1984, de 11 de enero (ROJ: ATC 15/1984 - ECLI:ES:TC:1984:15A).

⁸² AATC 486/1985, de 10 de julio (ROJ: ATC 486/1985 - ECLI:ES:TC:1985:486A); 303/1986, de 9 de abril (ROJ: ATC 303/1986 - ECLI:ES:TC:1986:303A); 780/1986, de 15 de octubre (ROJ: ATC 780/1986 - ECLI:ES:TC:1986:780A); 352/2008, de 10 de noviembre (ROJ: ATC 352/2008 - ECLI:ES:TC:2008:352A); y ATC 4/2019, de 29 de enero (ROJ: ATC 4/2019 - ECLI:ES:TC:2019:4A), citados en TÉLLEZ AGUILERA, Abel. "Ley Penitenciaria y Tribunal Constitucional (un estudio sobre la doctrina constitucional en materia penitenciaria)". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, p. 813.

⁸³ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. "Comentario al art. 25.2". En: *Comentarios a la Constitución de 1978*. Tomo III. dir. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. Madrid: Cortes Generales/Edersa, 1996, pp. 140-141.

⁸⁴ Así, la STC 19/1988, de 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19), admite la posibilidad de imposición de arrestos sustitutorios por impago de multas; la STC 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150), refrenda como válido el objetivo de la prevención general; la STC 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119), la finalidad de retención y

En definitiva, la norma constitucional no establece un derecho fundamental a la reeducación y reinserción social, antes bien se limita a señalar “un norte para la política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución”⁸⁵; operando el mandato del art. 25.2 CE “como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena”⁸⁶.

Éste es, precisamente, el planteamiento que se recogía en el *Preámbulo*, que luego no se incorporó a la texto definitivo de la Ley, del *Proyecto de Ley General Penitenciaria de 1978*, en el que se afirmaba que “la finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de prestar atención debida a las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda, y a la proporcionalidad de las penas con la gravedad de los delitos cometidos que el sentido más elemental de justicia requiere”.

Por su parte, el Tribunal Supremo estimó inicialmente que el mandato que contiene el art. 25.2 CE respecto “al sentido en el que deben estar orientadas las penas y las medidas de seguridad no se dirige a los órganos jurisdiccionales sino al legislador ordinario asumiendo como obligación de nuestro Estado de Derecho la tarea de procurar los establecimientos penitenciarios la reeducación y reinserción social”⁸⁷, pero posteriormente lo amplía a todos los poderes públicos, de forma que esta finalidad esencial, como la Constitución no distingue, “debe procurarse no solo en el momento legislativo de fijar en la Ley la pena correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo del cumplimiento de las penas dentro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la sentencia la pena correspondiente, o de determinar -en pleno uso de la jurisdicción- el límite punitivo que por aplicación de las normas legales, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de más de una sentencia”⁸⁸.

custodia, seguridad y buen orden regimental; y más en general, rechazando la prevención especial con fin exclusivo, las SSTC 28/1988, de 23 de febrero (ROJ: STC 28/1988 - ECLI:ES:TC:1988:28), 19/1988, de 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19), y 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); y con relación a las penas cortas privativas de libertad, la STC 120/2000, de 10 de mayo (ROJ: STC 120/2000 - ECLI:ES:TC:2000:120), con referencia a la antigua pena de arresto menor.

⁸⁵ SSTC 19/1988, de 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19), y 209/1993, de 28 de junio (ROJ: STC 209/1993 - ECLI:ES:TC:1993:209).

⁸⁶ STC 160/2012, de 20 de septiembre (ROJ: STC 160/2012 - ECLI:ES:TC:2012:160).

⁸⁷ STS 1010/1993, de 25 de marzo (ROJ: STS 10721/1993 - ECLI:ES:TS:1993:10721).

⁸⁸ STS 1883/1999, de 30 de diciembre (ROJ: STS 8560/1999 - ECLI:ES:TS:1999:8560).

4. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA LEY PENITENCIARIA

Desde los primeros momentos del nuevo período político que se inicia con el reinado de Don Juan Carlos se adoptaron medidas en el ámbito penitenciario, no solo de carácter excarcelatorio, sino también instrumentos internos de la Administración penitenciaria en orden a la flexibilización del régimen. Pero es con el gobierno de Adolfo Suárez y el nombramiento como ministro de Justicia de Landelino Lavilla cuando se dan los primeros pasos para la reforma, realizándose manifestaciones públicas por este último, ya en agosto de 1976, en tal sentido, tanto con relación al tema de las necesarias inversiones, como también con respecto al sistema penitenciario en su conjunto y las normas reglamentarias⁸⁹.

Con la llegada de Jesús Haddad Blanco a la Dirección General, con su impronta reformadora, una vez consolidada la reforma del Reglamento en 1977 y establecidas medidas de pacificación de los establecimientos mediante órdenes internas, se promueve la constitución de unos grupos de trabajo en orden a la elaboración del *Anteproyecto de la Ley General*, labor que se inicia el 7 de febrero de 1978. Para ello se procuró una amplia participación de los sectores profesionales o de opinión en la materia, con el propósito de redactar unas normas fundamentales apoyadas en la realidad penitenciaria y en las técnicas predominantes en el momento, con el fin de replantear el sistema penitenciario⁹⁰.

Tras su asesinato, su iniciativa es continuada por su sucesor en el cargo, Carlos García Valdés. En esa tarea van a colaborar tres eminentes penitenciaristas: Francisco Bueno Arús, Jesús Alarcón Bravo y Emilio Tavera Benito. El 20 de mayo de 1978 se entregará el entonces *Anteproyecto de Ley Penitenciaria*, el cual incorpora las líneas básicas del modelo de ejecución, que se califica como sistema progresivo, dotado ahora de una especial flexibilidad, el denominado *sistema de individualización científica*; se introduce además un concepto de *tratamiento* conforme a los textos internacionales; y especialmente, se va a incorporar un órgano jurisdiccional especializado en materia penitenciaria, el *Juez de Vigilancia Penitenciaria*⁹¹.

El *Proyecto de Ley General Penitenciaria* se tramitó inicialmente como ley ordinaria debido a que, en el momento de su presentación, el 15 de septiembre de 1978, la Constitución no había sido aprobada aún, por lo que es a partir del 24 de julio de 1979 cuando el Pleno del Congreso, para ajustarse al art. 81 CE, aprueba, ahora sí, su tramitación como ley orgánica⁹².

El *iter* parlamentario se inicia con la remisión por el Gobierno a las Cortes del *Proyecto de Ley*, que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes nº 148, de 15 de septiembre de 1978. A dicho *Proyecto* se presentaron 100 enmiendas. Con motivo de la disolución de las Cortes, poco después de iniciada la nueva legislatura, el 23 de marzo

⁸⁹ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. "De la Ley a la Ley... op cit., p. 232.

⁹⁰ ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., p. 107.

⁹¹ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. "De la Ley a la Ley... op cit., pp. 218-240.

⁹² SAINZ MORENO, Fernando. *Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios*. Madrid: Cortes Generales, 1980, p. IX.

de 1979, se rehabilita el *Proyecto* por la Mesa de las Cortes el 9 de mayo de 1979, a petición del Gobierno, haciendo lo propio, a continuación, todos los Grupos Parlamentarios con sus enmiendas. Constituida la Ponencia, emitió su Informe el 2 de julio de 1979. El Dictamen de la Comisión de Justicia fue publicado el 18 de julio de 1979, siendo aprobado en una sola sesión por el Pleno del Congreso el 24 de julio de 1979 y publicado el 30 de julio de 1979⁹³.

El texto aprobado por el Congreso tuvo entrada en el Senado el 2 de agosto de 1979, no formulándose enmienda alguna por los Grupos, por lo que pasó directamente al conocimiento del Pleno de la Cámara, siendo examinado en su sesión del día 12 de septiembre de 1979. El Pleno del Senado, oídos los Portavoces de los Grupos Parlamentarios, aprobó por aclamación el *Proyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria* sin introducir modificación alguna en el texto remitido⁹⁴.

La Ley Orgánica General Penitenciaria núm. 1/1979, de 26 de septiembre de 1979, se publicó en el BOE el día 5 de octubre de 1979.

El Título V del *Proyecto de Ley* llevaba por título *Del Juez de Vigilancia* e incluía tres artículos, del 76 al 78⁹⁵. En el proceso parlamentario de elaboración de la Ley

⁹³ *Ibidem*, p. X.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. IX-XI.

⁹⁵ *Proyecto de Ley General Penitenciaria*.

Art. 76

1. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de 1as 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 veinticuatro 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 de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a 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 aquellos.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

Art. 77

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,

Orgánica General Penitenciaria se presentaron, al primero de ellos tres enmiendas, una del Grupo Parlamentario Comunista (Enmienda núm. 90-38) y dos del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya (Enmiendas núms. 52 y 53), mientras que al segundo y tercero tan solo una a cada uno de ellos por el Grupo Parlamentario Minoría Catalana (Enmiendas núms. 64 y 65).

Con relación al art 76.1, la Enmienda núm. 90-38⁹⁶ del Grupo Parlamentario Comunista propone un texto alternativo en el cual cuestiona por su inconcreción la fórmula utilizada a la hora de definir las atribuciones del Juez de Vigilancia. Entiende además que la reducción del ámbito de los recursos, en beneficio de la Administración, no era congruente con la jerarquía legal de la autoridad judicial sobre el establecimiento encargado de ejecutar las resoluciones. Al tiempo, señala que los términos empleados con relación a la corrección de los abusos, no podía significar suplantar los cauces administrativos o penales previstos para tal fin, de ahí que entendiera que la función del Juez de Vigilancia sería la de promover la pertinente actuación legal. Esta enmienda será rechazada en su totalidad.

En cuanto al art. 76.2, esta misma enmienda proponía que en el apartado a) se recogieran las funciones reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con carácter exclusivo, para evitar problemas de interpretación y, en consecuencia, se proponía la supresión de los párrafos b) y h). Tal enmienda tampoco es aceptada.

Pero donde mayores discrepancias se exteriorizan con respecto al *Proyecto* es en el ámbito disciplinario. Por un lado, la Enmienda núm. 90-38, con relación art. 76.2 d), propone, en primer lugar, precisar el cauce de intervención judicial con relación a la sanción de aislamiento, que podría ser de oficio o a instancia del interesado, y, en segundo lugar, con un criterio claramente garantista, insta la reducción del umbral de la necesidad de la intervención judicial de veinticuatro a seis días. Por su parte, la Enmienda núm. 53⁹⁷ del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya se referiría también al ámbito disciplinario, con la pretensión de sometimiento de la actuación administrativa, a la decisión judicial, en todo caso, para garantizar la corrección en la forma de su aplicación del Reglamento, de forma que hasta ese momento aquel otro proceder no sería sino una mera propuesta. Estas dos enmiendas son admitidas de forma parcial en la medida en que se fija que la aprobación judicial se circunscribe a la sanción de aislamiento y siempre que esta sea superior a catorce días, esto es, se baja el límite con relación a la redacción original del *Proyecto*.

escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Art. 78.

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.

⁹⁶ Enmienda 90-38 al art. 76.1 Grupo Parlamentario Comunista

Al Juez de Vigilancia corresponde hacer cumplir la pena impuesta, salvaguardar los derechos de los detenidos, presos y penados, resolviendo los recursos que interpongan contra la resolución de la Administración penitenciaria y promover la corrección de los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario.

⁹⁷ Enmienda núm. 53 Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya

d) Aprobar las propuestas de sanción sometidas a su conocimiento por el correspondiente órgano colegiado.

La Enmienda núm. 90-38⁹⁸ en materia de permisos, propondría dar un mayor protagonismo al Juez de Vigilancia, de forma que correspondería ahora a aquel la potestad para aprobar todos los permisos, salvo los de los internos clasificados en tercer grado y los de los preventivos, en este caso fijándose como autoridad de referencia el Juez de Instrucción. Tal enmienda no es aceptada.

Para terminar con el art. 76.2, la Enmienda 52⁹⁹ del Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya proponía añadir un nuevo apartado para conferir al Juez de Vigilancia la potestad de aprobación de la aplicación del régimen cerrado a los internos. Tal enmienda se acoge parcialmente, pasando a ser el apartado j) del precepto, si bien se sustituye el término *aprobar* por el de *conocer*.

La Enmienda núm. 64¹⁰⁰ Grupo Parlamentario, Minoría Catalana, con relación al art. 77, iría encamina a la sustitución de la referencia a *la Dirección General de Instituciones Penitenciarias* por la de *Administración penitenciaria*, expresión ésta más amplia y menos instrumental, según aquella, que comprendería las diferentes titularidades posibles en la gestión de la actividad penitenciaria. La enmienda es rechazada.

La Enmienda núm. 65¹⁰¹ Grupo Parlamentario, Minoría Catalana, con relación al art. 78, propone un numeral 2 relativo a que los Jueces de Vigilancia tengan su domicilio en el territorio en el que radiquen los establecimientos sometidos a su función; enmienda que es acogida con las únicas modificaciones terminológicas consistentes en la sustitución de la palabra *domicilio* por *residencia y función por jurisdicción*.

El resultado sería un diseño de Juez de Vigilancia Penitenciaria, en palabras de GARCÍA VALDÉS¹⁰², con unas “amplias facultades consultivas, inspectoras y decisorias, sin paragón en el Derecho italiano, francés o portugués”.

⁹⁸ Enmienda 90-38 Grupo Parlamentario Comunista

Autorizar los permisos de salida, excepto para los internos preventivos, a los que solo podrá ser concedido tal permiso por el juez instructor, y salvo los internos clasificados en tercer grado.

⁹⁹ Enmienda núm. 53 Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya

j) Aprobar del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

¹⁰⁰ Enmienda núm. 64 Grupo Parlamentario, Minoría Catalana

Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Administración penitenciaria, formulando propuestas...

¹⁰¹ Enmienda núm. 65 Grupo Parlamentario, Minoría Catalana

Los Jueces de Vigilancia deberán domiciliarse en el territorio en el que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su función.

¹⁰² GARCÍA VALDÉS, Carlos. “Introducción al Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas”. En: *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VI-vol. 1º. Madrid: Edersa, 1986, p. 7.

5. PRIMEROS MOMENTOS DE LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

No cabe duda, el nacimiento de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria se produce sin las necesarias previsiones orgánicas y procesales, aspecto este último que, incluso hoy en día, sigue sin tener una adecuada y completa respuesta.

Así, el art. 78.1 LOGP no contiene con relación a los Jueces de Vigilancia sino una mera remisión a las leyes correspondientes en lo atinente a las cuestiones orgánicas y procedimientos de actuación, por un lado, y, por otro, una mera referencia a ubicación de tales órganos respecto del territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción.

Hay que tener presente que no es hasta 1985 cuando se aprueba Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰³ que vino a sustituir a la centenaria Ley Provisional de 15 de septiembre de 1870, sobre *organización del Poder Judicial*.

Previamente el *Proyecto* nonato de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980 le dedicó al Juez de Vigilancia cuatro escuetos preceptos, los arts. 104 a 107, en los que tan solo abordaba aspectos relacionados con su ubicación territorial y un mínimo esbozo de las líneas básicas sobre el que debería diseñarse su procedimiento¹⁰⁴.

Es el RP1981, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica General Penitenciaria, conforme a la habilitación recogida en la DF 2ª de aquella, el que en su DT 5ª da el primer paso para la implantación de la nueva figura, pues con carácter provisional, en tanto no se promulgaran las normas orgánicas y procesales que desarrollaran la intervención del Juez de Vigilancia, disponía que “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”. Al propio tiempo, en la esfera interna de la Administración, establecía el deber de cooperación con el nuevo órgano, al fijar que “los diversos Organismos de la Administración Penitenciaria, en sus respectivos casos, se relacionarán con dichas Autoridades a efectos de elevación de expedientes y colaboración en cuantos asuntos sean legalmente de su competencia”.

Para dar respuesta a la nueva realidad que suponía el Juez de Vigilancia Penitenciaria, el Consejo General del Poder Judicial en julio de 1981¹⁰⁵ atribuye tal condición, poniendo como fecha de entrada en funcionamiento el primero de octubre de ese año, a los titulares de diecisiete Juzgados: uno de ellos que hasta entonces lo era de Peligrosidad y Rehabilitación Social, pero que en adelante desarrollará la nueva

¹⁰³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*.

¹⁰⁴ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. nº 22, Madrid: CGPJ, 2006, p. 392.

¹⁰⁵ Acuerdo de 9 de julio de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, *por el que se atribuye la función de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinadas autoridades judiciales* y Acuerdo de 22 de julio de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, *por el que se determina la fecha de entrada en funcionamiento de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*.

función en exclusiva¹⁰⁶; otros once de esa misma clase compaginarían ambas funciones¹⁰⁷; y otros cinco lo harían con las de Primera Instancia e Instrucción¹⁰⁸. Tales acuerdos se complementan con otro de finales de septiembre en el cual se dispone que las autoridades judiciales a las que se atribuyen las funciones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria tendrán como personal colaborador y auxiliar en ellas al Secretario y Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia destinados en el Juzgado del que sea titular el Juez o Magistrado al que corresponda la función de vigilancia penitenciaria¹⁰⁹.

Complemento del desarrollo orgánico expuesto lo es, en lo procedimental, las Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1981, dictadas al amparo de lo dispuesto en el art. 5 de la entonces vigente Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, en las cuales, pese a la ausencia total de normativa orgánica y procesal, se entendía que ello no era obstáculo para la entrada en funcionamiento de estos nuevos Juzgados, sosteniendo que para el ejercicio de su jurisdicción bastaba con la aplicación de los principios generales del Derecho Procesal. Complemento de las *Previsiones* sería la Consulta 2/1981 sobre el ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal en los nuevos Juzgados y la Circular de 17 de noviembre es la Dirección General de Instituciones Penitenciarias por la que se dan normas de actuación a los Centros Penitenciarios¹¹⁰.

Esta parca regulación procesal ha tenido que ser complementada por la práctica forense, ante la laguna legal, llegándose a afirmar por algún autor que se ha convertido en auténtica fuente del Derecho; aserto que habría venido ratificado por el hecho que, desde abril de 1982, los Jueces de Vigilancia han venido aprobando criterios unificadores de actuación aprobadas en las regulares Reuniones auspiciadas por el Consejo General del Poder Judicial¹¹¹.

La relevancia de este nuevo operador jurídico fue prontamente reconocida por el Tribunal Constitucional¹¹², el cual recuerda que la importante función que desempeña en nuestro sistema penitenciario el Juez de Vigilancia tiene su reflejo en el art. 76 LOGP que le atribuye 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 puedan producirse; y que el propio art. 94 LOPJ fija como funciones de este órgano judicial el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y el amparo de los derechos y beneficios de los internos. Por ello afirmará con rotundidad que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria “constituyen una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos

¹⁰⁶ Barcelona.

¹⁰⁷ Valencia, Las Palmas de Gran Canaria, Palma de Mallorca, A Coruña, Málaga, Madrid (1 y 2), Bilbao, Zaragoza, Valladolid y Sevilla.

¹⁰⁸ Albacete, Badajoz, San Fernando, Ceuta y Ocaña.

¹⁰⁹ Acuerdo de 28 de septiembre de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, *sobre personal colaborador y auxiliar de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*.

¹¹⁰ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “La necesaria reforma... op. cit., p. 392; TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “El control jurisdiccional en el Derecho Penitenciario español”. En: *Congrés Penitenciari Internacional: La funció social de la política penitenciària*. Barcelona, 2006, pp. 93-94.

¹¹¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “El control jurisdiccional... op. cit., pp.102-102.

¹¹² STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

fundamentales de los internos y que, por ello, debe garantizarse y exigirse la actuación de estos órganos judiciales especializados”.

La creación y puesta en marcha del Juez de Vigilancia fue, en general bien recibida. Así, para GARCÍA VALDÉS, la aparición del Juez de Vigilancia en nuestro Derecho, resultado de la judicialización de la privación de libertad, es “la máxima aportación legal del texto”, junto con la separación del régimen del tratamiento penitenciario¹¹³.

O, en palabras del insigne penitenciarista BUENO ARÚS¹¹⁴, “este organismo, inimaginable en otras épocas, es consecuencia directa de la independencia del Poder Judicial en un Estado de Derecho, a quien corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), y del reconocimiento expreso de los derechos del interno y del establecimiento de garantías adecuadas para su respeto y protección, entre las cuales es fundamental la posibilidad de recurrir a los organismos judiciales, sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE)”.

La introducción en nuestro derecho del Juez de Vigilancia es para CANO MATA¹¹⁵ una decisión acertada pues con ella se cumple uno de los postulados de nuestra Constitución, según el cual la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde, exclusivamente, a las autoridades judiciales, significando esta nueva figura la presencia judicial en trámite ejecucional. Cubre además la necesidad de que la autoridad judicial intervenga activamente, no solo en la individualización judicial sino en la penitenciaria, constituyendo una garantía para los legítimos intereses del detenido, tanto por su preparación cultural como por su independencia institucional. Supone la superación del sistema de protección de los derechos de los reclusos, a través de los Tribunales Contencioso-Administrativos, recurso que resultaba incompleto y exigía una drástica revisión. Por último, implica el desarrollo del principio de juridicidad de las penas, en el que está incluida su fiscalización, pues las nuevas instituciones penales superan tan ampliamente la técnica administrativa que obliga al Estado a dar una amplia entrada a los órganos judiciales en la ejecución de las penas, siendo el juez de ejecución el vehículo adecuado a esta participación, sin cuya existencia sería difícil la aplicación de penas relativamente indeterminadas.

Pero también hay que dejar constancia de ciertas reticencias en los momentos inmediatamente previos a la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las cuales se centran no tanto en cuestiones de fondo, como de oportunidad. Así RUIZ VADILLO¹¹⁶, en aquel momento Letrado del Ministerio de Justicia, expuso sus dudas, tanto respecto a las competencias y denominación, como al momento de creación del Juez de Vigilancia. Si bien defiende la figura de lo que denomina un *juez de ejecución*, para evitar la frustración y fracaso en el cual se puede caer, lo encuadra en un marco

¹¹³ GARCÍA VALDÉS, Carlos. “«Que cuarenta años no es nada»: Derecho Penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 24-35.

¹¹⁴ BUENO ARÚS, Francisco. “Estudio Preliminar”. En: *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. dir. GARCÍA VALDÉS, Carlos. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1981, p. 41.

¹¹⁵ CANO MATA, Antonio. “La actividad administrativa... op. cit., pp. 158-160.

¹¹⁶ RUIZ VADILLO, Enrique. “La ejecución de las penas privativas...op. cit., pp. 17-20.

mucho más amplio que el de la reforma penitenciaria, debiéndose abordar su introducción al tiempo que una reforma procesal y penal de mayor envergadura. De este modo afirma que de poco o nada valdrá la creación del juez de ejecución si no se resuelve los problemas de la existencia entonces de un Código Penal absolutamente desfasado, la existencia de leyes penales especiales con sanciones no equilibradas o de leyes específicas, como la de *Peligrosidad y Rehabilitación Social*, que imponen medidas, verdaderas penas privativas de libertad, por hechos que no son delitos, ni guardan relación con ellos, un enjuiciamiento muchísimas veces lento y premioso por falta de una adecuada organización judicial, entre otros; cuestiones que habrían llevado a la crispada situación previa a la Ley Orgánica General Penitenciaria e incluso al tema más general de la crisis de la pena privativa de libertad.

Frente a esta postura, CANO MATA¹¹⁷ entiende que nos encontramos simplemente con un tema de coordinación y separación de funciones entre los órganos judiciales y los administrativos, una simple cuestión de límites que la ley penitenciaria habría contemplado y resuelto con acierto, evitando el riesgo expuesto al concretar sus funciones a los justos límites que no deben ser otros que los de asegurar, a través de las resoluciones, que el cumplimiento de las penas se realiza en la forma establecida por el ordenamiento jurídico, revisar, en vía de recurso, las impugnaciones que se efectúen contra los acuerdos de los órganos administrativos penitenciarios y facultades de colaboración informativa, aportación de datos y sugerencias penitenciarias. En definitiva, la misión del juez de ejecución sería la garantía de los derechos del recluso, por vía judicial.

A pesar de los buenos propósitos, la creación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria da lugar a suspicacias en dos frentes, por un lado, en la Administración penitenciaria y, por otro, en los propios juzgados y tribunales sentenciadores.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria es, con relación a la Administración, un nuevo órgano, un extraño que va a intervenir en un campo que hasta entonces se controlaba en exclusiva por aquella otra.

Jurisdicción y Administración, señala RACIONERO CARMONA¹¹⁸, “se hallan una especialísima relación de asociación; de tal modo que resultaría imposible el funcionamiento de la máquina penitenciaria de no existir una suerte de *colaboración institucional* sobre la base de la lealtad recíproca. Esta colaboración, desde luego, debe ser exigida en todos los ámbitos de la Administración Pública –coordinación frente al caos y al derroche de medios–, pero más aún en este sector que tiene como destinatarios a ciudadanos privados de libertad en unos centros que constituyen el modelo más complejo de *instituciones totales*, aquellas que regulan, en su integridad temporal y espacial, al ser humano. Tanto más cuanto que, como veremos, las competencias se entremezclan de modo no siempre fácilmente discernible”.

¹¹⁷ CANO MATA, Antonio. “La actividad administrativa... op. cit., pp. 157-158.

¹¹⁸ RACIONERO CARMONA, Francisco. “El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un afán. Minorías y Prisión”. En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº Extraordinario 12, diciembre, 1998, p. 39.

De las reticencias que surgen, sirve de ejemplo, como pone de manifiesto DOÑATE MARTÍN¹¹⁹, la Orden-Circular de 17 de noviembre de 1981, que interpreta restrictivamente las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, y la propia actuación de la Administración en materia de redención de penas por el trabajo hasta la Circular de 7 de marzo de 1983; como concluye el autor citado, a veces se olvida que Administración penitenciaria y Jurisdicción de Vigilancia están en el mismo barco, pues ambas persiguen el mismo fin, aunque desde planos diferentes.

Para PÉREZ CEPEDA¹²⁰ las relaciones con la Administración penitenciaria resultan problemáticas porque las competencias no están claramente perfiladas en la legislación, de forma que la ley no puede suministrar una información acabada sobre las materias controladas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, de ahí la amplia fórmula del art. 76.2 g) LOGP, *acordar lo que proceda* en relación a las peticiones o quejas que formulen los internos en relación al régimen o al tratamiento en cuanto afecten a derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios, enunciado que puede convertirse en una fuente de conflictos; pero concluye que Administración penitenciaria y Jurisdicción de Vigilancia persiguen un mismo fin, desde planos diferentes, que la norma cumpla la finalidad resocializadora, por lo que la actuación debe ser de cooperación y no de confrontación.

Este último planteamiento conciliador, pero realista, en la medida en que admite el riesgo de conflicto de jurisdicción, es el que refleja en algún pronunciamiento del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción¹²¹, al reconocer la problemática que implica siempre la creación *ex novo* de un órgano jurisdiccional hasta entonces desconocido en nuestro ordenamiento, a lo que se une el hecho, en este caso, de que lo administrativo y lo judicial traerían causa en un mismo título competencial, la configuración unitaria del régimen penitenciario, que conduce a la necesaria articulación de las respectivas funciones a partir de la aceptación de su inicial concurrencia para la consecución de los objetivos penitenciarios.

ASENCIO CANTISÁN¹²², a la sazón Juez de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla en los momentos iniciales de la creación de esta figura, dentro de una concepción extensiva en lo competencial del Juez de Vigilancia, discrepa frente a los que afirman la existencia de confusión en cuanto a las competencias de éste y de la Administración penitenciaria, pues la concepción amplia del art. 76 LOGP perfila al Juez de Vigilancia como encargado de la ejecución, por un lado, y, por otro, de la vigilancia en la aplicación de la legislación vigente, corrigiendo los abusos que en la misma se pudieran cometer, correspondiendo a la Administración una función de colaboración en la ejecución, junto

¹¹⁹ DOÑATE MARTÍN, Antonio. "Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia". En: *Derecho Penitenciario. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1995, pp. 36-37.

¹²⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. "El control de la actividad penitenciaria. El Juez de Vigilancia Penitenciaria". En: *Manual de Derecho Penitenciario*. coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001, p. 417.

¹²¹ STCJ de 9 de julio de 1986, -FJ 3º-.

¹²² ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. "La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad". En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº Extraordinario 2, enero 1988, pp. 57-66; ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. "La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad". En: *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº 2 Extraordinario, Octubre, 1989, pp. 59-63.

a una serie de competencias en materia de régimen o tratamiento que solo a través de la queja pueden ser conocidas por el Juez de Vigilancia. No obstante, entendería que la creación del Juez de Vigilancia no habría satisfecho plenamente ni a los internos, ni a la Administración penitenciaria, ni siquiera a los propios Jueces de Vigilancia, por razones diversas cada uno. Además, la propia legislación, que eludiría un efectivo control judicial del contenido de la pena al atribuir la clasificación a la Administración, que puede llegar a un vaciamiento de aquella, pugna con los más elementales principios de un Estado democrático y de Derecho. Como crítica final, añadiría que no existe la especialización judicial, siendo la regulación procesal defectuosa.

Los puntos de colisión entre Juzgado de Vigilancia/Administración penitenciaria derivados de la difícil delimitación de competencias no es una mera hipótesis, basta ver los diversos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, muchos de los cuales se exponen a lo largo de este trabajo.

Ante la realidad del conflicto latente, algún autor¹²³, desde una visión poco optimista, habría llegado a afirmar que las relaciones entre Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Administración han contribuido a demostrar la debilidad del Estado de Derecho en nuestro país, habiéndose diseñado un modelo, con una ausencia de desarrollo procesal, que imposibilita el ejercicio del derecho de defensa por parte de los internos.

Pero las suspicacias no solo se producen al margen del Poder Judicial, antes bien, dentro de aquel, pues el nacimiento de este nuevo órgano jurisdiccional potencialmente implicaba una notable merma en las facultades ejecutivas de los sentenciadores. Ello se va a traducir en una tendencia en la interpretación jurisprudencial de las competencias del Juez de Vigilancia claramente restrictiva.

Es muy diáfana, en este sentido, la postura del Tribunal Supremo en los años inmediatamente posteriores a la aparición del nuevo órgano judicial, pues a la hora de fijar la competencia para determinar el límite máximo de cumplimiento al amparo del entonces art. 70 CP1973, actual art. 76 CP, se va a decantar por atribuirle a los juzgados o tribunales sentenciadores, frente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a pesar de la amplia dicción del art. 76.1 a)¹²⁴. Esta línea interpretativa se proyectará hasta nuestros días, como se expondrá más adelante.

¹²³ BERGALLI, Roberto. "Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos Instrumentales entre Administración y Jurisdicción de Vigilancia, (o para dejar de hablar del "sexo de los ángeles" en la cuestión penitenciaria)". En: *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas*. coord. RIVERA BEIRAS, Iñaki. Barcelona: Boch, 1994, pp. 102-103.

¹²⁴ Es significativo el ATS 1082/1989, de 7 de abril (ROJ: ATS 1159/1989 - ECLI:ES:TS:1989:1159A), así como lo son los AATS 2553/1989, de 14 de octubre (ROJ: ATS 756/1989 - ECLI:ES:TS:1989:756A) y 1581/1990, 4 de mayo (ROJ: ATS 1607/1990 - ECLI:ES:TS:1990:1607A), resoluciones en las cuales, frente al enunciado del apartado a) del art. 76.2 LOGP, se va a dar prevalencia al art. 988 LCRM. Se va a afirmar que los arts. 76.1 LOGP y 94.1 LOPJ perfilan dos órdenes de atribuciones competenciales de los Jueces de Vigilancia, por un lado, la potestad de hacer cumplir la pena impuesta, y, de otro, la potestad de amparo de los internos en los establecimientos penales y control consiguiente de la autoridad penitenciaria. De esta forma, si bien se le atribuyen funciones en el ámbito de la ejecución de las penas, ello no alcanza a valorar, a efectos penales, los hechos motivadores de las condenas, y precisamente, en el art. 70.2 CP, hoy en día 76 CP, se exige un juicio sobre la conexidad de los hechos

que han servido de base a las distintas condenas penales, sopesando, en los términos del art. 17 LCRM, las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes dentro de una actividad declarativa o de enjuiciamiento, no la de ejecución que compete a tales juzgados, de ahí que tal función excede de las atribuciones del Juez de Vigilancia.

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINALES

1. PRIMEROS VESTIGIOS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA
2. LA VISITA A LAS CÁRCELES
3. EL SIGLO XIX
4. EL CONTROL JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA. EL CORRECCIONALISMO
5. LOS CONGRESOS PENITENCIARIOS
6. DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL A LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

1. PRIMEROS VESTIGIOS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

La idea del control y supervisión de la situación de las personas privadas de libertad, de la cual son las visitas a las cárceles su manifestación más llamativa, tiene una honda raigambre, que hunde sus raíces en el pensamiento humanitario, que se remonta incluso hasta el Código Teodosiano y ya, en el ámbito patrio, a partir del siglo XVI, en Cristóbal de Chaves, Bernardino de Sandoval, Cerdán de Tallada y Castillo de Bobadilla¹²⁵.

El Código Teodosiano -año 438 DC- dedica el Título III del Libro IX, bajo el epígrafe *de custodia reorum*, a las condiciones del encierro de las personas pendientes de juicio, fijando prescripciones dirigidas a los jueces al efecto e incluso un régimen de sanciones para el caso de inobservancia. Así, sirva de ejemplo, en el apartado 1º, se proscriben los malos tratos y crueldades por parte de los encargados del encarcelamiento y se establece el deber del juez de perseguirlos; y en el apartado 7º, se dispone que “en todos los días del Señor los jueces deben prever que los acusados sean sacados con custodia para que los cristianos puedan proporcionarles sustento y que puedan ser conducidos al baño”, instaurándose una penalización para el juez negligente en el cumplimiento de esta obligación¹²⁶. Precisamente a estos extremos se refiere BERNARDINO DE SALDOVAL¹²⁷ en su *Tractado del cuydado que se deve tener*

¹²⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “El Juez de Vigilancia”. En: *Lecciones de Derecho Penitenciario*. nº 5, Universidad de Alcalá, 1985, pp. 175 y 177.

¹²⁶ PHARR, Clyde, SHERRER DAVIDSON, Theresa, BROWN PHARR, Mary, y DICKERMAN WILLIAMS, Charles. *The Theodosian Code and Novels and The Sirmondian Constitutions. A translation with commentary, glossary, and bibliography*. New Jersey: Princeton University Press, 1952, pp. 228-230.

¹²⁷ SANDOVAL, Bernardino de. *Tractado del cuydado que se deve tener de los presos pobres*. Toledo: en casa de Miguel Ferrer, 1564, Cap. doze, p. 33 reverso.

de los presos pobres -publicado en 1564- y CERDÁN DE TALLADA¹²⁸ en su obra *Visita de la carcel y de los presos* -publicada en 1574-.

En Derecho patrio se puede citar como antecedente remoto de esta práctica la Ley VIII, del Título XXIX, de la Séptima Partida, la cual recogía la obligación que el carcelero mayor de dar cuenta ante el juez, una vez al mes, con relación a los presos, de su identidad, motivo y tiempo que llevaban en esa situación¹²⁹.

2. LA VISITA A LAS CÁRCELES

Haciendo una breve reseña histórico-legislativa¹³⁰, hay que tomar como punto de partida el tratamiento de las visitas a las prisiones en la Novísima Recopilación, las diversas leyes al efecto desde época de los Reyes Católicos, 1480¹³¹; una minuciosa regulación en cuanto a quién debía realizarlas y su periodicidad, siendo una característica común la posibilidad de ser recibidos los reos y el contenido de denuncia de los excesos y abusos en el trato a los presos, recogándose incluso sanciones pecuniarias por la falta de diligencia en el desarrollo de esta función¹³².

La permanente obligación de visitas a las cárceles establecida en la regulación de las distintas instituciones con funciones judiciales, siendo ejemplo de ello el Consejo de Castilla, es puesta de manifiesto por MATA Y MARTÍN¹³³, que cita las Ordenanzas del Consejo de 1459, como en las Cortes de Toledo de 1462 y las nuevas Ordenanzas del Consejo de 1465 y 1480. Tal obligación sería también propia de la Chancillería, como órgano judicial, tal y como se recoge en la Ordenanza de la Chancillería de Valladolid de 1486 y 1489.

¹²⁸ CERDÁN DE TALLADA, Thomas. *Visita de la carcel y de los presos*. 1ª ed. Valencia: Impresor Pedro Huete, 1574, Facsímil, Sevilla: Extramuros, 2009, p. 75.

¹²⁹ *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono*. Partidas V-VI-VII. vol. III. Madrid: BOE, 1985, p. 629.

¹³⁰ SANZ DELGADO, Enrique. "Las viejas cárceles. Evolución de las garantías regimentales". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 56., Fasc/Mes 1, 2003, pp. 303-318; SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid: Edisofer, 2003, pp. 142-145; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., pp. 258-263.

¹³¹ Reiterada en las Ordenanzas de Medina de 1489, cap. XXIII. En CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 269.

¹³² Título XXXIX, Ley I, Novísima Recopilación de las Leyes de España, Tomo V, (facsímil de la Edición de 1805), BOE, Madrid, 1993, p. 489. "Visita de cárceles que deben hacer dos del Consejo en los sábados de cada semana. Ordenamos y mandamos, que el sábado de cada semana dos del nuestro Consejo vayan á las nuestras cárceles, á entender y ver los procesos de los presos que en ellas penden, así civiles como criminales, juntamente con nuestros Alcaldes; y sepan la razon de todos ellos, y hagan justicia brevemente, y se informen particularmente del tratamiento, que se hace á los presos; y no den lugar que en su presencia sean maltratados por los Alcaldes; y que la relacion de los delitos la haga el Relator ó el Escribano, y no los Alcaldes, sino quando se la pidieren los del Consejo. Y mandamos, que uno de los que visitaren la semana pasada, vaya la siguiente con otro; y así por su orden se hagan continuamente las dichas visitas".

¹³³ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., p. 264-265.

Pero el contenido de esta actividad hay que ponerlo en relación con el ámbito en el cual se desarrollaba, pues la cárcel en aquel tiempo no es el lugar de cumplimiento de penas, ya que el nacimiento de la pena de prisión es muy posterior en el tiempo, teniendo así aquellas un sentido procesal, centros de internamiento para las personas pendientes de juicio y que por tanto no han sido condenadas¹³⁴.

No se yerra al afirmar que hasta mediados del siglo XIX las cárceles tuvieron, como principal fundamento, la reclusión de los procesados como presuntos culpables y así la propia Constitución de 1812 vino a referirse, en su garantista art. 297, a los presos, designando con ello a los sometidos a procedimiento judicial, disponiendo su protección. En ese sentido, ya las Partidas recogerían la tradición romana, según la cual el auténtico sentido de la cárcel es la custodia procesal garantista -excepto para los siervos-, distanciándose de principios estrictamente retributivos o preventivo-generales. Lardizábal, en el s. XVIII -en su obra *Discurso sobre las penas. Contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*-, refleja que “aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos, como se ha dicho; sin embargo, suele imponerse por pena en algunos delitos, que no son de mucha gravedad”¹³⁵.

En realidad, como pone de manifiesto VON HENTIG¹³⁶, la pena privativa de libertad fue el nuevo gran invento social, ante la crisis de la pena capital, al resultar aquella otra un método mejor y más eficaz, salvo en los casos más graves.

Sobre las cárceles en la Edad Moderna, PÉREZ MARCOS¹³⁷ gráficamente expresa que “se sustentaban sobre la consideración de lugar donde el preso había de permanecer a la espera de juicio, y donde podía conseguirse todo por dinero, porque el oro abría puertas, quitaba grillos y proporcionaba comodidades”.

El contenido de estas visitas, en la Edad Moderna, comprendían tanto la función de decidir sobre la apertura y tramitación de la causa contra el detenido, como la de oír quejas y velar porque no se prolongara excesivamente la detención. Esta visita se denominaba visita general, o, también, visita sitiada, que se realizaba de ordinario una vez a la semana, y aparece reglamentada con carácter general para las cárceles de las Audiencias en la Nueva Recopilación - Libro II, Ley I, tít. IX-, existiendo además en el Reino de Valencia, desde el reinado de Jaime I, audiencia pública semanal a los presos para tratar exclusivamente de las causas por las que estaban privados de libertad para ver si podían ser librados de ella. Junto a éstas, una tercera para aliviar a los presos antes de la sentencia, informarse del funcionamiento interno de la cárcel, y constatar

¹³⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*. nº 5, 2012, p. 289.

¹³⁵ SANZ DELGADO, Enrique. “Las viejas cárceles... op. cit., pp. 255 y 259. En el mismo sentido, MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma fundamental de Cádiz”. En: *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 322.

¹³⁶ VON HENTIG, Hans. *La Pena II. Las formas modernas de aparición*. Madrid: Espasa-Calpe, 1968, p. 186.

¹³⁷ PÉREZ MARCOS, Regina María. “Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario”. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*. nº 75, p. 757.

que los carceleros no les habían tratado de forma inhumana, que no les faltasen los alimentos, que hombres y mujeres no estén juntos, que el carcelero no cometa pecados carnales con las presas, por estar encargado de su guarda, que no se tenga juego desordenado, etc.¹³⁸

En el siglo XVIII, Howard refiere que era costumbre en Madrid que dos miembros del Consejo visitaran las prisiones y revisaran las sentencias impuestas por los jueces inferiores¹³⁹.

Las visitas a los lugares de encierro son, como afirma SANZ DELGADO¹⁴⁰, el más claro precedente del control judicial de la reclusión preventiva y de la vigilancia judicial penitenciaria. Su objeto no sería sino la denuncia y proscripción de aquellas prácticas abusivas o hábitos corruptos, contrarios en todo caso a las previsiones legales, de ahí su necesaria, constante y detenida regulación, con anterioridad y, especialmente, durante gran parte del siglo XIX, si bien, la reiteración normativa y la constancia en los requerimientos legales delatan una actividad inefectiva.

¹³⁸ “Semanalmente, el asistente de la ciudad con su teniente, oidores y alcaldes de justicia, efectuaba la visita a la cárcel para escuchar y decidir sobre los cargos que se imputaban a los recién ingresados. En este acto, a tenor de las inculpaciones y los descargos que el acusado alegara, se decidía su puesta en libertad o la apertura de un proceso y su permanencia en la prisión hasta que aquel se sustanciara. Para atender a los retenidos cuya causa se hallaba en trámite, también cada semana, las mismas autoridades visitaban el penal, concediendo audiencia periódicamente a estos presos antiguos, con el fin de recibir sus quejas, decidir sobre la procedencia de determinadas diligencias y evitar que el procedimiento se alargase excesivamente. Esta entrevista con los jueces no solía despertar demasiadas esperanzas entre aquellos reos cuyos delitos excluyeran de raíz la posibilidad de que fuera decretada una liberación inmediata, y, por ello, la actitud de éstos era de clara beligerancia y rebeldía. Opuesta era la conducta de quienes por no ser delincuentes profesionales, o por no estar sus delitos demasiado evidentes, conservaban aún la ilusión de salir bien librados de la audiencia. Conducidos por el sota-alcalde y flanqueados por los bastoneros, comparecían los acusados ante sus jueces, a quienes acompañaba el alcalde. Normalmente se ordenaba la prisión del reo y la incoación de un proceso en el curso del cual pudiera dilucidarse su inocencia o culpabilidad. La actitud de los jueces visitantes distaba mucho de ser clemente ni imparcial, aunque a veces podía ablandarse con dinero, siendo la suya una institución claramente aquejada por la venalidad, al igual que los procuradores y escribanos. La evidente inocencia del preso, o el cohecho, podían mover al juez a decretar la libertad del detenido, lo que rara vez ocurría en la primera visita. Cuando esto era así, aún le faltaba al reo para salir pagar el carcelaje, cuyo importe suponía, como ya se ha indicado, una considerable fuente de ingresos para el alcaide, que compartía con el escribano de los registros de entradas y salidas. Teóricamente era ilegal retener a los presos una vez ordenado su libramiento, pero en la práctica no resultaba fácil verse fuera de la cárcel sin antes satisfacer todas las costas que sumaban, los honorarios de escribanos, alguaciles, procuradores, etc., el importe del carcelaje, etc., por lo que muchos presos sufrían un verdadero saqueo en el umbral de su libertad, teniendo algunos que dejar incluso sus vestidos, por míseros que fueran. En caso de confirmación de la sentencia, el reo pasaba sus últimos días en la enfermería, donde los consuelos espirituales del capellán se alternaban con las visitas que recibía. El acto de la ejecución de la pena capital, cuando esta había de ser aplicada, no estaba exento de cierta teatralidad ejemplarizante”. En PÉREZ MARCOS, Regina María. “Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario”. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*. nº 75 pp. 769-770.

¹³⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. “Lo que Howard vio en España”. En: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. nº 1, abril, 1945, p. 12.

¹⁴⁰ SANZ DELGADO, Enrique. “Las viejas cárceles... op. cit., p. 303.

Con relación a esta última afirmación, DE LAS HERAS SANTOS¹⁴¹ destaca que la obligación de visitas por parte de los jueces establecida en la Nueva Recopilación se había venido observando de forma bastante puntual, pero su eficacia fue muy limitada, pues venía a reducirse a recibir a los presos, en presencia del alcaide, sin extenderse a visitar las estancias, por lo cual de poco servían para corregir los abusos.

En ese mismo sentido, ALONSO ROMERO¹⁴² considera que las visitas significaban, en principio, un cierto control sobre la situación de los presos en la medida en que, entre otras cosas, suponían una toma de conocimiento sobre el tratamiento que se daba a los privados de libertad y las condiciones en que se encontraban; potencialmente podían tener una importancia enorme y ser una garantía considerable frente a posibles abusos por parte de los carceleros, amén de una vía abierta a la participación en el proceso de los sujetos a él y una salida al aislamiento. Pero la reiteración con que las disposiciones insisten en la importancia de las visitas pondría de manifiesto que en la práctica no tenían el alcance que se les debería atribuir, pues la rutina, el desinterés o la aceptación de la realidad fáctica les privaba de su auténtica finalidad. En definitiva, no parece que contribuyeran a mejorar la situación de los presos. Cabría considerar incluso que esta actitud de los jueces respondería a que la prisión, tal y como se daba, era un eficaz instrumento encaminado directa o indirectamente a conseguir la propia declaración de culpabilidad del sujeto a la medida cautelar, pudiéndose afirmar así que la prisión provisional se englobaba dentro de un concepto amplio de tortura judicial.

En el plano doctrinal, la Ciencia Penitenciaria surgiría, señala PÉREZ MARCOS¹⁴³, en el siglo XVI, como parte del Derecho Penal, gracias a la aportación de las obras de Bernardino Sandoval¹⁴⁴ y Tomás Cerdán de Tallada¹⁴⁵, junto con las de menor calado de Cristóbal de Chaves¹⁴⁶, Pedro de León¹⁴⁷ y Cristóbal Pérez de Herrera¹⁴⁸, trabajos que se enmarcan en la preocupación por el hombre, el culto al trabajo, al espíritu productivo y al utilitarismo suscitados por el ideario erasmista vertido principalmente en la obra precursora de Juan Luis Vives (1494-1540) *De subventionem pauperum sive de humanis nec essitatibus* y reflejado en el interés especial por la asistencia de los pobres y los indigentes, en conexión con la sensibilidad caritativa. En estas obras se apuntaría ya las dos concepciones históricas tradicionales de la institución carcelaria, a saber, la consideración predominante de que la cárcel es un

¹⁴¹ HERAS SANTOS, José Luis de las. *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1991, p. 283.

¹⁴² ALONSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 201-203.

¹⁴³ PÉREZ MARCOS, Regina María. "Tomás Cerdán... op. cit., pp. 755-757.

¹⁴⁴ Maestrescuela de la catedral primada de Toledo y autor del *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres*, 1564.

¹⁴⁵ Con su obra *La Visita de la cárcel y de los presos*, 1574.

¹⁴⁶ Procurador de la Audiencia de Sevilla, autor de la *Relación de las cosas de la cárcel de Sevilla y su trato*, circa 1585.

¹⁴⁷ Jesuita que atendió espiritualmente a los presos de la cárcel de Sevilla durante 38 años, autor de *Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús*, circa 1616.

¹⁴⁸ Humanista, político y poeta que ejerció como médico de la cárcel Real de Madrid y de la de Valladolid, autor de *Amparo de los verdaderos pobres y reducción de los fingidos*, 1598.

reducto en el que recogía a los detenidos a la espera de juicio, o bien, su consideración marginal como instrumento punitivo, pero en ningún caso la cárcel como un lugar en el que el delincuente cumple su condena en orden a su reinserción en la sociedad.

Para ARMEZÚA ARMEZÚA¹⁴⁹ estos autores estarían “imbuidos de espíritu cristiano, ejercitan la virtud de la caridad, ponen en juego su conocimiento y su experiencia, porque han recibido una formación académica conforme a los estándares elevados de su época y porque han obrado entre pobres y presos como cometido profesional. Su saber, su práctica y su pasión están puestos al servicio de la justicia y de la misericordia; más aún, escriben sobre ello con pretensiones edificantes para las conciencias de sus lectores, con vocación de ayuda y con finalidad de orientar a las autoridades en las reformas proyectadas de futuro”.

La obra de Cristóbal de Chaves, Bernardino de Sandoval y Cerdán de Tallada, marca, desde una óptica cristiana o humanitarista, si no el inicio, sí un punto de inflexión en la sistemática expositiva de nuestra literatura especializada en relación con los lugares de encierro, tanto con una mirada localista, como más global e intemporal¹⁵⁰. Ejemplo de esta orientación es Bernardino de Sandoval, que dedica un capítulo de su famoso Tratado al deber de los jueces en orden a que no se causen malos tratos a los presos por parte de los encargados de su custodia¹⁵¹.

3. EL SIGLO XIX

Si bien no es hasta la Ley Orgánica General Penitenciaria cuando se crea en España la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, aspectos funcionales de lo que luego será parte de su misión aparecen recogidos en textos normativos muy anteriores.

La tradición secular de la visita judicial a las cárceles, a la cual se ha hecho referencia en el apartado precedente, se mantiene en el siglo XIX, llegándose a plasmar en el art. 298 de la Constitución de Cádiz de 1812, el cual remite a ley en orden a determinar la frecuencia con la que habrían de realizarse, disponiendo expresamente que “no habrá preso alguno que dexa de presentarse á ella baxo ningun pretexto”.

La Junta de Legislación, creada el 27 de septiembre de 1809, con la finalidad de coadyuvar al futuro trabajo de las Cortes, recoge una seria preocupación en materia criminal, si bien en este momento la privación de libertad se contempla, fundamentalmente, como medida cautelar y no como pena, de ahí las especiales consideraciones en cuanto a los supuestos en los cuales procede su aplicación, como su contenido. Tal órgano propondrá corregir los excesos en este campo, tanto en la potestad de encarcelar, como en la política interior de las cárceles y su personal, recogiendo además las seculares visitas a las cárceles, cuya frecuencia debería

¹⁴⁹ ARMEZÚA ARMEZÚA, Luis Carlos. “La realidad de la Prisión: Precursores españoles del Humanitarismo penitenciario en el Siglo de Oro”. En: *Hitos de la Historia Penitenciaria. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coords. ANDRÉS LASO, Antonio y ORTEGA MATE SANZ, Alfonso. Madrid: BOE, 2020, p. 15.

¹⁵⁰ SANZ DELGADO, Enrique. “Las viejas cárceles... op. cit., p. 261.

¹⁵¹ SANDOVAL, Bernardino de. *Tractado del cuidado...* op. cit., Cap. doze.

fijarse en una ley. Es más, se señalará como el mejor remedio frente a los abusos el Reglamento del Poder Judicial, siendo Argüelles un ferviente defensor de tal mecanismo, que entiende como verdadero medio de poner dique al torrente de la arbitrariedad¹⁵².

El texto constitucional consagraría el principio de la división de poderes, el cual, además de ser una garantía para la independencia de jueces y magistrados, supone un nuevo significado de la secular intervención judicial en la cuestión penitenciaria¹⁵³.

En las Cortes de Cádiz se dieron muchos pasos para la reforma penal y penitenciaria, estando en ellas el germen de los nuevos planteamientos político-jurídicos del Estado liberal, entre los cuales estarían los temas penales y criminológicos. El precepto antes citado, el art. 298, habría sido aprobado sin dificultad¹⁵⁴.

Consecuencia de este interés renovador carcelario, sería un Decreto de octubre de 1812 que fija las vistas que deberían realizar las Audiencias y los Jueces del fuero ordinario; y otro de la misma fecha, que hace referencia a las que correspondía llevar a cabo por el Tribunal Especial de Guerra y Marina y demás jefes militares. El contenido de estas visitas es especialmente interesante, pues además de comprender a todos los presos, se examinaría el estado de sus causas, se les oíría en lo que tuvieran que manifestar, se reconocerían las habitaciones, alimentación, asistencia y trato y si se cometen abusos, poniéndose en libertad al que no debiere estar privado de ella. Estos textos tendrían una corta vigencia al ser derogados con el retorno del Fernando VII en 1814.

Tras la muerte de Fernando VII se inician reformas administrativas y políticas que alcanzan a la Administración de Justicia, siendo significativa la creación en 1834, por Real Decreto de 24 de marzo, del Tribunal Supremo de España e Indias, que va a desarrollar las funciones que hasta el momento se realizaban a través del sistema de Consejos, incidiéndose de esto modo en la separación de las funciones judiciales de las gubernativas¹⁵⁵.

Durante el siglo XIX el sistema penitenciario va a experimentar una profunda evolución. Con la Ordenanza General de Presidios de 1834, la ejecución de las penas privativas de libertad pasa manos de la Administración civil, pues hasta ese momento era competencia de la militar. En el Programa para la reforma de 1860, si bien se admira el sistema celular permanente, al menos en algunos aspectos, se establece, en atención del menor coste económico, un sistema de clasificación de los internos por grupos en salas comunes. En el sexenio revolucionario (1868-1874) se aprobará la Ley de Bases para *la reforma y mejora de las cárceles y presidios, y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario*, en la cual se opta, para los presidios y casas de corrección, por

¹⁵² MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a Jovellanos penalista: Magistrado, Hospicios, Prevención de la delincuencia y su influencia en la Constitución de 1812". En: *Estudios Penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 442; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "La privación penal... op. cit., pp. 321-325.

¹⁵³ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., p. 263.

¹⁵⁴ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 135-147.

¹⁵⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., p. 261-262.

un sistema mixto, de aislamiento nocturno, combinado con el trabajo durante el día. En el periodo republicano, se impulsarán los preparativos para la reforma penitenciaria con la redacción de un borrador de la Parte General del Código Penal, bajo las directrices del Correccionalismo, elaborándose un *Proyecto de Ley de prisiones*, en la cual se acoge un sistema de aislamiento absoluto, dándose así un paso en aras de la individualización, que se traduce en las edificaciones celulares¹⁵⁶.

En la *Ordenanza General de los Presidios del Reino* de 14 de abril 1834, que establece una nueva ordenación y clasificación de aquellos, su art. 352, contiene una referencia a la visita a los *presidarios procesados criminalmente* por parte de los Jueces de sus causas, con motivo de las visitas generales de cárcel; al tiempo que, en paralelo, se recoge la visita del Subdelegado de Fomento esos mismos días, estando establecido que, además de oír a los que sufrieren correcciones, recibiría de los presidarios quejas, reclamaciones o súplicas, además de memoriales, para su darles curso o resolución¹⁵⁷.

En principio, dado el carácter procesal de las cárceles, la autoridad judicial tenía un especial papel en ellas, contando incluso con dependencias en tales lugares; pero es a la Administración a la que correspondería una competencia exclusiva en los presidios, como lugares de cumplimiento. Con el avance del siglo se va a dar, no obstante, un cierto solapamiento de funciones, tanto en la práctica, como en los normativo¹⁵⁸.

El 26 de septiembre de 1835 se dicta el *Reglamento para la Administración de Justicia* (arts. 15 a 17) referido exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, en el cual se recoge detalladamente el régimen de visitas de los Jueces a los establecimientos de reclusión, que comprendía, además del deber de reconocer por sí mismos los lugares de encierro, materias como el alimento, trato recibido, las prisiones e incomunicaciones que sufren los presos.

El 17 de octubre de 1835 se aprueba el *Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia* (art. 19) donde de nuevo se regulan las vistas semanales y generales que se debían hacer; el 20 de diciembre del mismo año se dictan las *Ordenanzas de las Audiencias* (arts. 49 a 63) sobre visitas a la cárceles y obligaciones de los alcaides.

El 1 de mayo de 1844 se dicta el *Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia* (arts. 93 a 102). Este último Reglamento atribuye a la autoridad judicial las cuestiones relativas al cuidado, tratamiento y departamento en que se encuentren los presos en las cárceles de partido y para las condenas de prisión que se cumplan en ellas, lo cual supone una atribución competencial realmente amplia bajo el

¹⁵⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "La antigua cárcel... op. cit., pp. 291-294; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, p. 188 y pp. 190-193.

¹⁵⁷ Es especialmente significativa esta Ordenanza, pues en ella se crea la unidad administrativa que va a regir los destinos de los establecimientos, que, con diversas denominaciones, llega hasta nuestros días: la Dirección General de Establecimientos Penales. En MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "La antigua cárcel... op. cit., p. 289.

¹⁵⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "La antigua cárcel... op. cit., p. 289.

entendimiento de que se trata fundamentalmente de personas sometidas a un proceso criminal durante el cual la autoridad judicial tiene todas las facultades¹⁵⁹.

Buena prueba de que no se trata una cuestión meramente teórica y normativa son los informes de los órganos jurisdiccionales al efecto que recogen la preocupación e interés por el sistema penitenciario y el estado de las cárceles¹⁶⁰.

No obstante, se trata de un periodo histórico en el cual se da una cierta inferioridad de los jueces con relación al Ministerio de Justicia, lo cual se hará notar en la relación de aquellos con los establecimientos penitenciarios¹⁶¹.

La *Ley de prisiones* del 26 de julio de 1849, en el art. 30, regula la visita a las cárceles por parte de los jueces y tribunales, así como del Ministerio Fiscal, para supervisar el cumplimiento de sus resoluciones y evitar detenciones ilegales e inspeccionar el cumplimiento de las condenas conforme a lo acordado; su novedad radica no tanto en las atribuciones, sino en el rango de la norma.

Con diversas denominaciones -Juntas, Comisiones...- y composición, en los siglos XIX y XX, nos encontramos una serie de organismos que interviene en la ejecución penal, a modo de estamento intermedio entre el centro directivo y cada prisión concreta, habiendo tenido en alguna ocasión entre sus miembros el elemento judicial.

Por Real Decreto de 14 de diciembre de 1855 se establecen Juntas inspectoras en el territorio de cada Audiencia para observar el modo de cumplimiento de las condenas, evitar detenciones ilegales y enterarse si se cumplen con exactitud las providencias judiciales y ello con la finalidad de que se lleve a cabo de una forma más eficaz el deber de ejecutar lo juzgado. Aunque más adelante se entrará con más detalle en cuanto a la composición y atribuciones de estos órganos, puede decirse que las funciones de las Juntas Inspectoras se limitaban a las cuestiones judiciales y no a las de régimen interior y administración económica, no obstante ello, tenían importantes atribuciones, tales como realizar las visitas a los establecimientos, dar las órdenes oportunas para el cumplimiento de lo juzgado, dar parte al Ministerio de los abusos que observaren, dictaminar sobre el traslado provisional de los confinados, informar sobre las propuestas de rebaja de las condenas y velar porque no se prolongaran las condenas más de lo dispuesto¹⁶².

Precedente de estos órganos, al margen de la Magistratura, estarían las Juntas Económicas de los Presidios, creadas por el Reglamento General de Presidios de 1807, pero no es hasta la *Ley de Prisiones* de 26 de julio de 1849, con las Juntas de Cárceles, cuando se da entrada en ellas a las autoridades judiciales, a través de la presencia de un Magistrado de la respectiva Audiencia, ostentando el cargo de vicepresidente; tales

¹⁵⁹ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., p. 262.

¹⁶⁰ Sirva de ejemplo, el Informe de la Real Audiencia de Extremadura de 1837 en orden a conocer el estado de los diversos establecimientos penitenciarios en ese territorio y propuesta al Gobierno de las convenientes mejoras. En MERINERO MARTÍN, María Jesús. "*La Audiencia de Extremadura y el Sistema Penitenciario (1820-1868)*". Mérida: Asamblea de Extremadura, 1990, p. 17.

¹⁶¹ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., pp. 262-263.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 270-272.

juntas serían un organismos auxiliar de la jefatura directa de la cárcel que recaía en los Alcaldes, bajo la dependencia inmediata de jefes políticos y alcaldes¹⁶³.

El Real Decreto de 1855 es especialmente significativo, pues en él se regula el modo de hacer efectivas las penas, recogándose ya, en su art. 1, el principio de legalidad ejecutiva, al proclamarse que *las* “penas impuestas en sentencia ejecutoriada se harán efectivas en la forma prescrita por la ley, sin perjuicio de que se observe lo que determinen los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse”¹⁶⁴.

Con el fin de que los tribunales puedan hacer ejecutar lo juzgado, se establece, en el art. 14 del Real Decreto citado, la creación en cada Audiencia de la Península e islas de una Junta inspectora penal, formada por los Presidentes de Sala y Fiscales, con un secretario, que será el del tribunal, sin voto, y bajo la presidencia de los respectivos regentes. Al tiempo, se crea también en Ceuta, pero con una composición distinta, pues será presidida por el Comandante General, acompañado de su Auditor o Asesor, el alcalde y del procurador síndico con el secretario, sin voto, que aquella autoridad elija. Subalterna de ésta se constituyen en Melilla y demás presidios de África, compuestas por dos individuos designados por la Junta. La organización se cierra con el reconocimiento de la superior dependencia respecto del Tribunal Supremo en Pleno¹⁶⁵.

En cuanto a sus competencias, los arts. 16 y 17 fijan su contenido y establecen sus límites; el primero se centra en lo judicial y el segundo se ocupa de vetar como atribución el régimen interior y la administración económica. Se reconoce así el derecho de visitas a los depósitos y cárceles y demás establecimientos penales con la finalidad de comprobación del cumplimiento de sus resoluciones, evitar respecto de presos o detenidos, incluso por decisión gubernativa, detenciones ilegales, además de inspeccionar si se cumplen las condenas en el modo y forma impuestas, debiendo los alcaldes y jefes de los establecimientos atender las órdenes que recibieren al efecto. En las materias que no son de su competencia, pero que hubieren observado deficiencias o entendieren que cupieren mejoras, se les atribuye la potestad de formular propuestas al Ministerio de Gracia y Justicia, por conducto del Tribunal Supremo.

Como señala CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA¹⁶⁶, las Juntas inspectoras penales “tenían derecho de visita en todos los establecimientos penales, para enterarse si se cumplía con exactitud las providencias judiciales y para evitar que los presos ó detenidos, aunque lo fuesen gubernativamente, sufriesen detenciones ilegales, como también para inspeccionar el modo de cumplimiento de las condenas, debiendo

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 270-272.

¹⁶⁴ CADALSO, Fernando. *Legislación Penal, Procesal y de Prisiones*. Tomo II, Madrid: Imprenta de J. Góngora Álvarez, 1903, pp. 748-752.

¹⁶⁵ Para su mejor oficio el alto Tribunal dictó varias circulares, entre las que destacan una de 18 de junio de 1862, sobre remisión de estados de confinados al referido Tribunal, y otra de 4 de enero de 1864 sobre el exacto cumplimiento de las sentencias dictadas. En CASTEJÓN, Federico. *La Legislación Penitenciaria Española*. Madrid: Hijos de Reus, 1914, pp. 52-53.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 52.

obedecer los alcaldes y jefes de los establecimientos las órdenes que sobre esto les comunicasen las juntas”.

En cuanto al modo concreto de desarrollar su labor, se establece una visita anual, con fecha fija en el día primero de febrero¹⁶⁷, y junto a ella otras visitas a realizar según su conveniencia. Por lo que se refiere a la anual, por sí en el lugar de su residencia, y, en los demás partidos, a través del Juez de Primera Instancia, el Promotor Fiscal y el secretario, este último sin voto, visitarían los establecimientos; esta visita sería preparada en el mes de enero por los respectivos jefes de los establecimientos, que elaborarían una relación circunstanciada de los penados existentes y de los dados de baja el año anterior. En la visita, se impone a las Juntas la obligación de recibir uno a uno a todos los penados y comprobar su situación, levantándose la correspondiente acta. De la actividad desarrollada tenían que rendir cuenta, mediante un atestado, en ese mismo mes ante las Audiencias, debiéndose dejar constancia de las órdenes dadas para el cumplimiento de las condenas conformes a las ejecutorias. Si las Juntas entendieren que los defectos y abusos observados reflejan responsabilidad del Gobernador de la Provincia del que dependa el establecimiento, se elevaría la cuestión al Tribunal Supremo o al que corresponda, a los cuales se remitiría un atestado igual que el antes reseñado.

Además de estas funciones y otras propiamente judiciales -dar instrucciones a los jefes de los establecimientos en orden al cumplimiento de los ejecutados, emitir dictámenes sobre traslados a instancias de un Juez, informar sobre propuestas de rebaja de condena, velar porque no se cumpla más tiempo del estipulado, etc.-, las Juntas inspectoras tendrían además la potestad de comunicar al ministro de Gracia y Justicia los abusos que observaren en el gobierno interior de los establecimientos.

Tras la revolución de 1868 ve la luz en 1869 la *Ley de bases de Prisiones* que fija las bases para la reforma y mejora de las cárceles y presidios y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario. En 1870 se dicta un nuevo Código Penal con una variada gama de penas privativas de libertad. A lo que hay que añadir en ese mismo año la Ley de 15 de septiembre de 1870, *Ley provisional sobre organización del Poder judicial*, que estuvo en vigor hasta la actual de 1985.

Las Juntas inspectoras se suprimen en 1870, siendo sustituidas en sus funciones por las Salas de Gobierno de las Audiencias y, donde no las hubiera, por Jueces delegados de aquellas.

Por sendos Decretos de 27 de agosto de 1888 se crearían la Junta Superior de Prisiones, de la que forma parte la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, y las Juntas Locales, en las que participa las Salas de Gobierno de las respectivas Audiencias. Estas últimas tendrían un amplio número de competencias en la administración, economía, y régimen del centro, que comprendían no solo labores de vigilancia e inspección, sino que comprendían cuestiones tales como recibir los víveres para la alimentación de los

¹⁶⁷ Por Real Orden de 27 de enero de 1858, se modifica la fecha de primero de febrero, fijándose dos visitas anuales, una el primero de mayo y otra el primero de octubre, siendo la razón de tal cambio el riesgo de contraer enfermedades, tanto los miembros de las Juntas, como los presidiarios, ante “la rigidez de la estación y la falta de locales puestos al abrigo de la intemperie para realizar las visitas”.

penados, organizar los talleres, inspeccionar la contabilidad y censurar las cuentas, así como proponer al Ministerio las reformas que crean convenientes para el mejor régimen de los establecimientos, pudiendo tomar las medidas necesarias para la buena marcha y el orden de los establecimientos e incluso podía llegar a suspender a los funcionarios; del desarrollo de tales labores se debía dar cuenta al ministro de Gracia y Justicia, con lo cual estaban sometidas directamente al mismo. En la práctica su funcionamiento fue ineficaz, tanto por la extensa y heterogénea composición, como por el desconocimiento del mundo penitenciario, con ausencia de personal de tal área entre sus miembros, e incluso por los excesivamente minucioso de sus funciones, lo cual podía llevar a conflicto con otros intereses. Tal situación conduciría al abandono de sus funciones, sino al mero formulismo¹⁶⁸.

Para CANO MATA¹⁶⁹, en la medida en que se atribuye a las Juntas Locales no solo funciones inspectoras, sino propiamente directivas de los establecimientos penales, estaríamos antes un auténtico precedente del juez de ejecución de penas.

Ya en el siglo XX, se cambia la orientación de esta clase de órganos, en los cuales no va a participar el elemento judicial, motivado tanto por el fracaso del anterior modelo, como por la existencia de cuerpos penitenciarios estables. Así ocurrirá en el ámbito de la libertad condicional en la llamada Comisión Asesora, que tenía ámbito nacional y recibía las propuestas de las comisiones provinciales (en las que la Presidencia recaía en el de la Audiencia) y elevaba el informe para la decisión final mediante Real Decreto¹⁷⁰.

4. EL CONTROL JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA. EL CORRECCIONALISMO

Frente a la sucesión de normas en nuestro ordenamiento que dan escaso papel a la labor judicial una vez firme la sentencia, en el plano doctrinal el panorama es bien distinto. La preocupación por la intervención judicial en la ejecución de las penas es algo novedoso, pues tanto el Absolutismo, como las tesis en torno a la división de poderes, propiciaron una cierta autonomía de la Administración penitenciaria. Factores a los que se une el hecho de que no es hasta tiempos cercanos cuando se reconoce al interno como persona no privada en general de sus derechos, entendiéndose ahora que su vínculo con el Estado se enmarca en una relación jurídica con deberes y derechos constitucionales que solo en parte están afectados por la sanción¹⁷¹.

La idea del control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad estaría ligada en lo ideológico al correccionalismo, en sentido lato, y a todas aquellas

¹⁶⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., p. 272-273.

¹⁶⁹ CANO MATA, Antonio. "El juez de ejecución... op. cit., p. 88.

¹⁷⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., pp. 273-274.

¹⁷¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El Juez de Vigilancia. En: *Lecciones de Derecho...* op. cit., p. 175.

orientaciones que mantienen la prioridad o exclusividad de los fines preventivo-especiales de la pena, esto es, los planteamientos que buscan como finalidad que el internamiento se transforme en un medio de reincorporación del delincuente a la sociedad. Por otro lado, el principio de legalidad estaría en la base de la consolidación de la intervención de los órganos judiciales en este momento procesal. Bajo la denominación correccionalismo se acogería aquella corriente de pensamiento penal y penitenciario que se difunde en España en el último tercio del siglo XIX conforme a la cual pena necesariamente posee una finalidad de tutela y reforma del condenado que deberá producirse durante la ejecución de la pena de prisión. Se concebiría el delito en términos de voluntad antijurídica de la conducta llevada a cabo por el autor, por lo que su voluntad también debería estar presente al tiempo de la reparación del daño causado por él. Sin esa voluntad no cabe entender completa ni la corrección, ni la restauración del Derecho¹⁷².

El reconocimiento de las garantías jurídicas del condenado sería un hecho relativamente reciente, que surge cuando aquel adquiere una condición jurídica definida, que hasta entonces se le venía negando, por considerarse un sujeto sometido al poder público¹⁷³. Se habría pasado de la consideración del condenado como objeto a otra en la cual es sujeto de derechos y obligaciones y, por ello, merecedor de la garantía jurisdiccional, a lo que se une una nueva consideración de la individualización de la pena en la ejecución, lo que exige un mayor control judicial¹⁷⁴.

Durante largo tiempo habría prevalecido en la legislación y en la doctrina el antiguo criterio *iurisdictio in sola cognitione consistit*, el cual distinguiría netamente entre la actividad desplegada por el juez para determinar el delito y la aplicación consiguiente de la pena, frente a la actividad especial del órgano administrativo para poner en ejecución la pena privativa de libertad. Con base en ese criterio se entendía absurdo hasta la segunda mitad del siglo XIX que el juez se interesara por la suerte del delincuente una vez que la sentencia condenatoria devenía definitiva, porque se consideraba que la organización y funcionamiento de las instituciones penitenciarias era cuestión de carceleros y no de juristas. Será la legislación francesa la que acoge con mayor relieve esta idea de que la ejecución penal tiene un carácter exclusivamente administrativo, por lo que los órganos encargados dependerían del Ministerio del Interior, sin relación alguna con la Administración de Justicia, ni funcionarios judiciales¹⁷⁵.

En el plano doctrinal, es en las postrimerías del siglo XIX cuando se produce un profundo cambio en las ideas relativas a la intervención del juez en la ejecución de la pena, de forma que frente a la concepción tradicional y unánime hasta entonces de los penalistas y penitenciaristas, que consideraba la ejecución de las penas privativas de libertad como materia reservada a los funcionarios de la Administración penitenciaria,

¹⁷² MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., p. 256; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "La pena y su ejecución en el correccionalismo español". En: *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal Humanista*. vol. II. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Madrid: BOE, 2021, p. 1013.

¹⁷³ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 264.

¹⁷⁴ *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, août 1935, Rapport présenté par M. le Comte Ugo Conti, pp. 2-3.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 1-2.

visión conforme a la cual el juez, una vez pronunciada la sentencia, carecía de facultades para intervenir en la ejecución de la pena impuesta, por entenderse que era una cuestión ajena a la función judicial, las nuevas concepciones van a exigir que el juez no mantenga una postura indiferente, ni se desinterese de la ejecución de las penas privativas de libertad, sino que intervenga activamente, tanto en ella como en las medidas de seguridad de tal clase¹⁷⁶.

Sería JOHN HOWARD¹⁷⁷, tal vez, el primer autor que propuso la conveniencia de la fiscalización por magistrados de la vida carcelaria.

La potenciación de este cambio de papel que ha de tener el Juez en la ejecución de la pena va a encontrar un relevante valedor en la conceptualización de la pena correccional. RÖDER¹⁷⁸, en 1870, expondrá que incluso el hombre más corrompido y degradado tiene la posibilidad de enmienda, por lo que la pena correccional sería “el medio racional y necesario para ayudar á la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del Estado, á ordenarse por sí misma, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquel”. En su planteamiento, la duración de la pena jamás puede fijarse con rígida invariabilidad, sino que puede posteriormente disminuirse o aumentarse en atención al fin logrado conforme a la previsión hecha en el juicio inicial, valoración que debe realizarse en otro ulterior, pues entiende que “solo es merecida la pena que corresponde exactamente al estado de la voluntad criminal”. Se negaría la posibilidad de establecer de un modo

¹⁷⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. “La intervención del Juez en la ejecución de la pena... op. cit., pp. 252-253.

¹⁷⁷ HOWARD hace una llamativa propuesta, con un preciso contenido, de esta figura del Delegado, que bien lo podría ser del Parlamento o bien Magistrados, puesto que además tendría carácter no remunerado y que respondería a un afán de hacer Justicia y servir a la Patria: “INSPECTOR. FINALLY, The care of a Prison is too important to be left wholly to a Gaoler; paid indeed for his attendance, but often tempted by his passions, or interest, to fail in his duty. To every prison there should be an Inspector appointed; either by his colleagues in the magistracy, or by Parliament. Sheriffs and Magistrates have indeed this power already; and prisons are their immediate care. But some Sheriffs excuse themselves from attention to this part of their duty, on account of the short duration, expense, and trouble of their office: and those Gentlemen, as well as Gentlemen in the Commission of the Peace, have no doubt been fearful of the consequence of looking into prisons. But the danger from such inflection is in great measure removed: and it may be expected that Sheriffs will now engage in this business and that among Justices, and Town-Magistrates, there may always be found one man generous enough to undertake this important service. Or if the constant trouble be thought too much for one person, it may proceed by annual, quarterly, or monthly rotation. The Inspector should make his visit once in a week, or at most in a fortnight; changing his days. He should take with him a memorandum of all the rules, and inquire into the observance or neglect of them. He should (as is done in some of our Hospitals) look into every room, to see if it be clean, &c. He should speak with every prisoner; hear all complaints; and immediately correct what he finds manifestly wrong: what he doubts of, he may refer to his brethren in office, at their next meeting. A good Gaoler will be pleased with this scrutiny: it will do him honour, and confirm him in his station. In case of a less worthy Gaoler, the examination is more needful, in order to his being reprimanded; and, if he be incorrigible, to his being discharged. This Honourable Delegate should have no salary: he should engage from the noble motive of doing justice to prisoners, and service to his country”. En HOWARD, John. *The state of the prisons in England and Wales With Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*. Section III. Proposed improvements in the structure and management of prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp.66-67.

¹⁷⁸ RÖDER, Carlos David Augusto. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*. Valladolid: Maxtor, (facsimil de la Edición de 1876), 2002 pp. 235-236, 248, 252 y 289.

enteramente justo las penas a priori en la ley, rechazando con ello las *teorías absolutas* del fin de la pena y las que la fundan en el carácter intimidativo de aquella.

Desde la Escuela Positivista, FERRI¹⁷⁹, en 1884, postula el principio de la pena por tiempo indeterminado, según el cual “el problema penal no debe en modo alguno consistir en fijar una cierta dosis de pena, que se crea proporcionada á la falta del delincuente: debe reducirse á decidir si, dadas las condiciones objetivas del acto (derecho violado y daño causado) y las condiciones subjetivas del agente (motivo determinante y categoría antropológica), es necesario separar al individuo del medio social, para siempre ó por un tiempo más o menos largo, según que el condenado se muestre readaptado ó no con el medio social; ó si debe contentarse simplemente con una reparación rigurosa del daño causado”. Como experiencia práctica de tal sistema, con buenos resultados, se señalaría en el ámbito del tratamiento de los menores, el Reformatorio de Elmira.

La conclusión a la que llega Ferri con relación a la función del juez penal es que, para todo culpable, aquel se limitará a decretar, en la sentencia condenatoria, la segregación por tiempo indeterminado, ya sea en la casa de locos criminales, ya en el establecimiento de incorregibles o en los establecimientos destinados a los culpables ocasionales, adultos y menores. La ejecución de esta sentencia no es ajena al Juez, antes bien se confiere a las comisiones de ejecución penal, las cuales estarían conformadas por peritos antropólogos-criminalistas, el propio juez, el acusador y el defensor, además de funcionarios administrativos¹⁸⁰.

Pero incluso un autor tan alejado de la idea de la pena correccional, detractor de aquella, como egregio representante de la Escuela Clásica, como lo es CARRARA¹⁸¹, sin embargo, de forma incipiente pone en tela de juicio la posibilidad de modificación de la sentencia al margen de la autoridad judicial. Así cuando cuestiona la denominada *liberazione provvisoria* como medio de suspender la ejecución de la sentencia, invoca como uno de los argumentos en contra de tal instituto precisamente el competencial, el que aquella sería acordada por la Administración penitenciaria, la cual, aunque respetable, entendía que era siempre inferior a la Magistratura; concluiría, de este modo, que este planteamiento sería la manifestación de una incoherencia jerárquica, además de implicar un debilitamiento de la autoridad punitiva.

Por lo que se refiere a la doctrina española, existen precedentes de la asignación a la pena del carácter correccional en Ramón de la Sagra y Manuel Montesinos, si bien es cierto que la formulación y organización completa de la teoría correccionalista se produce por la obra de Röeder, sustentada en la filosofía de Krause, que tuvo gran acogida a través de Julián Sanz del Río y sus discípulos. Antón Oneca hablaría de escuela correccionalista española por un sentido ecléctico que tendría de acuerdo con nuestra cultura y tradición, existiendo una predisposición moral del pensamiento español

¹⁷⁹ FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo 2º. 3ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1908, p. 266.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 272-273.

¹⁸¹ CARRARA, Francesco. *Programma del Corso de Diritto Criminale, dettato nella R. Università di Pisa*, Parte Generale. 3ª Ed. Lucca: Tipografía Giusti, 1867, §1027, p. 622.

que justificaría su arraigo, de forma que, aunque la corrección es el fin más importante, no es el único¹⁸².

El primer autor que recogería los postulados del correccionalismo sería Luis Silvela, el cual defendería que la comunidad requiere un cierto orden establecido para poder desarrollar adecuadamente sus fines, siendo éste de tipo ético-moral, al precisar del concurso de actos de la libre voluntad. La pena será considerada un acto de restauración del orden quebrantado, no pudiendo consistir en un mal, antes bien, el proceso de restauración exigiría la presencia de la voluntad del causante, de modo que se haría necesaria la enmienda y regeneración del culpable¹⁸³. Así afirmará que “una vez que se reconozca que el castigo por medio de la coacción se propone traer al camino del deber al que de él se apartó, mejorándole y procurando la enmienda, todo castigo que corrige es por lo mismo esencialmente tutelar para quien lo sufre”¹⁸⁴.

Insigne representante del movimiento correccionalista es Concepción Arenal, la cual fue Visitadora de Cárceles de mujeres, entre octubre de 1863 y agosto 1865 y entre 1869 y 1973. En su pensamiento, todo lo relativo a la beneficencia, filantropía o caridad constituye una obligación social que supone un acto de justicia y no de mera liberalidad con los desamparados. Defendería una actuación coordinada de la beneficencia pública y la caridad privada, que para ser eficaz debería ser permanente, yendo más allá de lo meramente material, en orden a la formación moral e instrucción de los destinatarios. Para ella la pena ha de ser justa, ha de estar regida por los principios de justicia, siendo esta última inspirada por la conciencia del ser humano, cuyo origen último se vincula a Dios. Así como existiría un sentimiento de justicia, que es permanente en todo tiempo y lugar, que surgiría como fenómeno espontáneo de la conciencia y necesidad de la vida humana, la idea de la justicia variaría en función del tiempo y de las personas encargadas de su aplicación. Para que se dé una conformidad entre la pena y la justicia sería necesario que se ajustara a una serie de principios, a saber: que la pena no sea tan dura que parezca cruel; que la pena sea proporcional al delito; que la pena sea igual para todos los que son igualmente culpables; y que la pena debe de llevar en sí los medios de corregir al que castiga o, por lo menos, de no hacerlo peor de lo que es. Con relación a los fines de pena, se distinguiría entre corrección y enmienda; la primera consistiría en conseguir honradez legal, mientras que la segunda sería alcanzar la honradez moral, implicando esta última el arrepentimiento y cambio de pensamiento, no siendo suficiente con crear una mera apariencia de respeto a la ley, sino que se debería conseguir un cambio real y duradero en el sujeto, lo cual conlleva la convicción interna con relación al nuevo planteamiento del que recupera la libertad¹⁸⁵.

DORADO MONTERO¹⁸⁶ es claro y prominente representante de la recepción del nuevo planteamiento en torno a la pena, pues va a defender que no es posible establecer fija e invariablemente, ni en la sentencia, ni en la ley, la índole del castigo a

¹⁸² MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “La pena y su ejecución... op. cit., p. 1014.

¹⁸³ *Ibidem*, 2021, p. 1027.

¹⁸⁴ SILVELA, Luis. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España*. Madrid: Imprenta de T. Fortanet, 1874, p. 297.

¹⁸⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “La pena y su ejecución... op. cit., p. 1033.

¹⁸⁶ DORADO MONTERO, Pedro. *El Derecho protector de los criminales*. Nueva ed. Tomo II. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1916, pp. 27-32.

imponer al culpable, como tampoco su cuantificación, que no se puede hacer de forma irrevocable, antes bien, tanto su duración o intensidad, como la modalidad de aquella, dependerá de las condiciones personales del reo, lo que conduce al concepto de pena indeterminada, un sistema de administración de justicia que no dé sentencias definitivas e irrevocables, sino lo que denomina providencias provisionales que se modifican cuando los hechos demuestren que el tratamiento planeado no responde a las previsiones. Esta idea del tratamiento como un medio subordinado a la modificación de un estado de cosas tenido por perjudicial o peligroso y a su sustitución por otro más favorable, configura la pena correccional y educativa; por ello, la pena ha de ser tan indeterminada, movable o rectificable como lo es aquel otro; concepto de la pena que se proyectaría sobre toda clase de delincuentes, sin exclusión. En esta formulación da un paso más, pues implica un cambio en la ejecución misma de la pena, pues se postula la fusión, frente a la división existente, entre la función de juzgar e imponer las penas y la función de ejecutarlas; en definitiva, se rechaza la separación entre el orden judicial y administrativo al efecto.

Dorado Montero tendría una especial conceptualización del Juez penal, pues frente a la delimitación entre función represora y función preventiva, conforme a la cual la primera corresponde a aquellos, mientras que la segunda sería competencia de las autoridades administrativas, él entiende que tal distinción ha de borrarse, siendo la función judicial ahora de pura prevención y policía, y como es propio en ella, “no dando ahora sentencias definitivas, irreformables e indiscutibles, sino dictando los jueces por sí mismos, ó con el auxilio de otras personas que puedan prestarlo, aquellas providencias que se estimen más acertadas en cada caso, las cuales se podrán discutir por todo el mundo o revocar por los que las hubieren dictado, cuando así se juzgue justo y conveniente”¹⁸⁷.

Propone, así mismo, un especial programa formativo de aquellos alumnos universitarios que pretendan acceder a la función judicial. Los estudiantes de las Facultades de Jurisprudencia, tras unos estudios comunes a todas las profesiones jurídicas, deberían completar su formación en Facultades o secciones especializadas según su futura orientación profesional. Y con respecto a los que encaminen su carrera a ser jueces, va más allá, pues considera que tales Facultades o secciones deben bifurcarse a la vez en dos direcciones, una para los Jueces civiles y otro para los penales. En concreto, la formación de estos últimos debería comprender las siguientes materias: Antropología Criminal, Psicología Criminal, evolución histórica de la delincuencia y de la penalidad, Sociología Criminal, Estadística Criminal, Legislación Penal Comparada, Legislación Penal Vigente, Criminalística, Ciencia Penitenciaria, Clínica Criminal o asistencia de los alumnos a los tribunales y a las prisiones para estudiar en vivo a los criminales¹⁸⁸.

Por otra parte, en su visión de la *Justicia penal del porvenir*, entendería que, “en primer lugar, no habrá sentencias, sino providencias provisionales, planes de conducta,

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 417.

¹⁸⁸ DORADO MONTERO, Pedro. “La Administración de Justicia. La educación de la Magistratura”. En: *La Administración, Revista Internacional de Administración, Hacienda y Política*. Tomo II, diciembre, 1895, pp. 288-290.

análogos a los que traza un médico y rectificables como éstos lo son cuando las circunstancias lo aconsejan; en segundo lugar, el individuo ha de estar sometido al tratamiento el tiempo y solo el tiempo necesario para conseguir el fin que con ese tratamiento se busca; en tercer lugar, los jueces deben tener las más amplias facultades para desempeñar sus funciones”¹⁸⁹.

Como pone de manifiesto MATA Y MARTÍN¹⁹⁰, en Dorado Montero el sistema de la sentencia indeterminada es consecuencia de los cambios en el sentido que se quiere otorgar a la función penal. La reclusión del delincuente no sería un acto de venganza, antes bien de defensa de la comunidad, no siendo la condena sino una declaración de peligrosidad del delincuente para la sociedad, lo que justifica esa privación de libertad, debiendo ser mantenido en la cárcel en tanto en cuanto no desaparezca la amenaza para aquella de comisión de nuevos delitos.

En definitiva, Dorado Montero pondría el acento en la intervención judicial, no tanto por razones ya humanitarias, sino de individualización de la pena, que no termina con dictarse el fallo, de ahí la conveniencia de que los órganos judiciales encargados tengan una formación especializada¹⁹¹.

Continuador de esta línea de pensamiento, JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁹² defenderá el papel del juez en la ejecución del tratamiento, tanto penal, como de seguridad, que debe desplegarse desde el instante mismo en que la sanción es impuesta y hasta el momento en que se declara extinguida, debiendo comprender el seguimiento asiduo del régimen impuesto por la sentencia, que nunca será definitivo; el control constante del estado de peligrosidad del sujeto, las variaciones sobrevenidas y su desaparición; la facultad de reemplazar la medida de seguridad por otras ajustadas a las eventuales modificaciones del estado peligroso del sujeto; y la cesación, provisional o definitiva, de las penas y medidas de seguridad de duración indeterminada.

El concepto de sentencia indeterminada no es pacífico y frente a él se invocaría el peligro y amenaza para los derechos individuales de los condenados por los eventuales abusos por parte de los jueces u otras autoridades.

En contestación a tales objeciones en torno al concepto de sentencia indeterminada, FERRI¹⁹³ considera que “se la aplica todos los días para separar de la sociedad los locos ordinarios, sino que ha sido ya demandada, únicamente, sin embargo, como ensayo para los culpables varias veces reincidentes o incorregibles, y solo como principio de compensación o simetría”.

¹⁸⁹ DORADO MONTERO, Pedro. *El Derecho protector...* op. cit., p. 406.

¹⁹⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “La pena y su ejecución en Dorado Montero”. En: *Liber amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal. Libro Homenaje al Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo II, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, p. 261.

¹⁹¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. “La intervención del Juez en la ejecución de la pena...” op. cit., p. 253.

¹⁹² *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, août 1935*, vol. II, Rapport présenté par M. Luis Jiménez de Asúa, p. 40.

¹⁹³ FERRI, Enrico. *Sociología Criminal...* op. cit., p. 268.

DORADO MONTERO¹⁹⁴, por su parte, entiende que no hay con este modelo mayor riesgo para los derechos del penado que con los sistemas de penas determinadas, pues tanto unos como otros suponen un ataque a los derechos del hombre, quedando el condenado en una posición de absoluta sumisión a la autoridad revestida del poder punitivo. El mismo riesgo de arbitrariedad habría en la eventual actuación de los jueces que en la del legislador que decreta y señala las penas. Pero es que quienes ponen tales reparos, sin embargo, no los tienen con las *medidas administrativas de duración indeterminada* (en la terminología actual medidas de seguridad) que se aplican, entre otros, a los sujetos irresponsables o semiimputables y que serían en esencia lo mismo que las penas, un mero cambio de nombre.

Un sector doctrinal, sin embargo, propondría introducir en la regulación de la sentencia indeterminada garantías suficientes, como lo sería la fijación de un máximo y un mínimo o, al menos, un máximo insuperable. Junto a tal cautela, en algunos países se fijaría unas ciertas garantías de procedimiento. Por otro lado, además, se postularían exámenes periódicos de las penas o medidas con el fin de determinar si estas deben cesar por haberse alcanzado los objetivos o bien deben mantenerse, revisión para la cual se sugerirían tribunales o comisiones mixtas¹⁹⁵.

JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁹⁶ tras apostar en el *código del próximo porvenir* por el *quantum* del tratamiento penal indeterminado, elegido por el juez, reconoce, sin embargo, que la duración de la pena establecida en la ley y en el fallo es una garantía contra posibles arbitrariedades, siendo la sentencia indeterminada un serio peligro para la libertad individual. Considera ingenuo intentar que la defensa de los derechos de los ciudadanos frente a eventuales atropellos que puedan cometerse al actuar con la sentencia indefinida pueda combatirse con la fijación del doble límite máximo y mínimo, pues si el margen fijado es estrecho, ello supone un obstáculo para un verdadero sistema de sentencia indeterminada; y si es lato, de nada sirve para impedir abusos. La solución en orden a garantizar el derecho individual de libertad estaría en la elección de las autoridades que deben poner término al tratamiento, para lo cual caben tres opciones: la administrativa, en la cual la liberación del reo dependería de la decisión de los empleados de prisiones; la judicial, en la cual el pronunciamiento corresponde al juez; y las comisiones mixtas. Su opción sería esta última, que en su propuesta estaría compuesta por tres cuerpos consultivos: cuerpo médico-antropológico (médicos y antropólogos-criminalistas); cuerpo jurídico (magistrados, personas reconocidas en las ciencias penales, abogados -entre los que podrían estar el defensor y el acusador- y el fiscal); y el cuerpo administrativo (el director y los demás altos empleados del establecimiento). La decisión sobre la libertad del reo dependería del juez, previo análisis de los motivos expuestos por las tres comisiones en el preceptivo informe, las cuales en caso de disconformidad con la resolución de aquel otro podrían reclamar ante la autoridad judicial superior en jerarquía.

¹⁹⁴ DORADO MONTERO, Pedro. *El Derecho protector...* op. cit., pp. 35-42.

¹⁹⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., pp. 62-63 y 271-272.

¹⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El Nuevo Derecho Penal*. Madrid: Editorial Páez, 1929, p. 76 y pp. 114-117.

Estas propuestas serían pues un nuevo ejemplo de control o intervención judicial en la ejecución de la pena durante su cumplimiento.

La defensa de los derechos de los internos y garantía de la legalidad está presente en Cuello Calón, Rodríguez Muñoz y Bernaldo de Quirós, que insisten en la judicialización de la pena. Jiménez de Asúa en el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín de 1935 ya propugna la intervención integral del juez y Antón Oneca subraya la quiebra entre la aplicación de la pena a nivel judicial y su ejecución administrativa¹⁹⁷.

Esta preocupación por la especialización, formulada casi hace un siglo, sin embargo, en el caso español, a pesar de la constante inquietud al respecto de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus *Reuniones*, no ha merecido mayor atención por parte del legislador, ni por el órgano de gobierno de los Jueces.

5. LOS CONGRESOS PENITENCIARIOS

El pensamiento en torno a la necesaria judicialización de la ejecución de la pena y la especialización de los órganos judiciales va a tener clara acogida en los Congresos penitenciarios¹⁹⁸.

Los Congresos penitenciarios internacionales nacen a mediados del siglo XIX en un momento en el que numerosos países se plantean la reforma carcelaria y se cuestionan los medios para una lucha eficaz contra la criminalidad. Las primeras reuniones tendrían lugar entre 1846 y 1857, tanto en Frankfurt, como en Bruselas, bajo la iniciativa de hombre de leyes, médicos y filántropos, principalmente europeos. A través de sus relaciones intentarían confrontar y tomar conocimiento de los diferentes sistemas penitenciarios y propondrían las correspondientes mejoras en el funcionamiento y la arquitectura de las prisiones. Estos contactos se mantendrían más solemnemente, con una presencia oficial, a partir de 1872, enviando los diversos países a sus mejores especialistas, altos funcionarios de la Administración penitenciaria, jueces, abogados, parlamentarios y delegados de las sociedades penitenciarias, todo ello para conocer el estado de la Institución penitenciaria y hacer propuestas en orden a la lucha contra el crimen¹⁹⁹.

Como señala MATA Y MARTÍN²⁰⁰, para que se llegue a la convicción de la necesidad de controles, internos y externos, especialmente judiciales, sobre la ejecución penitenciaria, inciden múltiples factores, entre los que destacaría, por un lado la

¹⁹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El Juez de Vigilancia". En: *Lecciones de Derecho...* op. cit. p. 177 y 178.

¹⁹⁸ Entre 1872 y 1950 habrían tenido lugar doce.

¹⁹⁹ DERASSE, Nicolas. *Les Congrès pénitentiaires internationaux*, École nationale d'administration pénitentiaire.

https://www.enap.justice.fr/sites/default/files/histoire_parours12_congres_article_nicolas_derasse.pdf [Consulta 23/02/2021].

²⁰⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos del Sistema Penitenciario*, Madrid: Tecnos, 2016, p. 201.

constatación histórica de la realidad de los abusos sobre la población reclusa, las carencias económicas del medio, además de las formativas y el olvido de la sociedad; y, por otro, la introducción de institutos que implicarían la reducción de la condena inicialmente impuesta.

Buena prueba de la relevancia del debate en torno al papel del juez en la ejecución es que los Estatutos de la Unión Internacional de Derecho Penal (1889)²⁰¹, en su art. 2.5, se afirma con rotundidad que “como los Tribunales represivos y las Administración penitenciaria concurren al mismo fin y puesto que la condena no es válida más que por su forma de ejecución, la separación consagrada por nuestro Derecho moderno entre la función represiva y la función penitenciaria es irracional y perjudicial”.

Precedente de los Congresos internacionales es el Congreso Nacional sobre la Disciplina de las Penitenciarías y Establecimientos de Reforma celebrado del octubre de 1870 en Cincinnati, Ohio, en el cual se debate sobre la sentencia indeterminada y la libertad condicional. Entre los principios que se adoptan en aquel se recoge, reconociendo la dificultad práctica que implica, que las sentencias de penas de duración fija deberían ser reemplazadas por las de duración indeterminada, esto es, por aquellas que consideran la prueba del arrepentimiento como límite de la pena.

En sucesivos congresos se va incidir en esta idea; así en el de Londres de 1872, aunque en su programa no estaba previsto tratar tal cuestión, Brockway dirigió una memoria insistiendo en que las penas prefijadas fueran abolidas²⁰². Aparece en este Congreso la figura de la libertad condicional, luego extendida a todas las legislaciones²⁰³.

El de Estocolmo, 1878, si bien en las conclusiones se decanta porque la ley debe fijar el tiempo de aislamiento, incide, sin embargo, en un sistema penitenciario moralizador, como medio para la lucha contra la reincidencia, teniendo por complemento la libertad condicional y el empleo menos frecuente de penas de corta duración contra los delincuentes habituales²⁰⁴.

La idea de fijación de un máximo y un mínimo de pena en la ley para cada delito se expresa en el Congreso Penitenciario de Roma, 1885. En el de San Petersburgo, 1890, se va a rechazar la sentencia indeterminada; idea en la cual se incide en Bruselas, 1900, en el cual se distingue entre las penas y las medidas, considerando que en las primeras la indeterminación no es factible, debiéndose sustituir tal principio por la libertad condicional, combinada con cierta prolongación para los reincidentes, mientras que, en las medidas de educación, protección o de seguridad sí sería admisible, si bien con ciertas restricciones. En Washington, 1910, se retomaría aquel principio, con reservas, en la medida en que se supedita al tratamiento individual y a la posible libertad

²⁰¹ Fundada por Franz Von Liszt, Gérard Van Hamel y Adolphe Prins.

²⁰² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 89.

²⁰³ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 201.

²⁰⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La sentencia indeterminada...* op. cit., p. 89.

condicional, no recomendándose la fijación de un máximo de pena, salvo que fuera necesario, omitiéndose todo pronunciamiento en cuanto al mínimo²⁰⁵.

En España, el Primer Congreso Penitenciario Nacional, celebrado en Valencia en 1909, tratará la cuestión de las visitas a las cárceles y la intervención judicial en las prisiones. El Segundo Congreso Penitenciario Español, celebrado en La Coruña en 1914, propone la presentación de una ley penitenciaria en la cual se incluiría una intervención constante y directa de los tribunales en la ejecución de la pena. En el Tercer Congreso Nacional Penitenciario, celebrado en Barcelona en 1920, se abordaría la cuestión de la libertad condicional, condena condicional, apostándose por la individualización de la pena²⁰⁶.

En el Congreso Internacional de Londres, 1925, se analizaría el tema de la individualización de la pena y, sin referirse específicamente en él a la ejecución penal, se incide en la necesidad de la especialización del juez penal y en la toma en consideración de múltiples factores relacionados con la personalidad del delincuente. Se debatirá, además, sobre la cuestión de la sentencia indeterminada y su desarrollo posterior con el sistema penitenciario²⁰⁷.

Las ideas en torno a la sentencia indeterminada son plasmadas por JIMÉNEZ DE ASÚA²⁰⁸ en su *Informe* en el Congreso Penitenciario de Berlín de 1935, en el cual hace un análisis de su recepción y desarrollo por Dorado Montero cuando afirma que aquel, en línea con Ferri y Röder, defendería la indeterminación de la pena en la medida en que su naturaleza lo permita y para todo género de delincuente, sin distinción alguna. Así, dirá que el primero citado, en 1895, ya afirmaba que los jueces del futuro no se desentenderían de sus funciones después de pronunciado el fallo dado que no podrán dictar sentencias definitivas, sino únicamente provisionales, susceptibles de modificación cuando sea necesario para obtener un mejor resultado en el objetivo perseguido; y que en 1897, 1901 y 1915 ahondaría en ese planteamiento, defendiendo que aquellos jueces deberían ser radicalmente distintos de los actuales, que no deberían reducir su labor a emitir el juicio sobre el problema jurídico sometido a su consideración, sino que deberían, por el contrario, prolongar su intervención después de la sentencia y en tanto se ejecuta la pena.

La preocupación sobre la necesaria acotación de las funciones del juez y de la Administración en la ejecución está también presente en este Congreso en la medida en que se recoge una llamada de atención con relación a la delimitación del objeto de una y otra autoridad en orden a evitar la invasión y el conflicto en materia regimental²⁰⁹.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2014, pp. 141-160; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., pp. 210-212.

²⁰⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 202.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 202.

²⁰⁸ *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, août 1935, vol. II, Rapport présenté par M. Luis Jiménez de Asúa, p. 40.

²⁰⁹ *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, août 1935, Rapport présenté par M. le Comte Ugo Conti, p. 5.

Será el IV Congreso Internacional de Derecho Penal de París de 1937²¹⁰, el que aborda en la *cuestión quinta* el tema de cuál debe ser el papel del juez en la ejecución de las penas y medidas de seguridad. En ese marco, como exigencia del principio de legalidad y de las garantías de la libertad individual, se invoca la intervención de la autoridad en la ejecución de las penas y medidas de seguridad, debiendo conservar la Administración penitenciaria, encargada de esta ejecución, su completa autonomía e independencia. Se atribuye a la intervención de la autoridad judicial una misión de vigilancia y un cierto poder de decisión, pudiendo suponer, en particular, el control de la aplicación exacta de las leyes y reglamentos en las prisiones, especialmente, con vistas a la realización de los fines asignados a las penas y medidas de seguridad en su aplicación a cada condenado. Tal misión podría ser desarrollada, bien por una autoridad judicial, bien por una comisión mixta formada por magistrados y personalidades calificada interesadas en las cuestiones penitenciarias y en el patronazgo de los liberados.

Este Congreso tendría como precedente el Congreso de la *Société de Prisons* de 1931, el cual se pronunció de forma categórica a favor de intervención judicial en la ejecución en aras del principio de legalidad penitenciaria²¹¹.

Por lo que se refiere a la formación de los jueces, tanto el Congreso Internacional Penitenciario de Londres, 1925, y, especialmente, en el de Congreso Internacional de Derecho Penal de Palermo, 1933, abordan la cuestión. En este último, la delegación española fue absolutamente favorable a separación del juez penal y civil²¹² y la especialización de los funcionarios encargados de la Justicia penal. Formación que debería ir más allá de lo jurídico, comprendiendo estudios de Sociología, Antropología y Biología Criminal, entendidas como ciencias no ya auxiliares, sino de base, indispensables para la especialización criminal²¹³.

En el Congreso de La Haya, 1950, primer y último congreso penitenciario organizado después de la Segunda Guerra Mundial, las cuestiones expuestas ya no son objeto de debate y pronunciamiento, si bien se aborda la relativa a la libertad condicional en la *tercera sección*.

En 1950 la Comisión Penal y Penitenciaria Internacional dejará de existir, transfiriéndose sus funciones a Naciones Unidas, la cual se va a encargar de la organización congresos destinados a fortalecer la cooperación internacional contra la expansión de la delincuencia, en el primero de los cuales, en 1955, se aprobaron las *Reglas mínimas* para el tratamiento de los reclusos.

²¹⁰ Versión en francés, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 15, 1938, pp- 54-58. Versión en inglés, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 19, 1948, pp. 421-424.

²¹¹ CANO MATA, Antonio. "El juez de ejecución..." op. cit., p. 81.

²¹² Esta idea de separación de los jueces civiles y penales, con una formación profesional diferenciada habría sido expuesta por Dorado Montero en 1895; en DORADO MONTERO, Pedro. "La Administración de Justicia. La educación..." op. cit., pp. 288-290. En ese planteamiento disociador de ambas clases de jueces insiste Jiménez de Asúa en 1929; en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El Nuevo Derecho Penal...* op. cit., p. 111.

²¹³ *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, août 1935, vol. II, Rapport présenté par M. Luis Jiménez de Asúa, pp. 45 y 46.

6. DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL A LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

Con la aprobación en 1882 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de forma genérica y en términos especialmente vagos y difusos, se recoge la facultad de inspección de los tribunales sobre la manera de cumplirse las penas. Se trataría de una norma en blanco que no contiene sino una mera remisión a otros preceptos. Así, por un lado, en el ámbito de la ejecución de la sentencia, el art. 990 establece que los tribunales ejercerán las facultades de inspección que las leyes y reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse las penas; por otro, con relación a los presos, el art. 526, establece las visitas semanales del Juez instructor o del Presidente de la Audiencia acompañado de aquel y un representante del Ministerio Fiscal a las prisiones de la localidad, visita cuyo objeto sería el conocimiento de la situación de los presos o detenidos y la adopción, en su caso, de las medidas que cupieren dentro de sus atribuciones en orden a corregir los abusos que notaren.

Con relación a este precepto y respecto del momento inmediatamente anterior a la Ley Orgánica General Penitenciaria, dirá CANO MATA²¹⁴, que el *Reglamento de Servicio de Prisiones* de 1956 pondría de manifiesto la gratuidad de la referencia de la norma procesal, pues tan solo se haría alusión a ella en los arts. 44 y 46 con relación a la ejecución de la pena de muerte y en el art. 60 al hablar de los miembros que forman las Comisiones de Libertad Condicional.

El tenor del art. 526 LCRM recogiendo la referencia a las visitas de los jueces a los presos preventivos va a poner en duda la vigencia de la anterior normativa relativa a aquellas, hasta el punto de que el tema es recogido en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, la cual se decanta por entender vigente el art. 49 de las *Ordenanzas de las Audiencias* y por tanto que las visitas allí reguladas debían seguir efectuándose; dudas que quedan despejadas al confirmarse esas atribuciones en el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 por el que se desarrolla tales facultades en el ámbito penitenciario²¹⁵.

Por Real Decreto de 22 de mayo de 1899 el control administrativo se perfecciona con la creación de la Juntas Locales de Prisiones y por Real Decreto de 20 de enero de 1908 se centraliza en la Dirección General el servicio de inspección de prisiones. La regulación de 1899 se complementará con la normativa del Real Decreto de 5 de mayo de 1913, donde, sin perjuicio de las visitas que los tribunales tienen que realizar por ley, se regula las visitas inspectoras de la Salas de Gobierno de las Audiencias y, donde no la hubiera, por los Jueces Instructores o Escribanos.

El Reglamento de 24 de diciembre de 1928, *de aplicación del Código Penal en los Servicios de Prisiones*, la única referencia que contiene sobre la materia al efecto, es la excepción recogida en el art. 127 a la prohibición entrada en los establecimiento penitenciarios a toda persona sin la debida autorización, excepción referida a quien tengan conferida por la ley tal facultad de acceso por ostentar carácter inspectivo o

²¹⁴ CANO MATA, Antonio. "El juez de ejecución... op. cit., p. 91.

²¹⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Aproximación a la evolución histórica... op. cit., p. 262.

judicial, acceso para el cual bastaría con la exhibición de la acreditación u orden de visita, quedando el personal del establecimiento exonerado de toda otra obediencia y a sus órdenes.

El art. 205 del Reglamento de 14 de noviembre de 1930²¹⁶ recoge expresamente el contenido de las visitas generales de presos y revistas inspectoras penales de las Salas de Gobierno y los Jueces de Instrucción, que se circunscribe a la situación penal o la forma de cumplimiento de la pena por parte de los reclusos, si bien deben recoger las quejas que espontáneamente formulen los reclusos y darles el curso que proceda, fijándose como límite el régimen y la disciplina de los establecimientos. Se establece expresamente que “los Directores de las Prisiones Centrales y Provinciales y los Jefes de las de Partido ocuparán puesto en estrado a la derecha del Tribunal durante la visita, teniendo a la vista los expedientes procesales o correccionales de los reclusos que sean objeto de la misma, para exponer al Tribunal las aclaraciones que se juzguen necesarias”. Para tal fin dos días antes de la visita, tenían que enviar al tribunal una relación exacta de los procesados o penados, según se trate de visita de presos o de revista penal comprensiva de los datos pertinentes.

El *Reglamento del Servicio de Prisiones* de 5 de marzo de 1948, en el art. 274, será menos preciso que su predecesor, pues a diferencia de aquel no recoge expresamente el contenido de las visitas generales de presos y revistas penales, pero dado que excluye lo relativo al régimen y disciplina del Establecimiento, cabe entender que su contenido conecta con el propio de las actuaciones procesales, la situación de los privados de libertad. El *Reglamento del Servicio de Prisiones* de 2 de febrero de 1956, su art. 93, no introduce modificación alguna.

Estas visitas, señala CUELLO CALÓN²¹⁷, a pesar de estas recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habían ido cayendo en desuso, hasta el punto que, en la Memoria de la Fiscalía de 1947²¹⁸ se recuerda la conveniencia por parte de los Fiscales

²¹⁶ Restablecida la vigencia en su integridad por Decreto del Gobierno del Estado número 82 de 2 de noviembre de 1936, salvo en las disposiciones adoptadas por los Junta de Defensa Nacional y por la Junta Técnica del Estado.

²¹⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 269.

²¹⁸ Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1947 por el Fiscal del Tribunal Supremo, p. 147. “El régimen penitenciario español, sin perjuicio de sus variaciones, que han respondido a las distintas orientaciones doctrinarias que han aparecido en el campo de la ciencia, ha tenido siempre una característica que se puede llamar racial, la del trato humano, piadoso y comprensivo del penado. El antiguo alcaide de las prisiones como el moderno director, con sus oficiales y auxiliares, sobre todo en las colonias poco numerosas, llegaban, y llegan, a considerarla población penal como una prolongación de su propia familia. Tiene, sin embargo, el sistema el inconveniente, común al de casi todas las legislaciones modernas, de estar casi ausente la acción de los Tribunales de la dirección del tratamiento de los reclusos, lo que no excusa la observación del mismo, por lo que los Fiscales deben hacer en sus Memorias el comentario de las visitas realizadas a los establecimientos penitenciarios y prisiones preventivas. La mayor parte de las Memorias omiten ese comentario, por considerar que, en virtud de una disposición dictada en 1936, están en suspenso las visitas. Efectivamente, no se ha derogado expresamente esa disposición, que obedeció a circunstancias muy extraordinarias de aquel momento; pero algunas Audiencias han considerado que deben restablecer sus contactos con las prisiones y así lo han hecho, por lo que algunos Fiscales se ocupan del tema, fijando su atención en varios extremos relacionados con la instalación de los establecimientos y el trato que en ellos recibe la población penal”.

de realizarlas y reflejarlas en las memorias que elaboraren, a pesar de que se considerara que estaban en suspenso por una disposición de 1936²¹⁹, sin que hubiera sido derogada, lo cual no habría impedido que algunas Audiencias hubieran considerado conveniente mantener el contacto con los presos y así lo hubieran hecho.

A pesar de las continuas referencias normativas, la realidad de las visitas, a lo que se traducían en la práctica, venían a ser un mero arqueo, comprobación de que no se daba detención arbitraria, ni quebrantamiento, pero se prescindía de la comprobación de las condiciones de la privación de libertad²²⁰. La persistente reiteración normativa y la constancia en los requerimientos legales también sería una muestra de la ineffectividad de tal instrumento²²¹.

De esta forma, como conclusión, podría decirse que, a pesar de la copiosa normativa, “no se ha conseguido dar á ambas funciones, represivas y penitenciaria, la continuidad que requieren para ser eficaces, tanto en bien de la defensa social como en favor de la corrección del culpable”²²².

²¹⁹ Se refiere, aunque no la cita expresamente, a la Orden de 4 de septiembre de 1936, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España, núm. 18, de 08/09/1936, página 71, en la cual se dispone que “en atención a las circunstancias actuales, la Junta de Defensa Nacional ha acordado que se deje en suspenso la visita reglamentaria de cárceles que había de tener lugar el día siete de los corrientes, sin perjuicio de que pueda celebrarse más adelante, en la fecha que oportunamente se determinará”.

²²⁰ SALILLAS, Rafael. *La vida penal en España*. (facsimil de la edición de 1888). Pamplona: Analecta Editorial, 1998, pp 78-84.

²²¹ SANZ DELGADO, Enrique. “Las viejas cárceles... op. cit., p. 303.

²²² CASTEJÓN, Federico. *La Legislación Penitenciaria...* op. cit., p. 54.

CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL

1. DERECHO Y REGLAS INTERNACIONALES

- 1.1 Ámbito de Naciones Unidas
- 1.2 Ámbito del Consejo de Europa
- 1.3 Ámbito de la Unión Europea

2. DERECHO COMPARADO

- 2.1 Introducción
- 2.2 Brasil
- 2.3 Italia
- 2.4 Portugal
- 2.5 Francia

1. DERECHO Y REGLAS INTERNACIONALES

1.1 Ámbito Naciones Unidas

Frente a la visión de los penados como marginados que de alguna manera han dejado de ser parte de la sociedad, aparece en el ámbito internacional la idea de la dignidad de la persona en cuanto a tal, plasmándose en las *Reglas mínimas* de Ginebra, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles* y en las *Reglas mínimas* del Consejo de Europa; en estas últimas, en la Resolución de 19 de enero de 1973, art. 56.2, se proclama que el respeto de los derechos de los reclusos y la legalidad de ejecución de las penas sean asegurados mediante el control de una autoridad judicial o cualquier otra autoridad que no pertenezca a la Administración penitenciaria²²³.

El origen de las *Reglas mínimas* hay que encontrarlo en el conjunto de normas sobre el tratamiento de los detenidos elaborado por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria en 1929 y que fueron presentadas en el Congreso Penitenciario de Praga, 1930, por Bumke, a la sazón, Presidente de la Corte Suprema del Reich y miembro de aquella Comisión²²⁴.

Tal propuesta será posteriormente recogida en las normas aprobadas en la Asamblea de la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre de 1934.

La falta de homogeneidad en el modelo de control de la ejecución de la pena privativa de libertad se ha proyectado en la normativa internacional en la materia. Las

²²³ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 182.

²²⁴ Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Prague, Août 1930.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas²²⁵, si bien recogen el derecho de los reclusos a formular quejas ante las autoridades administrativas o judiciales -*Regla 36*-, no prevé la necesidad de establecimiento de una autoridad independiente de control -*Regla 55*-.

En el ámbito también de Naciones Unidas, dentro del Acuerdo sobre el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*²²⁶, el *Principio 4*, recoge la necesidad de que toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad.

No encontramos, sin embargo, ninguna referencia al derecho a la formulación de quejas y a la existencia de instrumentos de control, en los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

La versión última, de las *Reglas mínimas*, conocida como *Reglas Mandela*²²⁷, por su parte, da un paso más allá, de forma que establecen la necesidad de que haya un sistema doble de inspecciones periódicas de los establecimientos y servicios penitenciarios; junto con inspecciones internas o administrativas realizadas por la Administración penitenciaria central, se recoge la existencia de inspecciones externas realizadas por un organismo independiente de la Administración penitenciaria, que podría ser un organismo internacional o regional competente, siendo su objeto velar porque los establecimientos penitenciarios se gestionen conforme a las leyes, reglamentos, políticas y procedimientos vigentes, todo ello con la finalidad de que se cumplan los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales y se protejan los derechos de los reclusos -*Regla 83*-.

A las *Reglas mínimas* expuestas, también el ámbito de Naciones Unidas ha de añadirse el *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*²²⁸, el cual tiene por objeto establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentre personas privadas de libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²²⁹.

²²⁵ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Las *Reglas 36 y 55* mantienen su texto en las dos versiones.

²²⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

²²⁷ Asamblea General, Resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

²²⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002; firmado por España el 13 de abril de 2005, BOE de 22 de junio d 2006.

²²⁹ Por LO 1/2009, de 3 de noviembre, se introduce una disposición final única en la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, por la cual se confiere a tal organismo la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en España.

1.2 Ámbito del Consejo de Europa

En el ámbito europeo, el primer intento de establecer unas reglas penitenciarias se produjo en 1973, con la introducción de las *Reglas mínimas europeas para el tratamiento de los reclusos*, mediante la Resolución (73)5 del Consejo de Europa, las cuales tratarían de adaptar a las condiciones europeas las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos* formuladas en 1955. En 1987 serán revisadas a fin de que pudieran, tal y como anuncia la *Exposición de Motivos*, “recoger las necesidades y las aspiraciones de las administraciones penitenciarias, de los reclusos y del personal penitenciario en un enfoque coherente de la gestión y el tratamiento que sea positivo, realista y contemporáneo”. La versión actual de 2006 tendría el mismo objetivo general y, al igual que sus predecesoras, se basarían tanto en las reglas penitenciarias previas, como en los valores del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos*²³⁰.

Las *Reglas Penitenciarias Europeas* desde su primera versión de 1973, la siguiente de 1987 y la actual de 2006 -y su revisión en 2020-, contemplan el principio relativo a que todas las prisiones deberán ser inspeccionadas por parte del Gobierno de forma regular y controladas por una autoridad independiente.

Tras este planteamiento subyace la idea de que las prisiones son, por naturaleza, lugares secretos, cuyos muros no solo retienen al privado de libertad, sino que también mantienen fuera a la población en general. El control de lo que ocurre dentro de ellas es más eficaz cuanto mayor es la transparencia, de ahí la importancia de la participación de la sociedad en su funcionamiento. Pero ese tipo de transparencia no sería suficiente, pues incluso en los países en que los sistemas penitenciarios están más desarrollados, el control independiente de las condiciones de la privación de libertad y del trato a los internos es esencial para prevenir los tratos inhumanos e injustos y para mejorar la calidad de vida y la gestión de los centros²³¹.

Si bien las versiones de 1973 y 1987 citan expresamente la posibilidad de que ese control se lleve a cabo por una autoridad judicial, la versión de 2006 -y la revisada de 2020- omiten esa referencia, lo cual no significa que se excluya, simplemente queda englobada en el concepto de autoridad independiente²³².

²³⁰ *Comentario a las normas penitenciarias europeas*. Barcelona: Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2010, p. 2.

²³¹ COYLE, Andrew. *Règles pénitentiaires européennes*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2006, p.142.

²³² La *Regla 56.2*, Resolución 73-5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 19 de enero de 1973 y la *Regla 5*, Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 12 de febrero de 1987, durante la 40ª Reunión de los Delegados de los Ministros tendrían en sus respectivos textos la misma redacción: “El respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por un control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración penitenciaria”.

Por su parte, la *Regla 9*, Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero

Adicionalmente, en la Parte VI de la versión de 2006, que ha sido objeto de modificación en 2020, se desarrolla la inspección y control de las prisiones por un organismo estatal, cuyo funcionamiento recuerda en gran medida al del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT)²³³.

La tradición en materia de control independiente de las prisiones es muy diferente en los diversos estados, pues frente aquellos en los cuales pesa más la labor judicial a través de los tribunales -España, Francia-, en otros es llevado a cabo por el Ministerio Público -Europa oriental-, o por inspectores del Ministerio de Justicia -Países Bajos-, cuando no por un cuerpo de inspectores y consejos de control independientes -Reino Unido-²³⁴.

Como pone de relieve MAPELLI CAFFARENA²³⁵, con la iniciativa que tuvo lugar en el año 1973 se quiso dar una respuesta a las *Normas mínimas* de las Naciones Unidas de 1955, que ya entonces resultaban insuficientes porque, en primer lugar, las *Reglas mínimas* nacieron con una proyección universal, por lo cual muchos de los derechos reconocidos en los países más desarrollados aparecían devaluados, pues en ellos se había llegado más allá de lo previsto en tal texto; y, por otro lado, esa misma proyección obligó a una redacción excesivamente programática que en muchos casos no permitía convertir su contenido en un compromiso político penitenciario de los países a los que iba destinado. El principio de legalidad y el correspondiente control de legalidad que debe de ejercer una autoridad independiente cerrarían este conjunto de principios fundamentales, habiendo entendido los responsables del texto como suficientemente garantizados los derechos mediante la actividad de control por un órgano independiente, sin recomendar que el mismo sea un órgano judicial. Este último aspecto sería criticable, pues es más recomendable el ejercicio de ese control por un órgano de esa naturaleza, no solo por la autoridad e independencia que el mismo reviste, sino por coherencia con los propios postulados del Estado de Derecho. De esta forma, cabría concluir que “si el poder judicial debe también ejecutar lo juzgado y tiene como misión controlar que el Estado y los particulares actúen conforme al Derecho, su presencia en la fase de ejecución de las penas de prisión es recomendable, porque es precisamente allí, en ese marco donde mayores son los riesgos de lesión de los derechos fundamentales de las personas”.

de 2006, durante la 952ª Reunión de los Delegados de los Ministros, presentaría una redacción, coincidente en el contenido, pero más esquemática: “Todas las prisiones estarán sujetas a inspecciones gubernamentales regulares y al control por parte de una autoridad independiente”.

La Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952ª Reunión de los Delegados de los Ministros, ha sido modificada y revisada por el Comité de Ministros el día 1 de julio de 2020, a raíz de la 1380ª reunión de los Delegados de los Ministros, sin que haya sufrido alteración en su redacción.

²³³ *Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes*, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

²³⁴ COYLE, Andrew. *Règles pénitentiaires...* op. cit., p.143.

²³⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 8, 2006, pp. 2-5.

En esta misma línea, TÉLLEZ AGUILERA²³⁶, tras destacar que en las *Reglas* de 2006 el Consejo de Europa es consciente que la efectividad de aquellas ha de contar necesariamente, por un lado, con la idoneidad del personal que las ha de aplicar y, por otro, con la existencia de controles que las garanticen, es crítico, sin embargo, por no haberse dado el paso a la judicialización del control del sistema penitenciario, pues el mejor control independiente que puede realizarse es el que viene del Poder Judicial, sin perjuicio de la existencia de otros controles que coadyuven en esa labor, caso del Defensor del Pueblo estatal o autonómico.

1.3 Ámbito de la Unión Europea

Por lo que a la Unión Europea se refiere, no cabe hablar de un cuerpo normativo penitenciario al ser esta materia competencia de los Estados miembros, a los cuales corresponde ocuparse de las condiciones penitenciarias y la gestión de las cárceles. No obstante, la Unión desempeña también un papel necesario en la protección de los derechos fundamentales de los reclusos y en la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, máxime cuando las condiciones de reclusión son un elemento determinante para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión, tal como el Tribunal de Justicia ha sostenido - STJUE de 5 de abril de 2016 (Asunto C-404/15), *Aranyosi y Caldáru*²³⁷.

Existe claramente una clara conciencia en torno a la realidad y disparidad de los diversos sistemas penitenciarios nacionales, su realidad práctica, así como en cuanto a las medidas alternativas a la prisión, lo que ha dado lugar a diversas Resoluciones del Parlamento Europeo al respecto, mas no a un texto vinculante. En estos pronunciamientos, de forma reiterada, se hace una llamada a la creación de un órgano independiente de supervisión, si bien no es necesario que tenga naturaleza judicial.

En este sentido habría que citar la Resolución *sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, de 17 de diciembre de 1998, (A4-0369/98)²³⁸, en la cual tras pedirse que todos los Estados miembros de la Unión Europea trabajen en pro de la elaboración de una ley de bases para el ámbito penitenciario que establezca el marco legal que regule tanto el estatuto jurídico interno -material-, el estatuto jurídico externo y el derecho de queja, así como las obligaciones de las personas privadas de libertad, se hace expresa mención a la necesidad de que se prevea un órgano de vigilancia independiente al que puedan recurrir los presos cuando se violen sus derechos.

²³⁶ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Las nuevas Reglas penitenciarias del Consejo de Europa (Una lectura desde la experiencia española)*. Madrid: Edisofer, 2006, pp. 46-47 y pp. 150-151.

²³⁷ Considerando B y numeral 3, Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, *sobre condiciones y sistemas penitenciarios* (2015/2062(INI)).

²³⁸ n. 4. Resolución *sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, de 17 de diciembre de 1998, (A4-0369/98).

En la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, *sobre las condiciones de privación de libertad en la UE (2011/2897(RSP))*²³⁹, se insta a la Comisión y a las instituciones de la UE en orden a presentar una propuesta legislativa sobre los derechos de las personas privadas de su libertad, incluidos los señalados por el Parlamento en sus informes y recomendaciones, y que desarrollen y apliquen normas de mínimos para las condiciones carcelarias y de privación de libertad, así como normas uniformes de indemnización a las personas injustamente encarceladas o condenadas; del propio modo, se dirige a la Comisión y a los Estados miembros para que mantengan esta cuestión como prioritaria en sus agendas políticas y que dediquen los adecuados recursos humanos y financieros a abordar la situación. Se insiste además en que los Estados miembros apliquen mecanismos de supervisión nacionales independientes y efectivos para las prisiones y los centros penitenciarios.

Por último, la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, *sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2015/2062(INI))*²⁴⁰ sugiere a los Estados miembros que nombren a un inspector general para los centros penitenciarios, como ya existe en algunos Estados miembros, a fin de contar con una instancia independiente para evaluar las condiciones de reclusión.

2. DERECHO COMPARADO

2.1 Introducción

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, señala GARCÍA VALDÉS²⁴¹, con diversa terminología en ocasiones, existía en otros países con bastante anterioridad a la Ley Orgánica General Penitenciaria, siendo dos las denominaciones que se estaban imponiendo, *juez de ejecución de penas*, por la que se inclinaba la doctrina y la legislación francesa -los escritos, de Sliowski, a mediados de los años treinta del pasado siglo; de De Briey, treinta años después; y, posteriormente, los trabajos de Schmelck, Picca y Bouzat/Pinatel en Francia consolidaron la figura-, y *juez de vigilancia*, acorde con la acepción italiana -el trabajo de Altavista, de finales de los años cincuenta del siglo XX-. Junto a países como Brasil, Finlandia, Portugal, con una figura judicial específica, otros contaban con comisiones o tribunales de ejecución de penas que revisaban las actuaciones de los tribunales sentenciadores, asumiendo, en consecuencia y en menor medida, las funciones conferidas a la autoridad judicial de vigilancia, caso de Bélgica o Alemania. Estos antecedentes habrían sido tenidos en cuenta a la hora del diseño del Juez de Vigilancia en España, donde solo existían las

²³⁹ n. 4 y 19. Resolución *sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución*, de 17 de diciembre de 1998, (A4-0369/98).

²⁴⁰ n. 11. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, *sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2015/2062(INI))*.

²⁴¹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Los orígenes y la puesta... op. cit.; GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Madrid: Civitas, 1982, pp. 244-245.

ancestrales e ineficaces facultades inspectoras de cárceles, atribuidas a jueces y fiscales, que escasamente se cumplían²⁴².

La figura, no ha tenido, sin embargo, favorable acogida en el ámbito anglosajón, ni en los países escandinavos²⁴³.

Siguen así las legislaciones caminos diferentes, pues unas conceden a los jueces amplios y supremos poderes de vigilancia general de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, la inspección del exacto cumplimiento de las disposiciones legales sobre ejecución y extensas facultades de decisión, mientras que otras les otorgan facultades inspectoras, solamente en ciertos casos especiales, y un cierto poder de decisión. En este segundo grupo subyacería el temor a posibles conflictos con las autoridades penitenciarias, por lo cual no se les otorgarían amplias funciones generales de inspección, sino solamente facultades de decisión.

2.2 Brasil

Las primeras trazas del control de la ejecución de la pena por órganos externos a la Administración penitenciaria aparecen por primera vez en Brasil en el Decreto nº 4.577, de 5 de septiembre de 1922²⁴⁴, por el cual se faculta al Poder Ejecutivo para “revisar y reformar el reglamento de las Casas de Detención, Correccional, colonias y escuelas correctivas o preventivas, así como verificar la situación de los detenidos por los jueces seccionales del Distrito Federal y de los Estados, a fin de estandarizar y unificar la dirección de las instituciones penales dependientes del Gobierno Federal y hacer efectiva la libertad condicional y el régimen legal penitenciario, modificándolo según sea necesario, de acuerdo con las ideas modernas, tendiendo a la regeneración de los delincuentes, y los relativos a los incorregibles, a la creación de penitenciarías agrícolas, suspensión de sentencia (sursis), acortamiento de sentencia por el buen procedimiento (Ley americana del good time) que se provea de la manera más conveniente”.

En desarrollo de la habilitación antes mencionada, por Decreto 16.665, de 6 de noviembre de 1924, se crea el Consejo penitenciario, con una composición plural²⁴⁵, al

²⁴² En los Países Bajos en 1953 se crea una Comisión de Vigilancia presidida por el Juez, sistema de comisión que se establece en Bélgica en 1964. En TERUEL CARRALERO, Domingo. “El juez de ejecución... op. cit., p. 570.

²⁴³ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “El Juez de Vigilancia... op. cit.1985, p. 176; BENÍTEZ YEBENES, Rafael. *El procedimiento...* op. cit., pp. 66-67.

²⁴⁴ Tanto este Decreto, como el Decreto 16.665, se elaboran a instancias del Profesor Candido Mendes de Almeida, Catedrático de Teoría y Práctica del Proceso Penal en la Universidad de Río de Janeiro. En *Relatorio do Professor Candido Mendes de Almeida, sessões e resoluções da Conferência Penal e Penitenciária Brasileira realizada no Rio de Janeiro em junho 1930*. Río de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, p. 164.

²⁴⁵ El art. 2 del Decreto 16.665 establece que estará compuesto por: el Fiscal de la República, por un representante del Ministerio Público local y por cinco personas libremente designadas por el Presidente de la República en el Distrito Federal y Territorio do Acre y por los Presidentes o Gobernadores en los Estados donde no hubiere penitenciaría federal. Preferentemente, tres de los miembros serían elegidos

cual, entre otras funciones, se le atribuyen las de verificar la conveniencia de conceder la libertad condicional, visitar los establecimientos penitenciarios y verificar el adecuado cumplimiento de las normas del régimen y formular las correspondientes propuestas²⁴⁶. Correspondería a la autoridad judicial la decisión sobre la libertad condicional²⁴⁷.

La realidad de las visitas por parte del Consejo penitenciario habría puesto de manifiesto la colaboración continua entre aquel y los establecimientos penitenciarios para la solución y discusión de los problemas relacionados con el régimen penitenciario²⁴⁸.

Posteriormente, por Decreto-Ley nº 3.689, de 3 de octubre de 1941, se aprueba el *Código de Procedimiento Penal*, en cuyo art. 712 se recoge la competencia de la autoridad judicial en orden a la concesión y eventual revocación de la libertad condicional.

La consolidación de la intervención judicial en la ejecución tiene plena acogida en la Ley nº 7.210, de 11 de julio de 1984, de *Ejecución Penal*, la cual, en términos normativos, tendría tres objetivos principales: los que conciernen la garantía del bienestar de los condenados; la necesidad de clasificación del individuo y la individualización de la pena; y la asistencia necesaria dentro de la prisión y los deberes regimentales, mientras cumple la condena²⁴⁹.

En la *Exposición de Motivos* de la Ley de 1984 se proclama que a la autonomía del Derecho de Ejecución Penal corresponde el ejercicio de una jurisdicción especializada, razón por la cual, en el art. 2, se establece que la "jurisdicción penal de los jueces o tribunales de justicia ordinaria, en todo el territorio nacional, se ejercerá, en el proceso de ejecución, de conformidad con esta ley y el Código Procesal Penal". La aplicación de los principios y normas del Derecho Procesal Penal sería el corolario lógico de la integración existente entre el Derecho de ejecución de la pena y las medidas de seguridad y otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente las que regulan, con carácter fundamental o complementario, los problemas que plantea la ejecución²⁵⁰.

El proceso de ejecución penal, regulado en art. 194 y siguientes de la Ley de Ejecución Penal, es plenamente jurisdiccional, lo cual revelaría la madurez en el trato dado al preso. Al reconocerse que el condenado es sujeto de derechos en la ejecución,

entre profesores de Derecho o juristas en la actividad forense, y dos entre profesores de Medicina o clínicos profesionales.

²⁴⁶ Art. 3 del Decreto 16.665.

²⁴⁷ Art. 8 del Decreto 16.665.

²⁴⁸ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. "La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho Comparado". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 39, Fasc/Mes 1, 1989, p. 82.

²⁴⁹ MARQUES JR. recoge diversas opiniones, cuando menos llamativas, sino realistas, sobre la Ley de Ejecución Penal por parte de jueces y fiscales, que la ven como algo *fuera de lugar*, hasta el punto de ser calificada como una *ley del primer mundo* o como *cosa de Suiza*, pero que no tiene aplicación efectiva en la realidad brasileña, que se corresponde al *tercer mundo*. Por un lado, se reconocería su carácter de norma ideal que congrega castigo, humanidad, resocialización y reintegración del prisionero en sociedad, pero por otro resultaría su inviabilidad práctica y económica. En MARQUES JR., Gessé. "A Lei de Execuções Penais e os limites da interpretação jurídica". En: *Revista de Sociologia e Política*. vol. 17, nº 33, pp. 148-150.

²⁵⁰ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 32.

sería necesario que se le diera una forma de hacer valer esos derechos, siendo a través de la actividad jurisdiccionalizada como se accederá a ellos²⁵¹

El art. 61 de la Ley dispone que son órganos de ejecución penal aquellos que de alguna manera intervienen en la ejecución de la pena inspeccionando, asesorando, decidiendo, proponiendo cambios, asistiendo al preso y su salida, denunciando irregularidades, etc. Estos serían: el Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria²⁵²; el Juez de Ejecución -*Juízo da Execução*-; el Ministerio Público²⁵³; el Consejo Penitenciario²⁵⁴; los Departamentos Penitenciarios²⁵⁵; el Patronato²⁵⁶; el Consejo de la Comunidad²⁵⁷; y el *Defensoria Pública*²⁵⁸. Cada uno en su función, los

²⁵¹ SOUZA DE MATHIS, Ana Victoria de Paula. "Agravo em execução". En: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. Tomo Processo Penal. 1ª ed. Agosto, 2020; en el mismo sentido, MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal...* op. cit., pp. 72-73.

²⁵² El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria recogido en art. 62 y siguientes de la Ley de Ejecución Penal está integrado por trece miembros designados por el Ministerio de Justicia, entre profesores y profesionales del área del Derecho Penal, Procesal Penal, Penitenciario y ciencias correlacionadas, así como por representantes de la comunidad y de los Ministerios del área social. Entre sus funciones destaca proponer las directrices de la política criminal en materia de Justicia criminal y ejecución de penas y medidas de seguridad; promover planes de desarrollo, sugiriendo las metas de la política criminal y penitenciaria; promover la evaluación del sistema; elaborar programas de formación del personal; fijar reglas de la arquitectura penitenciaria y construcción de establecimientos, inspeccionar y fiscalizar los establecimientos penitenciarios, proponiendo las medidas necesarias para su mejora

²⁵³ Conforme al art. 67 de la Ley de Ejecución Penal corresponde al Ministerio Público fiscalizar la ejecución de la pena y de la medida de seguridad, además de una participación activa en la ejecución instando la toma de decisiones en tal materia.

²⁵⁴ En la Ley de 1984 el Consejo Penitenciario, regulado en el art. 69, está formado por profesores de Derecho Penal, Procesal, Penitenciario o Ciencias relacionadas con aquellas ramas del conocimiento, así como representantes de la comunidad. A este órgano le correspondería emitir dictámenes sobre indulto y conmutación de pena, salvo solicitud de indulto basada en el estado de salud del recluso; inspeccionar establecimientos y servicios penitenciarios; presentar, en el primer trimestre de cada año, al Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria, un informe sobre el trabajo realizado en el año anterior; y supervisar el mecenazgo, así como la asistencia a los liberados.

²⁵⁵ Conforme al art. 71 de Ley de Ejecución Penal el Departamento Penitenciario Nacional, subordinado al Ministerio de Justicia, es un órgano ejecutivo de la Política Penitenciaria Nacional y de apoyo administrativo y financiero del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria.

²⁵⁶ En el art. 78 de Ley de Ejecución Penal el Patronato público o particular se destina a prestar asistencia a los ingresados y a los exreclusos, además de orientar a los condenados a pena restrictiva de derechos; fiscalizar el cumplimiento de las penas de prestación de servicio a la comunidad y de limitación de fin de semana; colaborar en la fiscalización del cumplimiento de las condiciones de la suspensión y de la libertad condicional.

²⁵⁷ Conforme al Art. 80 de la Ley de Ejecución Penal, en cada Departamento habrá un Consejo de la Comunidad compuesto, como mínimo, por un representante de asociación comercial o industrial, un abogado indicado por la sección de la Orden de los Abogados de Brasil, un Defensor Público indicado por el Defensor Público General y un asistente social elegido por la Comisaría Seccional del Consejo Nacional. A falta de la representación prevista en este artículo, quedará a criterio del juez de la ejecución la elección de los integrantes del Consejo.

²⁵⁸ En el área de la ejecución de la pena a este organismo le corresponde la asistencia especializada en la protección de los derechos de las personas que cumplen penas privativas de libertad o restrictivas de derechos.

órganos de ejecución protegen el fiel cumplimiento de la pena, de acuerdo con la sentencia y con los parámetros legales²⁵⁹.

La organización judicial (estatal y federal) configuraría los Juzgados de Ejecución Penal como órganos especializados con el cometido de ejecutar las sentencias condenatorias definitivas, provenientes de los Juzgados de lo Penal y del Jurado, si bien, falta una formación igualmente especializada en los jueces que desempeñan tal labor. SOUZA NUCCI²⁶⁰ llega a afirmar que los magistrados que no se dediquen a la causa de la regeneración de las personas, además de no tener un mínimo dominio de las materias de las que se ocuparán en su día (Penal, Procesal Penal, Ejecución Penal), probablemente serán copartícipes de las disfunciones del sistema penitenciario y no contribuirán a la resocialización; por el contrario, los jueces dedicados a la ejecución penal facilitan la comunicación entre el Poder Ejecutivo y sus agentes, administradores penitenciarios y reclusos y sus familiares, además de lograr introducirse en la comunidad donde trabajan, haciendo proliferar los Patronatos y los Consejos Comunitarios.

Se contempla en la norma una amplia variedad de posibilidades en cuanto a los sujetos que pueden promover el procedimiento -de oficio, a requerimiento del Ministerio Público, del interesado, de quien le represente, de su cónyuge, pariente o descendiente, mediante propuesta del Consejo Penitenciario o, también, de la autoridad administrativa-. Y, para mayor garantía, se recoge que, contra las resoluciones del juez de ejecución, sin distinción de objeto, cabría recurso de apelación, sin perjuicio de la ejecutividad de lo resuelto.

En los arts. 65 y 66 de la Ley de Ejecución Penal se diseña un juez de ejecución con muy amplias atribuciones, tanto respecto de las penas, como de las medidas de seguridad. De esta forma se establece que la ejecución penal será responsabilidad del juez designado en la legislación local de organización judicial y, en su ausencia, del de la sentencia.

Corresponde al *Juízo da Execução*:

- a) Aplicar a los casos juzgados la ley posterior más favorable.
- b) Declarar la extinción de la responsabilidad.
- c) Decidir sobre la suma o unificación de penas.
- d) Decidir sobre la progresión o regresión en los regímenes²⁶¹.

²⁵⁹ SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Curso de Execução Penal*. Río de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 107.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 108.

²⁶¹ La Ley de Ejecución Penal adopta un sistema progresivo para la ejecución de sentencias privativas de libertad, pasando del régimen más severo al menos oneroso, siempre que concurra un requisito objetivo (cumplimiento de 1/6 parte de la condena en la mayoría de los delitos; 2/5, si es primario, o, 3/5, si es reincidente, en el caso de delitos atroces o similares) y otro subjetivo (buen comportamiento penitenciario, acreditado mediante certificado firmado por el director del establecimiento), cuya verificación estaría sometida al control judicial, con la observancia de principios tales como el legalidad, defensa amplia, contradictoria y el doble grado de competencia, entre otros. En MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal...* op. cit., p. 76.

- e) Decidir sobre la detración²⁶² y reducción²⁶³ de la pena.
- f) Resolver sobre la suspensión condicional de la pena.
- g) Resolver sobre libertad condicional.
- h) Resolver los incidentes de ejecución.
- i) Autorizar las salidas temporales.
- j) Determinar la forma de cumplimiento de las penas restrictivas de derechos y supervisar su ejecución.
- k) Determinar la conversión de la pena privativa de derechos y la multa en pena privativa de libertad.
- l) Determinar la aplicación de la medida de seguridad, así como la sustitución de la pena por medida de seguridad.
- m) Revocación de la medida de seguridad.
- n) La liberación o restitución a la situación anterior.
- ñ) La ejecución de pena o medida de seguridad en otro Distrito.
- o) La remoción de los condenados en el caso de cumplimiento de la pena en un establecimiento de la Unión²⁶⁴.
- p) Velar por el correcto cumplimiento de la pena y de la medida de seguridad.
- q) Inspeccionar, mensualmente, los establecimientos criminales, tomando medidas para el buen funcionamiento y promover, en su caso, la exigencia de responsabilidad.
- r) Clausurar, total o parcialmente, un establecimiento penitenciario que esté operando en condiciones indebidas o en violación de las disposiciones de la Ley.
- s) Decidir la composición del Consejo de la Comunidad.²⁶⁵

²⁶² Abono de la prisión preventiva. En MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal...* op. cit., pp. 77-78.

²⁶³ Redención de penas por el trabajo. En MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal...* op. cit., p. 78.

²⁶⁴ Esta hipótesis, que supone el cumplimiento en un lugar distante del de la condena, se puede dar por interés del condenado o por motivos de seguridad pública.

²⁶⁵ Se trata de un órgano de ejecución compuesto, en principio por un representante de las asociaciones de comerciantes e industriales, un abogado designado por la Sección del Colegio de Abogados de Brasil, un representante del Ministerio Fiscal designado por el Fiscal General, un trabajador social designado por la Sección del Consejo Nacional de Trabajadores Sociales. A falta de esos miembros, es el Juez de Ejecución el que escoge los integrantes del Consejo. Es competencia del Consejo visitar mensualmente, al menos los establecimientos penitenciarios; entrevistar a los presos; presentar mensualmente informes al Juez de Ejecución y al Consejo Penitenciaria; y procurar la obtención de recursos materiales y humanos para atender mejor al preso o internado, en armonía con la gestión del establecimiento.

t) Emitir anualmente el certificado de la pena por cumplir²⁶⁶.

2.3 Italia

Es en Italia donde aparece por primera vez la figura del Juez de Vigilancia, con funciones jurisdiccionales y administrativas ²⁶⁷, recibiendo expresamente tal denominación: *giudice di sorveglianza*. Así el art. 145 del Código Penal de 1930 recoge el control judicial de la ejecución de la pena²⁶⁸, que luego se desarrolla en el Capítulo II del *Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena* de 1931, en el cual se le confieren amplias funciones, tanto ejecutivas, como de consulta²⁶⁹.

El Código Penal va a organizar la participación de los magistrados en la ejecución de las sanciones penales, la cual se habría traducido en una partición o desdoblamiento de sus poderes, por un lado, en un Juez de Vigilancia y, por otro, en el Juez de Ejecución de penas. Correspondería al primero inspeccionar las prisiones de su competencia, pero sin poderes para inmiscuirse en su funcionamiento, mientras que sería competencia del segundo la revocación de la suspensión condicional de la pena o de la libertad condicional, así como las penas accesorias²⁷⁰.

El legislador habría diseñado el *giudice di sorveglianza*, en primer lugar, como órgano destinado a la vigilancia de la organización de la institución penitenciaria y a debatir con el Ministerio las necesidades de los distintos servicios, en especial con

²⁶⁶ La Ley nº 10713, de 13 de agosto de 2003, adicionó el inciso XVI al art. 41 y el X al art. 66, ambos de la Ley de Ejecución Penal, que otorga al detenido el derecho a obtener un certificado de la condena que le queda por cumplir, expedido anualmente por la autoridad judicial competente. El objetivo de este derecho garantizado no es sino evitar que el recluso permanezca en prisión por más de lo debido y, con fundamento en la información contenida en el certificado, pueda solicitar los beneficios de manera oportuna. En MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal...* op. cit., p. 90.

²⁶⁷ TARTAGLIONE, Girolamo. "Le funzioni del Giudice di Sorveglianza". En: *Rassegna penitenziaria e criminologica*. nº speciale 1-3, 1990, p. 345.

²⁶⁸ El art. 145 CP dispondría que la ejecución de las penas de prisión es supervisada por el juez, decide la admisión para trabajar al aire libre y opina sobre la admisión en libertad condicional.

²⁶⁹ Los arts. 4 a 7 del *Regolamento* recogen las atribuciones del *giudice di sorveglianza*, al cual corresponde supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad, visitando los establecimientos cada dos meses y comprobando si se han cumplido las disposiciones de las leyes y reglamentos, informando de los resultados de las visitas al Ministerio. Tendría potestad decisoria sobre aspectos tales como: a) el cambio de establecimiento especial, durante la ejecución de la pena; b) admisión del infractor mayor de dieciocho años en secciones especiales; c) disposiciones para el delincuente que se considere inadecuado para la vida en común; d) asignación a establecimientos de readaptación social y su revocación; e) traslado del condenado a una casa de castigo y de esta al establecimiento ordinario; f) traslado del condenado a una casa de rigor o a una casa para los discapacitados físicos o psíquicos; g) traslado del condenado, que sufre una enfermedad mental, a un manicomio judicial o a una casa de cuidado y custodia; h) admisión a trabajos en el exterior y su revocación; i) la inadmisibilidad de la solicitud de libertad condicional manifiestamente infundada; j) reclamaciones relativas a la determinación de la remuneración por el trabajo prestado; m) reclamaciones sobre los costes de mantenimiento del liberado enfermo. Y junto a ello, funciones consultivas, dando su opinión sobre: a) admisión a libertad condicional; y b) la propuesta de concesión de indultos por parte de los consejeros. Por último, también sería receptor de las denuncias y quejas de los internos.

²⁷⁰ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. "La institución del Juez de Vigilancia..." op. cit., p. 84.

relación a las actuaciones relativas al tratamiento reeducador; a ello se uniría la vigilancia de la ejecución de la custodia de los imputados y su ajuste a la legalidad, así como supervisar la ejecución de las medidas de seguridad²⁷¹. La originalidad de la solución ideada por el legislador estaría en la atribución a un juez de la vigilancia sobre la ejecución de la pena privativa de libertad, funciones que tradicionalmente venían residenciadas en la autoridad administrativa²⁷².

Su acogida en el *Codice Penale* vino precedida de un notable movimiento de pensamiento tendente a someter al control judicial la ejecución penal en todos los aspectos, incluidas las reducciones de condena, materias que hasta el momento eran consideradas funciones administrativas, respondiendo su implantación a un punto de vista jurídico teórico, más que a un entendimiento pragmático: si la administración de la justicia se debe desarrollar con garantías de carácter judicial, la ejecución debe estar subordinada a iguales garantías²⁷³.

El *giudice di sorveglianza* surge como órgano unipersonal y su nombramiento se realizaba a través del Ministerio de Justicia, que asignaba un juez de ejecución a cada tribunal, con funciones consultivas sobre libertad condicional, propuestas de indulto, etc.), inspectoras o de vigilancia (aplicación individualizada al recluso de las normas penitenciarias por parte de los funcionarios encargados de ello) y decisorias (ingreso en centros especiales, reclamaciones, régimen de trabajo abierto, etc.)²⁷⁴. Esta configuración inicial como órgano unipersonal fue valorada en su momento como oportuna por su carácter más expeditivo, gozando al tiempo de mayor libertad de acción que el que se le supone un órgano colegiado²⁷⁵.

Sin embargo, como se puso de manifiesto a lo largo de los años sucesivos, frente al entusiasmo inicial suscitado con esta innovadora figura, el resultado no fue un cambio determinante en la situación penitenciaria. Ello fue así por una serie de razones, en esencia reconducibles a la propia filosofía sobre la pena subyacente en el *Regolamento* de 1931, básicamente retributiva-aflictiva, y a la consecuente particular relación surgida entre condenado y Administración, con lo cual el papel de la autoridad judicial resultaba absolutamente marginal²⁷⁶.

Casi dos décadas después de la creación del nuevo operador judicial, tras la Segunda Guerra Mundial, en 1948, la Constitución Italiana en su art. 27 consagra la función resocializadora de pena, fundamento de tratamiento reeducativo, el cual consistiría en la organización un camino unitario y de orientación finalista hacia el condenado²⁷⁷, caracterizado por intervenciones encaminadas a promover un proceso de modificación de las condiciones y actitudes personales que obstaculizan una participación social constructiva. Esta va a ser la base de la constitución de una

²⁷¹ GIACALONE, Ezio. "Il soggetti dell'esecuzione penale". En: *Manuale di Diritto Penitenziario*. Milano: Wolters Kluwer, 2021, p. 410.

²⁷² CASA, Francesco della. *La magistratura de sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 2.

²⁷³ TARTAGLIONE, Girolamo. "Le funzioni del Giudice di Sorveglianza... op. cit., p. 346.

²⁷⁴ CANO MATA, Antonio. "La actividad administrativa... op. cit., p. 162.

²⁷⁵ TARTAGLIONE, Girolamo. "Le funzioni del Giudice di Sorveglianza... op. cit., p. 346.

²⁷⁶ CASA, Francesco della. *La magistratura de sorveglianza... op. cit., 1994, p. 2.*

²⁷⁷ S. 204/1074 Corte costituzionale della Repubblica italiana.

jurisdicción especializada, *la magistratura di sorveglianza*, llamada a vigilar la correcta organización de la actividad tratamental, a tutelar los derechos de las personas privadas de libertad, cual juez de la pena, la denominada jurisdicción reeducadora.²⁷⁸.

Así puede afirmarse que la creación de esta figura tendría como presupuesto la necesidad de individualización de la pena y el reconocimiento de los derechos subjetivos del recluso²⁷⁹.

La figura original del *giudice di sorveglianza* perfilada en 1930 estaba llamada a desarrollar la labor de la entonces nueva disciplina introducida en el *Codice Penale* de la aplicación y ejecución de la pena, asumiendo funciones, junto a otros órganos, de forma sustancialmente limitada, pero es la Ley 26 de julio de 1975 n° 354, sobre *Normas sobre el Ordenamiento penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad*, la que va a potenciar de una forma adecuada y autónoma la figura, con su nuevo diseño, ampliando posteriormente sus competencias con la Ley 689/1981 y la Ley 663/1986, de forma que se ha convertido en el órgano que preside la ejecución²⁸⁰.

De forma más completa, la normativa actual vendría constituida por la Ley 26 de julio de 1975 n° 354, sobre *Normas sobre el Ordenamiento penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad*; Ley 10 de octubre de 1986 n° 663 -la llamada Ley Gozzini-, *Modificaciones a la Ley sobre el ordenamiento penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad*; Ley 27 de mayo de 1998 n° 165 -la llamada Ley Simeone Saraceni-, *Modificaciones al art. 656 del Código de procedimiento penal y a la Ley 26 de julio de 1975 n° 354 y sucesivas modificaciones*; Ley 5 de diciembre de 2005 n° 251 -la llamada Ley ex Cirielli-, *Modificaciones al Código penal y a la Ley 26 de julio de 1975 n° 354 en materia de atenuantes genéricas, de reincidencia, de juicio de comparación entre las circunstancias de delito para los reincidentes, de usura y de prescripción*; Código penal: en vigor desde el 1930; Código de procedimiento penal: introducido con Decreto del Presidente de la República n° 447 del 1988; Texto refundido sobre la inmigración aprobado con Decreto del Presidente de la República n° 286 del 1998, *Texto refundido de las disposiciones sobre la disciplina de la inmigración y normas sobre la condición del extranjero*; Ley n° 193 del 2000 -la llamada Ley Smuraglia-, *Normas para favorecer la actividad laboral de los reclusos*; Ley n° 40 del 2001 -la llamada Ley Finocchiaro-, *Medidas alternativas a la prisión con el fin de proteger la relación entre las reclusas y sus hijos menores*; Decreto del Presidente de la República n° 230 del 2000 *Reglamento que contiene normas sobre el ordenamiento penitenciario y las medidas privativas y limitativas de la libertad*. Este último habría venido a sustituir al anterior aprobado por Decreto del Presidente de la República n° 431 de 1976²⁸¹.

²⁷⁸ GIACALONE, Ezio. "Il soggetti dell'esecuzione penale... op. cit., pp. 409-410.

²⁷⁹ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 212.

²⁸⁰ CANEPA, Mario y MERLO, Sergio. *Manuale de Diritto Penitenziario*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 58-59.

²⁸¹ *Carta de los derechos y deberes de los reclusos e internados*, Ministerio de Justicia, Departamento de la Administración Penitenciaria, Centro de Reproducción del Departamento de Administración Penitenciaria, Roma, 2013; ARENA, Doménico. "Instituciones, modalidades y tendencias del sistema de ejecución penal italiano: elementos para su comparación con la experiencia española". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n° 2, 2000.

El *Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena* de 1931, todavía estaba inspirado en el principio retributivo de la pena, lo cual reducía la entidad de la intervención de *giudice di sorveglianza* en la ejecución, asignándole funciones administrativas, enfatizando la relación de sujeción entre el detenido y la Administración penitenciaria. La reforma de 1975, sin embargo, va a privilegiar el tratamiento encaminado a la reeducación del condenado, en el cual se va a revalorizar el papel del *giudice* como defensa de la legalidad en la ejecución penal. Por otro lado, en la vertiente procedimental, se va a instituir el procedimiento de vigilancia dotado de reglas propias y de una autonomía dinámica. La individualización del tratamiento comporta ahora la activación de una verdadera jurisdicción reeducativa, que se va a llevar a cabo por un órgano colegiado de nueva creación, en la letra de la reforma, la *sezione di sorveglianza*, ulteriormente *tribunale di sorveglianza*²⁸², que venía demandando la competencia para conceder y revocar las medidas alternativas a la privación de libertad y además se presentaba caracterizada por la especialización y por la ausencia de participación en la dinámica carcelaria. Esta especialización del órgano judicial se va a reflejar en su composición, al formar parte de él expertos de formación no jurídica²⁸³.

La Ley de 1975 ha reservado para la magistratura de vigilancia un papel relevante, siendo algunos de sus principios de aquella la antítesis de los del *Regolamento* de 1931, en particular la finalidad reeducativa de la pena recogida en el art. 27 de la Constitución Italiana, que ahora encuentra una plasmación orgánica. La pena impuesta con la sentencia ya no va a ser algo inmodificable, pudiendo estar sujeta en el curso de la ejecución a atenuaciones de carácter cualitativo o cuantitativo. Siendo contraproducente el asilamiento en la cárcel con la finalidad resocializadora, aquel se va a ver mitigado con diversos instrumentos de contacto con el exterior, siendo en estas áreas donde se va a dar intervención a la magistratura, especialmente en aquellos instrumentos -medidas alternativas, permisos, programas de tratamiento- que más nítidamente expresan la nueva orientación del ordenamiento penitenciario. Este proceso de individualización de la pena en la fase de ejecución ha comportado necesariamente unas consecuencias procesales, pues a diferencia de la posición del *giudice* antes de la reforma, que estaba privada de connotaciones jurisdiccionales, ahora cuenta con un procedimiento de vigilancia expresamente creado para el ejercicio de la jurisdicción reeducativa.²⁸⁴

De modo genérico, sin perjuicio de la ulterior enumeración según el concreto órgano que las desempeña, las atribuciones de los órganos judiciales de vigilancia serían muy amplias: velar por el cumplimiento de la normativa penitenciaria, pudiendo realizar propuestas al Ministerio, con especial atención al tratamiento de los reclusos; supervisar el cumplimiento de las leyes y reglamentos; supervisar las medidas de seguridad; aprobar el programa de tratamiento, el trabajo en el exterior de los reclusos y toma de las decisiones oportunas frente a las eventuales violaciones de los derechos

²⁸² Tras la Ley 663/1986.

²⁸³ MACRILLÒ, Armando. "La giurisdizione di sorveglianza". En: *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*. BALDUCCI, Paola y MACRILLÒ, Armando, Milano: Giuffrè, 2020, pp. 402-403 y 416.

²⁸⁴ CASA, Francesco della. *La magistratura de sorveglianza...* op. cit., pp. 2-3.

de aquellos; aprobar los permisos y la libertad anticipada; además, de informar en las propuestas de indulto.

El Cap. II del Título II de la Ley de 1975, que lleva por título *giudici di sorveglianza*, tiene por objeto fijar las funciones de aquellos. A la labor de vigilancia se asignarían magistrados de casación, de apelación y del tribunal²⁸⁵.

Las funciones de vigilancia serán desarrolladas, bien por un órgano unipersonal, *giudici di sorveglianza*, bien un tribunal colegiado, *tribunale di sorveglianza*, distribuyéndose las competencias en función de la materia a resolver. Esta organización dual respondería, señala ALONSO DE ESCAMILLA²⁸⁶, a la situación de las cárceles en Italia, habiéndose entendido más conveniente que fuera un órgano colegiado el encargado de decidir sobre las medidas alternativas a la privación de libertad, pues, por un lado, se garantizaba mejor la uniformidad en un tema tan delicado y, por otro, sustraían a los Magistrados de vigilancia de las posibles presiones que pudieran sufrir.

Por lo que se refiere al órgano unipersonal, *magistrato di sorveglianza*, como ponen de manifiesto CANEPA y MERLO²⁸⁷, esta norma refuerza la función de vigilancia en la medida en que dispone la exclusividad en la labor a desarrollar por el Juez de Vigilancia, que no debe ser adscrito a otras funciones. El *magistrato di sorveglianza* estaría integrado en un órgano colegiado, el *tribunal di sorveglianza*, ejerciendo sus funciones de forma individual. El *tribunale di sorveglianza*, cuando examina los recursos de apelación o reclamaciones contra las resoluciones del *magistrato di sorveglianza*, actuaría con exclusión de él.

Por su parte, con relación al *tribunale di sorveglianza*²⁸⁸, como se ha dicho anteriormente, es la Ley 354/1975 la que va a introducir en el ordenamiento italiano una estructura judicial nueva colegiada en materia de vigilancia penitenciaria: la *sezione di sorveglianza*. Estas tendrían una configuración caracterizada por una composición mixta, magistrados -todos los de vigilancia del distrito- y expertos; una estructura organizativa propia; y una variación anual de sus componentes. Será la Ley 663/1986, yendo más allá del mero cambio nominal, instituye ya el *tribunale di sorveglianza*, dando una nueva forma al órgano, perdurando la naturaleza mixta en la medida que forman parte de él un presidente, un segundo magistrado de vigilancia y dos expertos en Psicología, Servicios Sociales, Pedagogía, Psiquiatría y Criminología Clínica, es decir, docentes de la Ciencia Criminalista²⁸⁹.

Especial relevancia dentro de él tiene su presidente, el cual dirige y organiza toda la actividad del tribunal, coordina la actividad de las oficinas de vigilancia comprendidas en la jurisdicción de aquel, designa la suplencia de magistrados de varias oficinas de vigilancia en caso de ausencia, impedimento o urgentes necesidades del servicio y propone la retribución de los expertos componentes del tribunal²⁹⁰.

²⁸⁵ CANEPA, Mario y MERLO, Sergio. *Manuale de Diritto Penitenziario*. Giuffrè, Milano, 2010, p. 47.

²⁸⁶ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. "La institución del Juez de Vigilancia... op. cit., p. 85.

²⁸⁷ CANEPA, Mario y MERLO, Sergio. *Manuale de Diritto...* op. cit., pp. 49 y 58.

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 61-67.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 61-62.

²⁹⁰ GIACALONE, Ezio. "Il soggetti dell'esecuzione penale... op. cit., p. 412.

Las atribuciones del *magistrato di sorveglianza* se van a desplegar en tres ámbitos, a saber: vigilancia y control; intervenciones de contenido administrativo; y dictado de medidas e intervenciones jurisdiccionales²⁹¹.

Siguiendo esta clasificación tripartita²⁹², le correspondería, por lo que a la labor de vigilancia y control se refiere, las siguientes:

a) Supervisa la organización de las instituciones de prevención y sanción y propone las necesidades al Ministerio de los distintos servicios, con especial atención a la implementación del tratamiento rehabilitador.

b) Vigilará que la ejecución de la custodia del acusado se lleva a cabo de conformidad con leyes y reglamentos.

c) Supervisará la ejecución de las medidas de seguridad personal.

d) Examina las solicitudes y quejas que se le dirijan, incluso en sobre cerrado, por los detenidos e internos, y favorece el contacto con las personas privadas de libertad mediante las frecuentes vistas al lugar de internamiento.

Presupuesto del desarrollo de esta función esencial sería un conocimiento por parte del *giudice* de la institución penitenciaria y sus problemas, además de ser capaz de establecer con los diversos operadores penitenciarios y las personas privadas de libertad una relación que le presente como verdadero garante de los derechos y leal colaborador. Debe conocer la realidad de los establecimientos con las continuas visitas, tanto con relación a las actuaciones prácticas de tratamiento, como la aplicación de las leyes y reglamentos²⁹³.

En el segundo bloque competencial, intervenciones de contenido administrativo, se encuadrarían las siguientes:

a) Aprobar el programa de tratamiento de los condenados y de los internos, revisando los elementos que constituyan una violación del derecho, devolviéndolos a la dirección penitenciaria con las observaciones oportunas a los efectos de una nueva formulación.

b) Conceder una licencia de 45 días como máximo a los condenados en régimen de semilibertad y a los demás internos.

c) Conceder los permisos a los condenados.

²⁹¹ CANEPA, Mario, y MERLO, Sergio. *Manuale de Diritto...* op cit., pp. 49-57

²⁹² Otros autores hacen una clasificación dual de las funciones de *magistrato di sorveglianza*, considerando su naturaleza jurídica, según la cual unas serían puramente administrativas -el traslado de los internos a un hospital o lugar de tratamiento, la autorización del trabajo externo o a instituciones que favorezcan la reinserción, la aprobación del programa de tratamiento, la aprobación del régimen de semilibertad, la modificación de las prescripciones en el *affidamento in prova* y el informe sobre la propuesta de indulto-, mientras que otras tendrían carácter jurisdiccional -las reclamaciones de los internos sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria y sobre la inobservancia por parte de la Administración penitenciaria de la legislación de la cual derive un grave perjuicio para sus derechos-. En GIACALONE, Ezio. "Il soggetti dell'esecuzione penale..." op. cit., pp. 410-411.

²⁹³ CANEPA, Mario, y MERLO, Sergio. *Manuale de Diritto...* op cit., pp. 50-51.

d) Aprobar las salidas para trabajar en el exterior, tratamiento o asistencia a los hijos en el exterior, además de su revocación.

e) Proveer sobre la modificación de las normas de conducta de los sujetos a prueba o arresto domiciliario.

f) Disponer el traslado al hospital o a otro lugar de atención médica externo de los condenados y de los internos, además de los imputados después de dictada de la sentencia en primera instancia, cuando el tratamiento o diagnóstico no puede llevarse a cabo en la institución penitenciaria.

g) Impartir, en el desarrollo del tratamiento, prescripciones encaminadas a eliminar eventuales violaciones de los derechos de los condenados y de los internos.

h) Autorizar las restricciones e intervención de la correspondencia de los condenados y de los internos, además de la de los imputados después de dictada de la sentencia en primera instancia.

i) Autorizar las comunicaciones telefónicas de los imputados después de dictada de la sentencia en primera instancia.

j) Autorizar, con parecer favorable del director del establecimiento, la participación de la comunidad exterior en la labor de reeducación y fijación de sus directrices.

k) Requerir a la Oficina de la ejecución penal externa informes sociales para la aplicación, modificación, prórroga o revocación de las medidas de seguridad o para el tratamiento del condenado o de los internos.

l) Excluir, si a criterio médico no pueden desempeñar la tarea, a los elegidos como representantes de los presos.

m) Proceder a la obtención de todos los elementos de juicio útiles, a través de la observación, con relación a las demandas de gracia formuladas por los condenados e internos, para transmitirlos al Ministerio con informe motivado.

n) Proponer a la autoridad penitenciaria la autorización de voluntarios para actuar en el establecimiento o colaborar con el centro de servicios sociales.

ñ) Ser miembro del Consejo de Ayuda Social.

o) Autorizar al defensor a conferir, recibir declaraciones o recibir información de la persona detenida en caso de investigaciones para su defensa.

Por último, las actuaciones de carácter jurisdiccional serían:

a) Resolver, con relación a las medidas de seguridad, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en el *procedimento di sorveglianza*²⁹⁴, sobre la declaración de habitualidad, profesionalidad o tendencia a delinquir.

²⁹⁴ Se trata del procedimiento típico que puede tener lugar ante el *tribunale* o el *magistrato*, que está regulado en los arts. 666 y 678 del *Codice di Procedura Penale*, frente al procedimiento *de plano*, que puede tener también lugar ante ellos, caracterizándose este último, frente al primero citado, por realizarse sin formalidades, sin la presencia de las partes. El procedimiento de plano tendría un carácter simplificado,

b) Resolver, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en *procedimento di sorveglianza*, sobre la persistencia de la peligrosidad social en las medidas de seguridad.

c) Decidir sobre las prescripciones de la libertad vigilada de los condenados liberados condicionalmente.

d) Decidir, en *procedimento di sorveglianza*, sobre las modificaciones de las medidas de seguridad.

e) Resolver, en *procedimento di sorveglianza*, sobre la refundición de las medidas de seguridad en trámite.

f) Resolver, en *procedimento di sorveglianza*, sobre la remisión de las costas.

g) Resolver, en *procedimento di sorveglianza*, sobre la enfermedad mental sobrevenida del condenado.

h) Resolver, en *procedimento di sorveglianza*, sobre la revisión de la peligrosidad social de los sujetos a medidas de seguridad al vencimiento del periodo mínimo de duración, así como sobre la revocación anticipada de la medida de seguridad.

i) Revocar, en *procedimento di sorveglianza*, la declaración de habitualidad, profesionalidad o tendencia a delinquir.

j) Resolver, con procedimiento *de plano*, sobre la *liberazione anticipata*²⁹⁵.

k) Resolver, con procedimiento *de plano*, sobre la expulsión del extranjero no comunitario.

l) Resolver, con procedimiento *de plano*, sobre la aplicación, suspensión cautelar y extensión de la parte final de la pena privativa de libertad, *indultino*²⁹⁶.

m) Decidir, mediante resolución solo impugnabile en casación, en procedimiento de *reclamo*²⁹⁷, sobre la observancia de la norma sobre la atribución de la calificación laboral, los salarios, remuneración, el desarrollo de la actividad de prácticas, laboral y los seguros sociales, así como las condiciones del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración, la

bien por la escasa entidad de la materia, bien por el carácter eminentemente documental, tratándose en algún caso de formalidades burocráticas o de comunicaciones de cuestiones en las cuales están implicados intereses de naturaleza privada. En FILIPPI, Leonardo, y SPANGHER, Giorgio. *Manuale de Diritto Penitenziario*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 370; CORVI, Paola. "Procedimento di sorveglianza". En: *Manuale di Diritto Penitenziario*. Milano: Wolters Kluwer, 2021, p. 462; MACRILLÒ, Armando. "La giurisdizione di sorveglianza... op. cit., pp. 426-435.

²⁹⁵ Se trata de una forma de reducción de condena de 45 días al semestre en atención al comportamiento disciplinario y participación en actividades reeducativas. En FELICIONI, Paola, y VALENTINI, Vico. "Misure alternative alla detenzione carceraria e liberazione anticipata: fisionomia e vicende esecutive". En: *Manuale di Diritto Penitenziario*. Milano: Wolters Kluwer, 2021, pp. 172-172.

²⁹⁶ Una forma de suspensión de la parte final de la pena privativa de libertad.

²⁹⁷ Se trata de un procedimiento frente a decisiones administrativas, si bien ha avanzado hacia el pleno conocimiento por el órgano jurisdiccional y al reforzamiento de la contradicción en él. En FILIPPI, Leonardo, y SPANGHER, Giorgio. *Manuale de Diritto Penitenziario*... op. cit., pp. 475-476.

constitución y competencia del órgano disciplinario, la impugnación de los cargos y la facultad de exculpación.

n) Decidir, por resolución recurrible ante el *tribunale di sorveglianza*, sobre la no computación de la duración, en la medida restrictiva de libertad, del tiempo transcurrido de detención o del internamiento en permiso o licencia en caso de no reingreso u otro grave comportamiento.

ñ) Determinar, en *procedimento di sorveglianza*, la modalidad de ejecución de la pena sustitutiva de *semidetenzione*²⁹⁸ y de la *libertá controllata*²⁹⁹, y de la *libertá controllata* o el trabajo sustitutivo impuesto en conversión de la pena impagada de multa por delito o falta.

o) Preside la gestión de la sanción sustitutiva que se refiere la Ley 689/81 -esta norma prevé la sustitución de las penas de hasta dos años de privación de libertad por la libertad por la de *semidetenzione*, *libertá controllata* o multa, según los casos- e informa al *tribunale di sorveglianza* de la conversión de la pena consiguiente a la violación de las condiciones.

p) Procede, a petición del Juez de la ejecución, a la audiencia del detenido o del interno que lo ha solicitado, cuando está fuera de la jurisdicción de aquel.

q) Procede, a petición del Ministerio Fiscal, previa la constatación de la efectiva insolvencia del condenado a la pena pecuniaria, a la conversión de aquella.

r) Procede, con relación a los procedimientos *in camera di consiglio*³⁰⁰, llevar a cabo la audiencia del interesado que está detenido o internado en un lugar fuera de la jurisdicción del juez del procedimiento.

s) Recibe la declaración del imputado detenido en lugar distinto al del juez del asunto en procedimientos de revisión de la orden de medida coercitiva (nuestro equivalente a las medidas no privativas de libertad).

t) Recibe la declaración del condenado en ausencia en el juicio de revisión y en la fase de ejecución.

u) Recibe la declaración de consentimiento del ciudadano extranjero a la transmisión de la pena a su país de residencia.

²⁹⁸ Forma de pena sustitutiva que consiste en la permanencia de un mínimo de horas al día en la cárcel.

²⁹⁹ Modalidad de pena sustitutiva de las penas privativas de libertad de corta duración y una modalidad de conversión de la pena pecuniaria, que consiste entre otras cosas, en la prohibición de salida del municipio de residencia y presentaciones diarias ante la Fuerza Pública.

³⁰⁰ Un tipo de procedimientos a puerta cerrada que se caracterizan por la ausencia de formalidades regulado en el art 127 del *Codice de Procedura Penale*.

v) Resuelve sobre *affidamento in prova al Servizio Sociale*³⁰¹, el arresto domiciliario, el régimen de *semilibertà*³⁰² y la suspensión condicional de la pena en los casos de recepción de un nuevo título de privación de libertad.

x) Resuelve sobre el aplazamiento de la ejecución tanto en los casos en los cuales es obligatorio, como facultativo, e incluso ordena la liberación del condenado cuando medien motivos fundados para que el tribunal acuerde la remisión.

y) Suspende, en función de la sucesiva intervención del *tribunale di sorveglianza*, la ejecución de la pena y ordena la liberación del condenado cuando, no existiendo riesgo de fuga, median indicios concretos sobre la concurrencia de las condiciones de acceso a la libertad condicional y hay perjuicio grave de la prolongación de la detención.

z) Dispone, en función de la sucesiva intervención del *tribunale di sorveglianza*, sobre la aplicación provisional del arresto domiciliario.

aa) Suspende, en función de la sucesiva intervención del *tribunale di sorveglianza*, la ejecución de la pena, ordenando la liberación del condenado, en los casos de solicitud de ingreso al régimen de semilibertad cuando el condenado ha demostrado su voluntad de reintegrarse a la vida social.

El *tribunale di sorveglianza* tendría unas competencias en primera instancia y, otras, en apelación. Comenzando por las aquellas en las cuales resuelve en primer grado, estas serían:

a) La concesión de la libertad condicional, su revocación o declaración de cese.

b) Resuelve sobre *affidamento in prova al Servizio Sociale*, al cual ya se ha hecho referencia anteriormente, su revocación o declaración de cese.

c) Admisión del arresto domiciliario ordinaria y especial, su revocación o declaración de cese.

d) Admisión del régimen de semilibertad, su revocación o declaración de cese.

e) Revocación de la liberazione anticipata.

³⁰¹ Se trata de una medida alternativa a la privación de libertad prevista en el ordenamiento italiano, según la cual el condenado está sujeto a la atención y la supervisión por la Oficina de ejecución penal externa según unas prescripciones impuestas por el *giudice di sorveglianza*. En FELICIONI, Paola, y VALENTINI, Vico. "Misure alternative... op. cit., pp. 156-157.

³⁰² La *semilibertà* sería considerada entre las medidas alternativas la más próxima a la experiencia carcelaria, pues supone que los condenados y los internos pueden pasar una parte de la jornada fuera de la institución penitenciaria para realizar una actividad laboral, formativa o útil para la reinserción social, teniendo como presupuesto la demostración de un progreso en el curso del tratamiento y de la subsistencia de las consideraciones para un proceso de reinserción en la sociedad. En FELICIONI, Paola, y VALENTINI, Vico. "Misure alternative... op. cit., p. 167.

f) Remisión obligatoria y facultativa de la ejecución de la pena y medida privativa de libertad, de la sanción sustitutiva de la *semidetenzione* y de la *libertá controllata*.

g) Conversión en la pena privativa de libertad correspondiente en caso de incumplimiento de las prescripciones en el caso de la *semidetenzione*, la *libertá controllata* y el *lavoro sostitutivo*³⁰³.

h) Concesión de la rehabilitación.

i) Licenciamiento definitivo de la pena al término de la libertad condicional o el *affidamento in prova al Servizio Sociale*.

j) Concesión y revocación de la suspensión de pena privativa de libertad en el caso de los sujetos que han seguido o siguen un programa de deshabituación o socio-rehabilitador de la drogodependencia.

k) Revocación de la suspensión de la parte final de la pena privativa de libertad, *indultino*.

En apelación, con relación a las decisiones del *magistrato di sorveglianza*, adoptadas en *procedimento di sorveglianza*, el *tribunale* tiene las siguientes competencias:

a) La aplicación, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de la medida de seguridad fuera de la instrucción o del juicio.

b) Evaluación de la persistencia de la peligrosidad al final de la aplicación de la medida de seguridad ordenada en sentencia o dispuesta sucesivamente al final de la actuación concreta.

c) Determinación de las prescripciones de la libertad vigilada impuestas al liberado condicional y a la persona sujeta a tal régimen como medida de seguridad.

d) Decisiones sobre las modificaciones de las medidas de seguridad.

e) Unificación de las medidas de seguridad en curso contra una misma persona.

f) Revisión de la peligrosidad social del sujeto a la medida de seguridad a la expiación del periodo mínimo de duración, esto es, la revocación anticipada de la medida de seguridad.

g) La revocación de la declaración de delincuencia habitual, profesional o por tendencia.

El *tribunale di sorveglianza* resuelve en apelación sobre la impugnación relativa a las disposiciones concernientes a las medidas de seguridad diversas de la confiscación, dictadas por el juez ordinario en la sentencia de condena, absolutoria o de sobreseimiento.

³⁰³ Pena sustitutiva similar a la nuestra de trabajos en beneficio de la comunidad.

El tribunale di sorveglianza resuelve, *in sede di reclamo*, frente a las decisiones del magistrato di sorveglianza:

- a) En materia de permisos ordinarios y permisos premiales.
- b) Sobre la no computación de la duración, en la medida restrictiva de libertad, del tiempo transcurrido de detención o del internamiento en permiso o licencia en caso de no reingreso u otro grave comportamiento.
- c) En materia de liberazione anticipata.
- d) Sobre la expulsión del extranjero no comunitario.
- e) Sobre la suspensión cautelar y extensión de la parte final de la pena privativa de libertad, *indultino*.

Sobre las autorizaciones de las restricciones e intervención de la correspondencia.

Por último, el *tribunale di sorveglianza* resuelve, *in sede di reclamo*, frente a las decisiones de la Administración penitenciaria relativas a:

- a) La adopción y prórroga del régimen de *sorveglianza particolare*³⁰⁴.
- b) La suspensión de la aplicación del régimen normal de tratamiento y contra la denegación, expresa o tácita, de su aplicación.

A diferencia de las funciones del *magistrato di sorveglianza*, que se calificarían como mixtas, el *tribunale di sorveglianza* solo tiene funciones jurisdiccionales, no administrativas³⁰⁵.

Para terminar, en la jurisdicción de menores y en la militar se desarrollan también la labor de vigilancia penitenciaria. En el primer caso, el órgano unipersonal vendría configurado por un magistrado, juez de menores del tribunal de tal clase, siendo el órgano colegiado el propio tribunal de menores; en el segundo, por un *magistrato militare di sorveglianza* y un *tribunale militare di sorveglianza*³⁰⁶.

2.4 Portugal

En Portugal los *Tribunais de execução das penas*, Tribunales de ejecución de las penas, fueron creados por Ley 2000, de 16 de mayo de 1944, puestos en funcionamiento por Decreto n.º 34.540, de 27 de abril de 1945-, y regulados, en su organización y competencia, por el Decreto-Ley n.º 34.553, de 30 de abril de 1945.

Haciendo una breve reseña del origen de la intervención judicial en la ejecución en este país, hay que remontarse al Código Penal de 1852 el cual establece la pena de prisión como principal forma de sanción penal. Tal texto va a ser objeto de sucesivas

³⁰⁴ El régimen de *sorveglianza particolare* prevé restricciones al trato y derechos de los reclusos considerados peligrosos para la seguridad penitenciaria.

³⁰⁵ GIACALONE, Ezio. "Il soggetti dell'esecuzione penale... op. cit., p. 411.

³⁰⁶ CANEPA, Mario, y MERLO, Sergio. *Manuale de Diritto...* op cit., pp. 68-70.

reformas, siendo significativas las que afectan a la ejecución de las penas. Así en 1867 se modifica el sistema de penas y ejecución penal; en 1893 se instituye la figura de la libertad condicional y la suspensión de la pena; en 1911, la materia de menores; en 1913 se sustituye el sistema Filadélfico por el Auburn; posteriormente, en 1927, se modifica las penas cortas de prisión y multa y se establece el sistema progresivo³⁰⁷.

Será el Decreto nº 26:643, de 28 de mayo de 1936, el que acomete la reforma penitenciaria³⁰⁸, la cual consagra expresamente un sistema dualista de defensa contra el delito dentro del Derecho Penal porque, al tiempo que recoge establecimientos de carácter común o especial para el cumplimiento de penas, crea otros destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad. La distinta finalidad de estas dos respuestas penales repercutiría en el régimen penitenciario a observar en el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad³⁰⁹.

Según la reforma, el sistema penitenciario se organizaría en establecimientos de detenidos, de preventivo y de cumplimientos de penas. Estos últimos, a su vez, en cárceles comarcales y centrales – para condenas de prisión hasta tres meses las primeras y de más de dicha cifra las segundas-; penitenciarías y colonias penitenciarias, para cumplimiento de la pena de prisión mayor; y prisiones especiales -prisiones escuelas, prisiones sanatorios y hospitales, prisiones de madres, prisiones asilos para anormales, prisiones para criminales de difícil corrección, prisiones para delincuentes políticos y colonias penales de ultramar para delincuentes políticos³¹⁰.

El modelo penitenciario elegido estaría en función del tipo de centro. En los de detención y comarcales y centrales se caracterizaría por el aislamiento, mas, en los de cumplimiento de la pena de prisión mayor, se adoptaría el sistema progresivo, dividido en cuatro fases³¹¹.

Para ESCUDEIRO³¹² el factor más importante que se puede extraer de Reforma de 1936, es el “haber sido analizada por primera vez la cuestión penitenciaria en la perspectiva práctica del sistema de ejecución, mirando el sistema de ejecución en una lógica coherente y dirigida para el resultado concreto, construyendo el sistema desde la parte inferior hasta arriba, erigiendo el encuadre del prisionero para percibir el sentido práctico y útil de la sanción aplicada, permitiendo la implementación de principios y normas y su reconstrucción evolutiva cuando sea aconsejable”.

El Decreto-Ley n.º 34.553, de 30 de abril de 1945, configuraría los *Tribunais de execução das penas* como por un órgano unipersonal, conociendo de los recursos

³⁰⁷ VIGO MILANEZ, Bruno Augusto. “Autonomia e jurisdicionalização da execução penal o direito europeu continental”. En: *Revista Justiça e Sistema Criminal*. vol. 9, nº 17, 2017, pp. 280-284.

³⁰⁸ Fruto del trabajo del Dr. José Beleza dos Santos. En: PINTO DE ALBURQUERQUE, Paulo. *Direito Prisional Português e Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 170.

³⁰⁹ BELEZA DOS SANTOS, José. *Nova organização prisional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1947, pp. 6-7.

³¹⁰ PINTO DE ALBURQUERQUE, Paulo. *Direito Prisional...* op. cit., p. 171.

³¹¹ PINTO DE ALBURQUERQUE, Paulo. *Direito Prisional...* op. cit., pp. 172-175.

³¹² SIMÕES ESCUDEIRO, María João. “Execução das penas e medidas privativas da liberdade: análise evolutiva e comparativa”. En: *Revista da Ordem dos Advogados*. año 71, nº 2, 2011, pp. 567-568.

contra sus resoluciones un órgano colegiado, cuya composición, sus miembros, no eran, salvo quien lo presida, necesariamente de origen judicial.

Sus funciones se centraban en las medidas de seguridad, su declaración, modificación y extinción, sobre las cuales tenían amplias competencias, tal y como se recogía en el art. 4 de tal norma.

Su intervención sería más limitada que la de los jueces italianos, pues estos últimos se intervendrían en la vida interna de la prisión, supervisión del sistema penitenciario y resolución de conflictos entre los internos y la Administración. Se configura así el Juez italiano con funciones inspectoras, deliberantes y consultivas, mientras que el portugués, quedaría al margen de la vida interna de la prisión, del régimen, de la materia disciplinaria y de cualquier conflicto entre los reclusos y los funcionarios de la prisión; como tampoco en las decisiones que afectan al sistema progresivo, ni siquiera en vía de recurso. Todas estas materias serían cuestiones de la Administración, esto es del Director del establecimiento, oído el Consejo Técnico. Se quería evitar con este diseño una interferencia judicial en la vida interna de las prisiones, una efectiva fiscalización del régimen penitenciario. Del propio modo, tampoco abarcaría su función la labor de los otros tribunales decidiendo hechos, calificación de aquellos y culpabilidad³¹³.

BELEZA DOS SANTOS³¹⁴, en 1956, afirmaba con respecto a este modelo, que el ambiente entre los Tribunales de Ejecución y la Administración había sido de colaboración, pero que temía que aquel deviniera envenenado si el tribunal viniese a tomar partido en las divergencias entre la dirección y los reclusos o interviniese de cualquier otro modo en la vida interior del establecimiento, porque si ahora los directores aceptan bien las sugerencias del tribunal sobre algún preso, hecha, por otra parte, con el máximo respeto a la autonomía de la Administración, aquellas serían tal vez recibidas de mal grado si llegaran como órdenes.

La calificación de estos tribunales como de ejecución respondería a que una gran parte de sus intervenciones se produciría tras una decisión condenatoria anterior. Le corresponderían funciones tales como, en el caso de los delincuentes habituales, la prórroga del internamiento, cuando extinguida la pena de prisión, se mantiene la peligrosidad, o, al contrario, acordar la libertad condicional, decisiones que estarían estrechamente ligadas a la ejecución penal y un complemento de ella³¹⁵.

Entre sus atribuciones estarían: el declarar el estado de peligrosidad para la adopción de ciertas medidas de seguridad, declarar la permanencia o cese de tal estado,

³¹³ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., pp. 272 y 274; BELEZA DOS SANTOS, José. "Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura-Resultados e sugestões)". En: *Boletim da Faculdade de Direito*. Suplemento XV. Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis. vol. I, Universidade de Coimbra, 1961, pp. 290-291; BOAVIDA, Joaquim. "Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas". En: *Julgar*. nº 33, 2017, pp. 235-236.

³¹⁴ BELEZA DOS SANTOS, José. "El Juez de ejecución de las penas en Portugal". En: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. mayo-junio, 1956, nº 122, p. 311.

³¹⁵ BELEZA DOS SANTOS, José. "Os tribunais de execução..." op. cit., pp. 292-293.

decidir el mantenimiento o la finalización de las medidas o conceder o denegar la libertad condicional³¹⁶.

Este órgano que, tendría un marcado carácter procesal, habría ampliado su ámbito de actuación a lo largo del tiempo³¹⁷ y de forma señalada con la aprobación del *Código de execução das penas e medidas privativas da liberdade* por Ley nº 115/2009, de 12 de octubre, confiriéndole ahora un largo listado de competencias materiales, que además no excluirían las ya previstas en otras normas³¹⁸.

Antes de entrar a analizar la normativa vigente, ha de hacerse una breve referencia al Decreto-Ley nº 783/76, de 29 de octubre, de *Tribunais de execução das penas*, cuyo Preámbulo proclama que “esta ley establece, por primera vez entre nosotros, la intervención directa de una magistratura especializada en el cumplimiento de sentencias y medidas de seguridad privativa de libertad y en la reinserción social de los condenados. El juez prolonga la actuación del Poder Judicial en la fase de tratamiento penitenciario, reduciendo la discontinuidad que ha existido tradicionalmente entre juicio y condena, por un lado, y la actuación penitenciaria encaminada a la reinserción social del interno, por otro... Al garantizar a los reclusos el acceso a una entidad independiente, se pensó que beneficiaría el ambiente de los establecimientos y que fomentaría la participación de los reclusos en el proceso de su reinserción social. En este sentido, se cree que la autoridad de la Administración penitenciaria no se verá mermada con la colaboración del Poder Judicial...”.

La actual estructura orgánica estaría recogida en la Ley nº 62/2013, de 16 de agosto, *Lei da Organização do Sistema Judiciário*, cuyos arts. 33 y 83.3 encuadra a los *Tribunais de execução das penas* dentro de los tribunales judiciales de primera instancia, en la modalidad de tribunales judiciales de competencia territorial extendida, al comprender el territorio de varias comarcas (circunscripciones judiciales en las cuales se divide el territorio).

El art. 133 de la Ley nº 115/2009, de 12 de octubre, proclamaría el carácter jurisdiccional de la ejecución penal al afirmar que compete a los tribunales judiciales administrar la justicia penal en materia de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.

Por su parte, el art. 138³¹⁹ de esta misma norma, que recuerda en gran medida al art. 76.1 de la ley penitenciaria española, afirma que “los *Tribunais de execução* garantizan los derechos de los presos, pronunciándose sobre la legalidad de las decisiones del servicio penitenciario en los caso y términos previstos por la ley”. Por lo demás, en este precepto se recogen pormenorizadamente las numerosas atribuciones, tanto de ejecución procesal, como penitenciarias, además de las funciones que se

³¹⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 213.

³¹⁷ Es significativo el Decreto-Ley nº 783/76, de 29 de octubre, complementado por el Decreto - Ley 222/77, de 30 de mayo, ulteriormente modificados por el Código Penal de 1982, el Código de Proceso Penal de 1987 y por la Ley 3/99, de 13 de enero, *Ley Orgánica de los Tribunales Judiciales*. En PINTO DE ALBURQUERQUE, Paulo. *Direito Prisional...* op. cit., p. 292.

³¹⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 213.

³¹⁹ Los arts. 114 y 115 de Ley nº 62/2013, de 16 de agosto, *Lei da Organização do Sistema Judiciário*, reproducen el contenido de este precepto.

confiere al órgano judicial con relación a las medidas de seguridad y a otras penas distintas a las privativas de libertad, como es el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad. En lo propiamente penitenciario, sus funciones afectan tanto a cuestiones relativas al tratamiento como al régimen penitenciario de los internos.

En concreto, el apartado segundo y tercero confiere al órgano judicial, con relación a las penas y medidas de seguridad privativas de libertad y con respecto a las medidas cautelares privativas de libertad, la facultad de vigilar y fiscalizar su ejecución, además de, en el caso de las primeras, decidir sobre su modificación.

En el apartado cuarto se concretaría una amplia lista de competencias, sin perjuicio de las demás que se recojan en la ley, a saber:

a) Homologar los planes de rehabilitación individual, así como los planes terapéuticos y de rehabilitación de las personas no imputables y del imputable con anomalía psíquica hospitalizado en establecimiento destinado a personas no imputables³²⁰ y las respectivas modificaciones.

b) Otorgar y revocar los permisos de salida.

c) Conceder y revocar la libertad condicional, las modificaciones de la libertad condicional y la libertad a prueba³²¹.

d) Ratificar la decisión del Director General de Servicios Penitenciarios de colocar al interno en régimen abierto en el exterior, antes de la respectiva ejecución.

e) Determinar la ejecución de la pena accesoria de expulsión, declarando extinguida la pena de prisión, y determinar la ejecución anticipada de la pena accesoria de expulsión.

f) Convocar al consejo técnico cuando lo estime necesario o cuando la ley lo disponga.

g) Resolver las impugnaciones de las decisiones de los servicios penitenciarios.

h) Definir el destino que se le dará a la correspondencia retenida.

i) Declarar la pérdida y destino de los objetos o valores incautados a los internos.

j) Decidir sobre la modificación de la ejecución de la pena de prisión con relación a los internos con enfermedad grave, evolutiva e irreversible o discapacidad severa y permanente o en edad avanzada, así como la sustitución o revocación de las respectivas modalidades.

³²⁰ Modalidad de cumplimiento en establecimiento destinado a sujetos inimputables de la pena impuesta a un sujeto declarado imputable por padecer una anomalía psíquica al tiempo de la comisión del delito, siempre que el cumplimiento en un establecimiento ordinario resulte perjudicial. Se regula en los arts. 104 a 108 del Código Penal.

³²¹ Son modalidades de libertad condicional.

k) Decidir sobre la ratificación del plan de reinserción social y las respectivas modificaciones, los permisos de ausencia, la modificación de las normas de conducta y la revocación del régimen, cuando la pena de prisión se lleve a cabo en régimen arresto domiciliario³²².

l) Revisar y prorrogar la medida de seguridad para el internamiento de personas no imputables.

m) Decidir sobre la prestación de trabajo a favor de la comunidad y sobre su revocación, en los casos de ejecución sucesiva de medidas de seguridad y de pena privativa de libertad.

n) Determinar el internamiento o suspensión de la ejecución de la pena de prisión por anomalía psíquica sobrevenida al delincuente durante la ejecución de la pena de prisión y su revisión.

ñ) Determinar el cumplimiento del resto de la pena o la continuación del internamiento por el mismo tiempo, en el caso de revocación de la prestación de trabajo a favor de la comunidad o la libertad condicional de un individuo sujeto a sucesiva ejecución de medidas de seguridad y privación de libertad.

o) Declarar la caducidad de las modificaciones al régimen normal para la ejecución de la pena, en caso de simulación de anomalía psíquica.

p) Declarar cumplida la pena de prisión efectiva que correspondería específicamente al delito cometido por un condenado a pena relativamente indeterminada³²³, habiendo sido denegada o revocada la libertad condicional.

q) Declare extinguidas la pena de prisión efectiva, la pena relativamente indeterminada y la medida de seguridad de internamiento.

r) Emitir órdenes de detención, arresto y puesta en libertad.

s) Informar a la víctima de la liberación o evasión del interno.

t) Instruir el proceso de otorgamiento y revocación del indulto y tramitación de la respectiva solicitud.

u) Declarar la rebeldía y decretar la incautación de bienes, en cuanto al condenado que intencionalmente haya sido eximido, total o parcialmente, de la ejecución de la pena privativa de libertad o internamiento.

v) Decidir sobre la cancelación provisional de hechos o decisiones inscritos en los antecedentes penales.

³²² Modalidad de modificación de la ejecución de la pena privativa de libertad para los internos con enfermedad grave, progresiva e irreversible o discapacidad grave y permanente o en edad avanzada, prevista en el art. 120 de la Ley.

³²³ Se trata de una consecuencia penal del delito de dudosa naturaleza jurídica -pena, medida de seguridad o naturaleza mixta- regulada en los art. 83 a 90 del Código Penal y que se puede imponer a delincuentes reincidentes, alcohólicos y equiparados. Su nota característica es que, a diferencia de la pena ordinaria, no tiene una duración concreta, sino un máximo y un mínimo de duración.

x) Conocer del recurso sobre la legalidad de la transcripción en los certificados de antecedentes penales.

La nueva configuración que se recoge en este y otros preceptos de la Ley analizada supone una ampliación significativa de la judicialización de la ejecución penal en la medida en que se da un mayor papel a la autoridad judicial y al Ministerio Público, que verifican un control de legalidad sobre decisiones de la Administración penitenciaria -tales como la aplicación del régimen abierto o de medidas especiales de seguridad más gravosas o la retención de la correspondencia-, en un área en la cual existe un fuerte tensión entre la Seguridad del Estado y libertad del individuo. De esta forma los internos van a poder impugnar las decisiones del Director del establecimiento que supongan una mayor restricción de sus derechos³²⁴.

En los arts. 142 y 143 se recoge un órgano consultivo de naturaleza mixta, el *Conselho técnico*, presidido por el Juez del Tribunal de ejecución, y del que forman parte el Director del establecimiento, el responsable del área de tratamiento, el jefe de los servicios de vigilancia y seguridad y el responsable de los servicios de reinserción social, pudiendo también participar un representante del Ministerio Fiscal, el cual puede solicitar aclaraciones o los elementos que estime necesarios para el ejercicio de sus facultades. El *Conselho técnico* se configura como un órgano auxiliar del Tribunal de ejecución, con funciones de asesoramiento en cuestiones tales como: la emisión de informes sobre la concesión de la libertad, permisos de salida y sus condiciones, el pase de los reclusos a régimen abierto o aquellas otras que le sean sometidas por el Tribunal de ejecución³²⁵.

2.5 Francia

La creación en Derecho francés del *Juge de l'application des peines*, Juez de Ejecución de penas, no sería sino el fruto de un largo trabajo, una actividad incansable de iniciativas y puesta en funcionamiento de experiencias, elaboración de textos y proyectos, trabajos y publicaciones, jornadas de estudios, congresos, encuentros internacionales, etc. Sería el fin de una etapa importante de la evolución de la Ciencia Penitenciaria, bajo la influencia de las ideas de la Nueva Defensa Social, en busca de individualización de la pena y dar participación al juez en el control de la ejecución³²⁶.

Surge la figura en Francia por la Ordenanza n° 58-1296 de 23 diciembre 1958, que modifica y complementa el Código de Procedimiento Penal³²⁷. Tendría como

³²⁴ SIMÕES ESCUDEIRO, María João. "Execução das penas ... op. cit., pp. 583-584.

³²⁵ Son miembros de este órgano: el Director del centro penitenciario, que tiene voto de calidad, el responsable del área de tratamiento penitenciario, el jefe del servicio de vigilancia y seguridad y el responsable del equipo competente de los servicios de reinserción social. Puede participar también un representante del Ministerio Fiscal. Quien lo preside puede además convocar a cualquier funcionario, sin derecho a voto, a participar en la reunión del Consejo técnico, si su cooperación en los asuntos en discusión se considera útil. El Consejo técnico se reúne en el establecimiento penitenciario.

³²⁶ MALHERBE, Jean. *Le Juge de L'application des peines*. Paris: Sirey, 1960, p. 193.

³²⁷ El Código de Procedimiento Penal fue aprobado por la Ley n° 57-1426 de 31 diciembre de 1957.

precedente los trabajos de la Comisión que diseña la denominada Reforma *Amor*³²⁸, que en mayo de 1945 formula 14 principios destinados a la actualización del sistema penitenciario francés, el octavo de los cuales es la recepción del sistema progresivo y el noveno la instauración de la intervención judicial en tres ámbitos: la ordenación de los traslados de un centro a otro, el ingreso en las sucesivas etapas del sistema progresivo y la aprobación de la libertad condicional³²⁹.

Históricamente, se observaría en Francia una evolución que iría desde un pleno reconocimiento del poder de los jueces a intervenir en la ejecución de la pena en el Antiguo Régimen, pasando por la negación absoluta de aquella tras la Revolución, fruto de la consagración del principio de la división de poderes, hasta una progresiva reversión del proceso en el siglo XIX, con una paulatina recuperación del papel judicial, que se plasma en diversos textos que les confieren nuevas atribuciones³³⁰.

Los arts. 721 y 722 del Código de Procedimiento Penal vinieron a dar vida y definir las funciones del *Juge de l'application des peines*. Éste sería designado en cada tribunal, por un periodo de tres años, por el ministro de Justicia, previo dictamen del Consejo Superior de la Judicatura. Sería el magistrado encargado de vigilar el cumplimiento de las condenas, determinando para cada condenado las principales modalidades de su tratamiento penitenciario, en particular la concesión de la libertad laboral, la semilibertad y las salidas temporales; podría, así mismo, tomar la iniciativa de redactar la propuesta de libertad condicional; y en los establecimientos organizados conforme al sistema progresivo, asignaría las distintas fases de este régimen.

La actual regulación de la figura está recogida en el art. 712 del Código de Procedimiento Penal, precepto que ha sufrido diversas modificaciones³³¹. Dicha norma va a establecer en la ejecución una estructura dual, el *Juge de l'application des peines* y el *Tribunal de l'application des peines*, que constituirían los juzgados de ejecución en primer grado, siendo responsables de determinar las principales modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, dirigiendo y vigilando las condiciones de su aplicación.

El art. D. 49-27 del Código de Procedimiento Penal sintetizaría bien las competencias de esta figura cuando establece que el *Juge de l'application des peines* fija las principales modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad y de ciertas penas restrictivas de las libertades al dirigir y controlar las condiciones de su

³²⁸ Debe su nombre a Paul Amor, Director de la Administración penitenciaria, que sería junto con Pierre Cannat, Secretario del Comité, el alma de la Comisión constituida para llevar a cabo la reforma; el primero, definirá la filosofía política del plan, su carácter atemporal y universal, y, el segundo, establecerá el protocolo de prueba legal. En HEDHILI-AZEMA, Hinda. "La réforme de l'Administration pénitentiaire Amor de mai 1945". En: *Revue Hypermedia. Histoire de la Justice, des crimes et des peines*. septiembre, 2019.

³²⁹ PINATEL, Jean. "Chronique pénitentiaire". En: *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*. 1946, p. 142-143; PLAWSKI, Stanislaw. "Le control judiciaire de l'application des peines en droit comparé". En: *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*. vol. 25, nº 2, abril-junio, 1973, p. 377.

³³⁰ LAGUÍA ARRAZOLA, Alberto. "El juez de aplicación de las penas en Francia". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XII, fasc. II, mayo-agosto, 1959, pp. 391-393.

³³¹ Ley nº 2004-204 de 9 de marzo, Ley nº 2009-1436 de 24 de noviembre, Ley nº 2010-242 de 10 de marzo, Ley nº 2011-392 de, Ley nº 2011-939 de 10 de agosto, Ley nº 2012-409 de 27 de marzo, Ley nº 2014-896 de 15 de agosto, Ley nº 2019-222 de 23 de marzo, Ordenanza nº 2019-964 de 18 de septiembre y Ley nº 2020-1672 de 24 de diciembre.

ejecución, de conformidad con los principios establecidos en el art. 707 -tal precepto establece las disposiciones generales en materia de ejecución-. Llevaría a cabo las misiones que le son encomendadas, determinando en particular, para cada condenado, las principales modalidades de tratamiento penitenciario, respetando las atribuciones específicas de la Administración penitenciaria para la organización y funcionamiento de los establecimientos³³².

La última reforma en la materia que nos ocupa habría tenido lugar por L n° 2019-222, de 23 de marzo, *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

La función de *Juge de l'application des peines* se desarrollarían por uno o más magistrados en los Tribunales de Justicia, existiendo, al menos, uno por departamento.

En cuanto al *Tribunal de l'application des peines*, en la jurisdicción de cada Tribunal de Apelación se establecen uno o más tribunales de esta clase cuya jurisdicción territorial puede corresponder a uno o más tribunales inferiores. El *Tribunal de l'application des peines* está compuesto por un presidente y dos asesores designados por el primer presidente de entre los *Juges de l'application des peines* dentro de la jurisdicción del Tribunal.

Las decisiones del *Juge de l'application des peines* y del *Tribunal de l'application des peines*, son susceptibles de apelación ante la Sala de ejecución de las penas del Tribunal de Apelación, integrada por un presidente de cámara y dos asesores, o ante el presidente de esta sala, según los casos.

Los debates contradictorios en los correspondientes procedimientos atribuidos al conocimiento del *Juge de l'application des peines* y del *Tribunal de l'application des peines* se pueden desarrollar, según los casos, tanto en las sedes judiciales, como en los establecimientos penitenciarios.

Estos órganos judiciales serían informados por los Servicios de integración y libertad condicional de los procedimientos de toma de responsabilidad de los condenados definidos e implementados por aquellos. Al tiempo, la autoridad judicial podría realizar los cambios que consideren necesarios para fortalecer la supervisión de la ejecución de la sentencia.

Cuando así lo disponga la ley, las decisiones relativas a la aplicación de las penas se adoptan previa consulta con la Comisión para la ejecución de las penas, la cual es presidida por el Juez de ejecución de las penas y está compuesta por el Fiscal, el Jefe del establecimiento penitenciario y un representante del Servicio penitenciario de integración y libertad condicional. Cuando la comisión se pronuncia sobre la situación de un condenado sometido a vigilancia electrónica o internado externo sin vigilancia de la administración penitenciaria, la presencia del responsable del establecimiento penitenciario es facultativa.

Las funciones del *Juge de l'application des peines* serían de una extraordinaria diversidad. Siguiendo a HERZOG-EVANS³³³, se pueden clasificar en: funciones de

³³² HERZOG-EVANS, Martine. *Droit de l'exécution des peines*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2022, pp. 258-259.

³³³ *Ibidem*, pp. 258-268.

consejero; autoridad de control de la institución penitenciaria; juez de mandamientos; juez de instrucción en la aplicación de las penas; juez de fondo y de primera instancia; de juez de seguimiento de las penas y medidas de seguridad; de juez requirente; y juez delegante y autoridad de recursos. Hasta la entrada en vigor de la Ley 2014-896, de 15 de agosto de 2014, que deroga los arts. 723-20 a 723-28 del Código de Procedimiento Penal, habría tenido también funciones de validador de ciertas decisiones del director del Servicio Penitenciario de Inserción y de la Probation.

Como juez consejero, el *juge de l'application des peines* cumplía tal labor en materia de seguridad y en la de aplicación de las penas. Tras el D n° 2007-1126, de 23 de julio, en aras del reforzamiento de la independencia judicial, se le despoja de la primera función, dejando por ello de ser miembro de cualquier consejo comunal o departamental de prevención de la delincuencia.

Conserva en materia de ejecución de penas, en la medida en que puede afectar al régimen de cumplimiento, especialmente en el tema de los permisos de salida, su participación en las decisiones sobre los traslados de los condenados.

Con relación a los condenados por terrorismo, si bien la competencia en la aplicación de la pena corresponde a un órgano judicial especializado, el ordinario informa previamente a la toma de decisiones por aquél otro.

Como juez autoridad de control de la institución penitenciaria, realiza las visitas a los establecimientos penitenciarios, lo cual supuso un notable avance en la apertura del mundo carcelario al exterior. En la práctica estas visitas se realizarían más a menudo, no tanto por la cuestión del control, como del desarrollo de sus propias funciones, especialmente las audiencias judiciales en la aplicación de las penas. Por otro lado, el art. D. 578 establece la obligación de visitar anualmente los albergues de acogida de los exreclusos. Por otro lado, diversos preceptos establecen la obligación del juez de elaborar informes sobre su labor que tienen como destinatarios, entre otros, al Ministerio de Justicia o al Fiscal General.

Como juez de mandamientos, el art. D. 577 del Código de Procedimiento, le atribuye la potestad de definir y comprobar cómo se llevan a la práctica las orientaciones generales que debe seguir el Servicio Penitenciario de Inserción y de la Probation. De igual modo, puede darle instrucciones particulares en asuntos concretos.

Como juez de instrucción, conforme al art. 712-7 del Código de Procedimiento, puede preparar las decisiones que competen al *Tribunal de l'application des peines*.

Como juez de primera instancia, corresponde al *Juge de l'application des peines* resolver, previa consulta con el representante de la Administración penitenciaria, tras un debate contradictorio con intervención del Fiscal y del condenado y, en su caso, de su abogado, y si se estima oportuno por el Juez, con audiencia de la víctima o parte civil, en las siguientes materias:

- a) Sobre las salidas al exterior.
- b) Semilibertad.
- c) Fraccionamiento y suspensión de penas.

d) Detención domiciliaria bajo vigilancia electrónica.

e) Libertad condicional cuando la pena impuesta sea igual o inferior a diez años, o cuando cualquiera que sea la pena inicialmente impuesta, el tiempo que reste por cumplir sea inferior a tres años.

No obstante ser de su competencia, el *Juge de l'application des peines* puede decidir, sin posibilidad de recurso, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, remitir el asunto al *Tribunal de l'application des peines*, en cuyo caso él propio Juez formará parte de aquel en la toma de decisión.

Corresponde al *Juge de l'application des peines* resolver, previa consulta con el representante de la Administración penitenciaria, tras un debate contradictorio con intervención del Fiscal y del condenado y, en su caso, de su abogado, y si se estima oportuno por el Juez, con audiencia de la víctima o parte civil, en las siguientes materias:

- a) Suivi socio-judiciaire³³⁴.
- b) D'interdiction de séjour³³⁵.
- c) De travail d'intérêt général³³⁶.
- d) D'emprisonnement avec sursis probatoire³³⁷.
- e) Les mesures d'ajournement avec probation³³⁸.

Como juez de ejecución, juez de seguimiento de penas y medidas de seguridad, le corresponde el seguimiento de las penas restrictivas de libertad, de las medidas de seguridad y de la intervención judicial de las personas jurídicas.

Por último, como juez requirente, el legislador le ha conferido competencia plena para pronunciar, en materia de penas restrictivas de libertad, sanciones como gratificaciones, así como para ajustar, modificar o suprimir las obligaciones. De esta forma, entre otras, resuelve sobre la conversión de una pena en otra, se pronuncia sobre las sanciones en caso de infracción por el condenado a una pena restrictiva de libertad y las modificaciones en las obligaciones en *l'ajournement avec probation*.

Puede concluirse así que el *Juge de l'application des peines* no tiene casi ninguna competencia propiamente penitenciaria, siendo sus funciones de naturaleza judicial, de ejecución³³⁹.

³³⁴ El seguimiento socio-judicial es una pena que conlleva la obligación del condenado de someterse a obligaciones de seguimiento y asistencia con el fin de prevenir la reincidencia.

³³⁵ El alejamiento es una pena que consiste esencialmente en excluir a los exconvictos de determinadas localidades.

³³⁶ Es el equivalente en nuestro ordenamiento a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

³³⁷ Es una suspensión de condena con sujeción a una serie de condiciones o normas de comportamiento que acuerda el sentenciador, si bien el seguimiento corresponde al *Juge de l'application des peines*, el cual tienen competencia para modificar las condiciones y prohibiciones, suprimirlas o completarlas, ampliar el plazo de suspensión o revocar la suspensión.

³³⁸ Es un aplazamiento del pronunciamiento de la sentencia, en el cual el acusado se somete a medidas de control y asistencia impuestas por el Juez.

³³⁹ HERZOG-EVANS, Martine. *Droit Pénitentiaire*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 251.

Por otro lado, corresponde al *Tribunal de l'application des peines* resolver a instancia del condenado, del Ministerio Fiscal o por iniciativa del *Juge de l'application des peines*, previa consulta al representante de la Administración penitenciaria, en un procedimiento contradictorio, sobre las siguientes materias, cuando no es competencia del Juez de ejecución de las penas:

- a) Modificación del periodo de seguridad³⁴⁰.
- b) Libertad condicional³⁴¹.
- c) Suspensión de la pena³⁴².

A propósito de la evolución legislativa de la figura que se analiza, HERZOG-EVANS³⁴³ pone de manifiesto que se ha producido en Francia un cambio en su percepción a lo largo de los años dentro de la propia magistratura. En un primer periodo, de 1970-1998, la figura de los jueces de ejecución era poco respetada, se consideraba, que su labor era más de tipo socio-educativo, que del ámbito judicial y jurídico, y el acceso a tal puesto como destino profesional pocas veces respondía a una verdadera elección -correspondía aquella en ocasiones a apasionados por la materia; en otras a intereses geográficos de los postulantes; cuando no, por último, se trataría de puestos elegidos por los alumnos con peor número en la Escuela Nacional de la Magistratura-. Tras la Ley n° 2000-516, de 15 de junio, de *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, se habría producido una mejor percepción de la institución, tanto desde la perspectiva de los alumnos de la Escuela, como de los demás magistrados; nuevo posicionamiento que se vería reforzado tras la Ley n° 2004-204, de 9 de marzo, de *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, que amplía sus funciones, tanto en materia de penas, como de medidas de seguridad.

³⁴⁰ El *Tribunal de l'application des peines*, de forma excepcional, en el caso del art. 720.4 del Código de Procedimiento Penal, puede reducir o exonerar del periodo de seguridad.

³⁴¹ Conforme al art. 730 del Código Penal corresponde al Tribunal de ejecución de las penas la aprobación de la libertad condicional cuando la pena sea superior a diez años y resten más de tres de cumplimiento.

³⁴² Conforme al art. 720.1 del Código de Procedimiento Penal, cuando la pena es inferior a dos años el Juez de ejecución de las penas puede suspender o fraccionar aquellas de duración igual o inferior a dos años por motivos médicos, familiares, profesionales o sociales.

Conforme al art. 720.1. del Código de Procedimiento Penal el Juez de ejecución de las penas puede suspender la pena cuando media una enfermedad que implica riesgo vital o cuando el mantenimiento de la detención pone en riesgo la salud física o psíquica del condenado, siempre que la pena impuesta sea igual o inferior a diez años o cualquiera que sea la pena inicialmente impuesta, mediando urgencia o cuando el tiempo que reste por cumplir sea inferior a tres años.

Fuera de estos casos la competencia corresponde al Tribunal de ejecución de las penas.

³⁴³ HERZOG-EVANS, Martine. *Droit de l'exécution...* op. cit., pp. 106-109.

CAPÍTULO IV. DISEÑO Y NATURALEZA DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

1. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA
2. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD
 - 2.1 Introducción
 - 2.2 Procedimiento de control
 - 2.2.1 Cauces de control
 - 2.2.2 Cauce del art. 76.2 g) LOGP
 - 2.2.3 Comunicaciones de la Administración
 - 2.3 La consideración de la especial posición desfavorable de los internos a la hora del ejercicio de sus derechos
3. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO
 - 3.1 El tratamiento penitenciario en la legislación penitenciaria
 - 3.2 El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el tratamiento
4. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EL RÉGIMEN PENITENCIARIO
5. NATURALEZA JURÍDICA
 - 5.1 Planteamiento de la cuestión
 - 5.2 Naturaleza jurisdiccional o híbrida
 - 5.3 Integración en el orden jurisdiccional penal o contencioso-administrativo
 - 5.4 Potestad jurisdiccional propia o delegada

1. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Las penas, más que por su nombre, se identifican por su contenido, dentro del cual se incluye la duración. El contenido sería el elemento relevante para establecer la imprescindible proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del delincuente, sin que los tribunales puedan renunciar a lo que integra su función específica, ni en entregar esas penas en blanco a la Administración, no siendo suficiente por ello fijar su límite máximo, no solo porque el contenido de la pena no depende únicamente de su duración, sino sobre todo de la individualización penal³⁴⁴.

³⁴⁴ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Naturaleza de la ... op. cit., p. 118.

En este sentido, considera MIR PUIG (Santiago)³⁴⁵, no puede dejar de considerarse la fase de ejecución de la pena privativa de libertad como parte de su proceso de determinación, pues una vez impuesta, ha de continuarse el proceso de individualización adaptando al penado a las múltiples posibilidades que conforme a la legislación penitenciaria puede adoptar la privación de libertad, lo cual puede afectar, en gran medida, tanto a la severidad de la pena y sus condiciones, como a la misma duración de la privación de libertad; en definitiva, de este momento penitenciario va a depender el contenido y la extensión de la pena realmente impuesta. No se trataría de una mera individualización administrativa, contrapuesta a la individualización legal y judicial, antes bien es un proceso de concreción que parte, al igual que la sentencia, de un marco legal y que ha de ser controlado judicialmente. Ese proceso de individualización penitenciaria tiene lugar continuamente, siempre que se adopten medidas que afecten de cualquier forma a las condiciones de la privación de libertad. Algunas de ellas destacarían por su especial trascendencia, por influir en el grado de severidad de la ejecución, así como en el contenido resocializador -clasificación, progresión y regresión de grado, redenciones, libertad condicional, permisos...-. La individualización penitenciaria correspondería llevarla a cabo la Administración penitenciaria, pero con la colaboración de interno y bajo el control del Juez de Vigilancia, elementos estos que expresarían la voluntad de la legislación de limitar las facultades de la primera. Con este planteamiento se superaría la concepción del tratamiento penitenciario como una relación autoritaria de sujeto-objeto, para propiciar otra más democrática de diálogo entre sujetos y con control de la autoridad judicial, de forma que no queden fuera de su ámbito las decisiones de las que depende la gravedad y duración de la pena.

Tanto formal, como materialmente, pone de manifiesto MATA Y MARTÍN³⁴⁶, la pena experimenta modificaciones en la fase de ejecución que afectan al real contenido de la privación de libertad más allá de su fijación en la fase declarativa, individualización que en el ámbito penitenciario se traduce en la aplicación de diferentes regímenes de vida, beneficios penitenciarios, cuando no la libertad condicional. Tanto formal, como materialmente, las normas penitenciarias complementan el contenido de la pena y su determinación; así en lo cuantitativo, duración efectiva, como en lo cualitativo, intensidad o modo de realización. Aun reconociéndose que el concepto de la resocialización como fin de la pena no deja de ser un término que se muestra excesivamente vago y amplio, ello no impide que pueda afirmarse que las medidas resocializadoras o tendentes a la reeducación del condenado introducen determinaciones que -con base en la ley- afectan al contenido de la sentencia, de lo cual no resulta sino la necesidad de intervención judicial en este momento de ejecución de las penas privativas de libertad.

³⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2008, pp. 739, 744 y 749.

³⁴⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., pp. 97-99 y pp. 204-205; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Tercer grado. ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?, ¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro penitenciario". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXXV, 2022, p. 63.

En el proceso de determinación de la pena se exterioriza la integración de las normas penales y penitenciarias, conforme al cual la sanción privativa de libertad va adquiriendo los contornos efectivos que el penado va a percibir. De este modo el proceso de individualización se inicia en la ley, se concreta en la fase declarativa por decisión judicial en la sentencia y que se lleva a la práctica con su ejecución conforme a la normativa penitenciaria. Tanto formal, como materialmente, las normas penitenciarias complementan el contenido de la pena y su determinación³⁴⁷.

Si queremos hacer realidad el mandato constitucional del art. 117, los tribunales no solo han de juzgar, sino que han de ejecutar lo juzgado, lo que lleva a concluir que los jueces han de tener un papel determinante en la ejecución penitenciaria. Se convierte así el Juez de Vigilancia en un actor imprescindible, personificación de la potestad de control de los aspectos esenciales de la condena, pues en la ejecución es la pena misma lo que está en juego. E incluso cabe afirmar, que, dado que la segunda instancia frente a las resoluciones del Juez de Vigilancia en materias de clasificación corresponde a quien dictó la sentencia, ello supone que se renueva de esta forma la potestad individualizadora de la pena por quien impuso la condena³⁴⁸.

Pero esta nueva realidad del control judicial de la ejecución penitenciaria implica también un riesgo, bien por defecto, bien por exceso.

CUELLO CALÓN³⁴⁹, defensor de la figura, ya apuntaba que la función de vigilancia debe ser ejercitada con absoluto respeto de la actuación de la Administración penitenciaria. Idea en la que también incide GARCÍA VALDÉS³⁵⁰ cuando afirma que ha de quedar diáfana la necesaria separación de atribuciones entre la Administración y el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que no se produzca una invasión de éste en las de aquella, pues sería como reconocer a aquel facultades de dirección del establecimiento; intervención judicial que tampoco ha de proyectarse, sin limitación temporal o muy restringida, a aspectos como el aislamiento celular o permisos temporales de salida, pues en caso contrario se restringiría gravemente la operatividad regimental de la Administración, cuando no una dedicación judicial exclusivamente centrada en aquellos cometidos, sin posibilidad legal de atender a otros legalmente atribuidos a aquel. El Juez de Vigilancia no puede convertirse en una especie de superdirector del centro de internamiento, siendo las competencias de aquel y de la Administración separadas y diversas, teniendo perfecta cabida un entendimiento entre ambas instituciones, planteamiento que se recoge en la STCJ de 20 de diciembre de 1993, la cual proclama que todo cuanto se refiere a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios constituye materia que competencialmente no corresponde al Juez de

³⁴⁷ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "La pena y su ejecución: la integración del Derecho Penitenciario en el sistema penal". En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol.145, año 26, São Paulo, julio, 2018, pp. 385-386 y 389.

³⁴⁸ Son significativos en este sentido los AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*), en los cuales se reivindica el papel del sentenciador en defensa de la condena por el impuesta.

³⁴⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 275.

³⁵⁰ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Comentarios a la Legislación...* op. cit., pp. 243-244; GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Los orígenes y la puesta...* op. cit.

Vigilancia Penitenciaria, quien, en consecuencia, solo puede trasladar a la Administración penitenciaria información, propuestas, sugerencias.

Por su parte, BUENO ARÚS³⁵¹, inmediatamente después de la puesta en funcionamiento de estos órganos, refleja claramente la tensión que supone la creación del nuevo órgano jurisdiccional cuando afirma que la experiencia en otros países donde existe esta figura no es muy aleccionadora, bien porque, en unos casos, los jueces, carentes de una formación criminológica y penitenciaria adecuada, han optado por unas visitas rutinarias o, por el contrario, por inmiscuirse de tal manera en la función administrativa penitenciaria, que han parecido querer sustituir al Director del establecimiento o llegar a paralizar el normal funcionamiento de aquel. No obstante, se mostraba esperanzador, a pesar de ser consciente del riesgo, en la medida en que se concibe la figura en la Ley Orgánica General Penitenciaria con mayores poderes que en nuestro entorno, rechazando viejos recelos respecto de la relación Poder Judicial y Administración, apostándose por un óptimo nivel de colaboración en sectores estatales que contribuyen a los mismos fines y que están vinculados por el principio de legalidad.

En este planteamiento de colaboración Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Administración insiste MANZANARES SAMANIEGO³⁵², colaboración que entiende necesaria ante la insuficiencia normativa, que se plasmaría en los postulados de los Acuerdos de los Jueces de Vigilancia del año 1982 relativos a la posibilidad de dirigirse a la Administración en orden a corregir deficiencias en los expedientes administrativos o solicitar información, mas no en el dictado de Circulares.

RUIZ VADILLO³⁵³ recoge también esta idea cuando afirma que la separación de poderes no implica distanciamiento, ni falta adecuada de colaboración, antes bien, todos los poderes y administraciones participan de una tarea solidaria, de modo que la Administración penitenciaria ha de cooperar a que las penas privativas de libertad se ejecuten según la ley, la sentencia y los dictados, conforme a la normativa vigente, del Juez de Vigilancia, el cual no puede convertirse en una especie de superdirector de establecimientos penitenciarios. Este mismo autor, con anterioridad a la Ley Orgánica General Penitenciaria, ya había hecho alusión a este planteamiento³⁵⁴, apereciéndose de ese riesgo, y postulando que el papel del Juez ha de ser el de asegurar, a través de sus resoluciones, que el cumplimiento de las penas se realiza de la manera establecida en el Código, en la sentencia, en la Ley General Penitenciaria, de modo que los demás aspectos de orden administrativo, deben serle ajenos, con la posibilidad formulación de propuestas; se centraría así su función en ser la garantía de los derechos humanos a través de una vía exclusivamente judicial en búsqueda de la auténtica justicia.

Frente a estos postulados ponderados, a favor de una interpretación extensiva de las competencias del Juez de Vigilancia, está la postura de MAPELLI

³⁵¹ BUENO ARÚS, Francisco. "Estudio Preliminar... op. cit., pp. 42-43

³⁵² MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El Juez de Vigilancia... op. cit. 1989, pp. 186-187.

³⁵³ RUIZ VADILLO, Enrique. "Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución". En: *Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: Centro de Publicaciones de Ministerio de Justicia, 1988, p. 104.

³⁵⁴ RUIZ VADILLO, Enrique. "La ejecución de las penas privativas...op. cit., pp. 16-17.

CAFFARENA³⁵⁵, que entiende que se le ha concedido poca relevancia al contenido del apartado primero del art. 76 LOGP, de forma que se puede residenciar en él un principio general de competencia de esta jurisdicción; tal disposición no puede entenderse que sea negada en el apartado segundo, sino que éste se limita a determinar algunas cuestiones funcionales en relación con competencias objetivas concretas. Se decanta así por un planteamiento en positivo y no en negativo. Tras afirmar que no es necesario que el Juez de Vigilancia dirija el establecimiento penitenciario, no obstante, no ha de encontrar obstáculos para una intervención directa en la actividad de la Administración dentro del centro, incluso con carácter preventivo para que una eventual lesión de un derecho no devenga ineficaz al control judicial.

En cierta forma, en esta línea, AENCIO CANTISÁN³⁵⁶, entiende que de un pormenorizado estudio del art. 76 LOGP, se llegaría a la conclusión que tal precepto se ha quedado corto en la atribución de funciones al Juez de Vigilancia en orden a un efectivo control del principio de legalidad.

Incluso hay quien va más allá. Así CESANO³⁵⁷ sostiene que la cárcel es refractaria a cualquier tipo de control externo, incluido el jurisdiccional, lo cual responde a diversos factores, entre los cuales destaca dos: el primero, por la legitimación de la devaluación los derechos de los reclusos al amparo de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción; y el segundo, por cierta complicidad de algunos sectores del Poder Judicial que consideran que lo que sucede en el ámbito carcelario, debe desarrollarse al margen de la intervención de la judicatura. Se trataría, en este segundo caso, de lo que se denomina *hands off doctrine* (doctrina de manos afuera), que significa no entrometerse, salvo casos muy excepcionales con la Administración penitenciaria.

En realidad, el propio diseño normativo del Juez de Vigilancia lleva al conflicto, pues, por un lado, corresponde a la Administración el sistema de organización y relaciones de convivencia en el interior del establecimiento, mas, al tiempo, al Juez de Vigilancia le compete la garantía y defensa de los derechos y beneficios de los internos; cometido que no puede llevarse a cabo sin incidir en los aspectos organizativos y actividades que competen a la Administración³⁵⁸.

La elección de un modelo de Juez de Vigilancia no es una cuestión aséptica, ni fácil de perfilar. Dejar en manos de la Administración penitenciaria la ejecución de la pena privativa de libertad, sin control judicial, como había ocurrido hasta la Ley Orgánica General Penitenciaria, chocaba con el tenor del art. 117 CE. Pero su judicialización implica que surja la cuestión de hasta dónde quiere llegarse en ella y el papel de la Administración penitenciaria como órgano colaborador, pues no debe olvidarse, que lo importante no es tanto la denominación formal de la pena, sino su contenido, el modo de ejecución, quién tiene el control sobre aquella, pues esa es la llave del sistema; dicho

³⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. "La judicialización Penitenciaria... op. cit., pp. 284; 300-301.

³⁵⁶ AENCIO CANTISÁN, Heriberto. "La intervención... // *Jornadas*... op. cit., p. 60.

³⁵⁷ CESANO, José Daniel. "Las expectativas respecto de control jurisdiccional". En: *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. coords. CESANO, José Daniel, y REVIRIEGO PICÓN, Fernando. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010, pp. 81-82.

³⁵⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho*... op. cit., p. 310.

de otra forma, quien decide cómo se lleva a cabo la privación de libertad tiene el verdadero poder en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

No cabe duda, sin querer ser pesimista, que no se ha llegado con todas sus consecuencias a un pleno desarrollo del precepto constitucional antes mencionado, siendo éste un notable punto de fricción entre lo puramente político y lo judicial³⁵⁹. Tampoco conviene ser simplistas, hay que reconocer que la colaboración de la Administración es imprescindible, pero si queremos hacer realidad el mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado por parte de los tribunales, el poder de decisión sobre las cuestiones que afectan a la esencia de la pena, con especial referencia al tercer grado y sus particulares formas de cumplimiento, deberían residenciarse en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que debería tener un papel preponderante. Precisamente éste es un tema en el cual queda mucho por hacer, pues la intervención de este órgano se limita a la aprobación, a posteriori, del régimen de flexibilidad -art. 100.2 RP- y la clasificación en tercer grado de los septuagenarios y enfermos terminales, cuando media periodo de seguridad, art. 36.4 CP³⁶⁰.

Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, principio que proclama el art. 117 CE, es mucho más que acordar el cumplimiento de la condena y declarar su extinción por tal motivo, antes bien comprende decidir sobre los momentos esenciales de ella. Nuestra realidad normativa está lejos de una concepción acorde con el enunciado constitucional, pues los aspectos centrales del cumplimiento siguen siendo una cuestión que solo alcanzan al ámbito jurisdiccional, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en un segundo momento procedimental, en el cuestionamiento de la actuación administrativa, mas no en el núcleo fundamental de la toma de decisión, de modo que el control del preciso contenido sustancial de la pena escapa de su directo y primario control. Estamos lejos de un diseño del órgano jurisdiccional que tenga un efectivo control de la sanción penal, a modo del *guidice di sorveglianza*, que tiene un relevante papel en la aprobación de los programas de tratamiento y la materialización de la semilibertad.

Por otro lado, la labor del Juez de Vigilancia no ha de proyectarse, ni incidir, de forma directa sobre la organización de la vida en prisión, que es materia administrativa, salvo en lo que afecte a los derechos fundamentales y penitenciarios, faceta ésta en la cual ha de ser el órgano judicial naturalmente llamado a ser la salvaguarda y resolver la eventual contienda, pues solo con su existencia y rápida respuesta se garantiza la efectividad de aquellos, que de este modo dejan de ser meros postulados retóricos.

Esta meta en nuestro ordenamiento está lejos aún de alcanzarse, en primer lugar, porque, como se ha dicho, aspectos básicos de la ejecución de la pena siguen en manos de la Administración, mas, por otro, como se expondrá a lo largo de este texto, la delimitación del marco de actuación de los dos poderes implicados dista de estar bien perfilada en la norma y no es sino una fuente de conflictos.

³⁵⁹ Véase el caso GAL. Tras la condena a un ministro y a un secretario de Estado para la Seguridad, tras un indulto parcial de las elevadas penas que les habían sido impuestas, son clasificados por la Administración penitenciaria, con inusitada rapidez, en el tercer grado penitenciario.

³⁶⁰ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "El Juez de Vigilancia Penitenciaria". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 363-364.

La naturaleza jurídica del juez de vigilancia tiene que ver con sus competencias y el tipo de competencias que se le asigne. En función de ellas podrá calificarse de una u otra forma, bien un órgano cuya esencia pivote sobre la acepción *de vigilancia*, en definitiva, garante de los derechos de los internos, órgano de control de la Administración, bien un órgano más ligado a la *ejecución*, instrumento de supervisión de los caracteres fundamentales de la sanción penal más significativa, la pena privativa de libertad.

Se hace así necesario abordar el estudio de las atribuciones conferidas a esta figura de forma genérica antes de llegar a una conclusión en cuanto a su naturaleza, materia que se analiza en los siguientes epígrafes.

2. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

2.1 Introducción

La creación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no es sino fruto de un primer intento en nuestro país de judicialización, al menos parcial, de la pena privativa de libertad. Como recuerda la STEDH de 28 de junio de 1984, *asunto Campbell y Fell c. Reino Unido*, las peculiaridades del internamiento en un centro penitenciario no pueden implicar que “*la justicia se detenga en la puerta de las prisiones*”; expresión esta última que es retomada por nuestro Tribunal Constitucional³⁶¹ en reiteradas ocasiones. Se configura así el Juez de Vigilancia Penitenciaria como un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos cuya misión es velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados en los términos establecidos en los arts. 25.2, 24 y 9.3 CE³⁶².

Así como la función de ejecución de la pena podría haber seguido siendo una labor propia de los sentenciadores, es la protección de los derechos de los internos lo que justifica la creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria³⁶³. En definitiva, la potenciación del momento jurisdiccional de ejecución de la pena y su cumplimiento, aspectos en cierta forma olvidados hasta entonces, y ello con miras a la salvaguarda de los derechos de un sector de la población especialmente sensible, las personas privadas de libertad.

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria está ligada, de esta forma, al reconocimiento de los derechos de los internos y se configura como órgano judicial

³⁶¹ SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 297/1993, de 18 de octubre (ROJ: STC 297/1993 - ECLI:ES:TC:1993:297); 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97); y 39/1997, de 7 de febrero (ROJ: STC 39/1997 - ECLI:ES:TC:1997:39), entre otras.

³⁶² STC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73).

³⁶³ BUENO ARÚS, Francisco. “El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados”. En: *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. nº 4, 1987.

garante de aquellos en el ámbito carcelario³⁶⁴. Planteamiento que era el destacado, con relación al nuevo órgano judicial, en el *Preámbulo del Proyecto de Ley General Penitenciaria*, no incorporado a la al texto definitivo de la Ley, en el cual es calificado como “órgano decisivo amparador de los derechos de los internos”.

Como recuerda CUELLO CALÓN³⁶⁵, el reconocimiento de las garantías jurídicas del condenado es un hecho relativamente reciente, pues, así como la garantía penal se remonta a la *Magna Charta* de Juan Sin Tierra (1215), sin embargo, no es hasta el siglo XX cuando el condenado adquiere una condición jurídica definida³⁶⁶, surgiendo así en reconocimiento y garantía de aquellos órganos encargados de su protección, bien judiciales, caso de Italia con el *giudice della esecuzione* y el *giudice di sorveglianza*, bien en el propio establecimiento mediante una comisión para la protección de los derechos del recluso, caso de la Ley sueca de ejecución de penas de 21 de diciembre de 1945.

FERNÁNDEZ ARÉVALO y MAPELLI CAFFARENA³⁶⁷ señalan que es cierto que a los tribunales se les atribuía el ejercicio de la función jurisdiccional y que dicha función, desde antiguo, se definía en nuestra legislación histórica como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, planteamiento ratificado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al señalar que la ejecución de las sentencias en las causas criminales corresponde al órgano jurisdiccional encargado de su enjuiciamiento, si se trataba de faltas -art. 984-, y al tribunal que hubiera dictado la sentencia firme, en las causas criminales por delito -art. 985-; pero las restantes circunstancias reales en que la pena se ejecutaba, absolutamente todo quedaba en manos de la Administración, de forma que, citando a Manzanares Samaniego, afirman, que de las cuatro manifestaciones del principio de legalidad -criminal, penal, procesal y de ejecución-, era la garantía de ejecución la *cenicienta del cuarteto*, ya que en la realidad práctica no iba más allá de su mera enunciación en el párrafo primero del art. 990 LCRM, de modo que el citado precepto devenía en una fórmula voluntarista carente de efectiva tutela jurisdiccional.

Esta preocupación por la problemática penitenciaria en general y, en particular, un cierto despertar de la conciencia social respecto de la situación de los reclusos sería un hecho incontestable en los últimos decenios, afirma GARCÍA MORILLO³⁶⁸; preocupación que se enmarcaría en un fenómeno que los sociólogos denominan con

³⁶⁴ Con esta figura jurisdiccional se lleva a la práctica en nuestro ordenamiento el enunciado de la *Regla 56.2*, Resolución 73-5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 19 de enero de 1973 y la *Regla 5*, Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 12 de febrero de 1987, durante la 404ª Reunión de los Delegados de los Ministros: “El respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por un control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración penitenciaria”.

³⁶⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 264.

³⁶⁶ CUELLO CALÓN recoge que Krohne, en 1889, afirmaba que el condenado está en su persona y en su patrimonio sometidos de modo incondicional al poder del estado para la obtención de los fines de la pena; o que Mentachaninov, en el Congreso Penitenciario Internacional de París de 1895, diría que la persona privada de libertad está sometida de una manera absoluta a los poderes públicos. *Ibidem*, p. 264.

³⁶⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Práctica Forense Penitenciaria*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 19-20.

³⁶⁸ GARCÍA MORILLO, Joaquín. “Los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios”. En: *Revista del Poder Judicial*. nº 47, Tercer trimestre, 1997.

sus siglas en inglés, el llamado efecto *nimby: not in my back yard*. Este fenómeno consiste en que el alto nivel de exigencia para las actuaciones de los poderes públicos en este terreno, no se ve correspondido con la disponibilidad a colaborar sino, antes al contrario, con la negativa a la cercanía respecto del problema real. Así, cuando las denuncias sobre las condiciones de un centro penitenciario impulsan a la construcción de uno nuevo y en mejores condiciones, la reacción generalizada es la negativa a que ese centro se ubique en la propia área de influencia. En resumen, la sociedad demanda sí que los reclusos permanezcan en condiciones adecuadas, pero no está dispuesta a que esas condiciones sean mejores que las de otros sectores y, desde luego, no admite verse afectada por las actuaciones de los poderes públicos encaminadas a mejorar la situación del régimen penitenciario.

La defensa de los derechos de los internos enlaza necesariamente con la realización del principio de legalidad, el respeto a la aplicación de las normas, la sujeción al ordenamiento jurídico, en el cual encuentra legitimidad y fundamento la previa condena y su ulterior ejecución³⁶⁹; y para hacer realidad tal enunciado, va a ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria el encargado de supervisar la legalidad de la actividad penitenciaria, mecanismo de control adecuado en la defensa de los derechos fundamentales y derechos propios de los internos³⁷⁰.

El art. 25 CE reconoce a las personas privadas de libertad los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Al tiempo se añade que, en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. Puesto este enunciado en conexión con lo dispuesto en el art. 53.2 CE, que dota de especial protección a las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo, tanto ante los tribunales ordinarios, a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, no es descabellado afirmar que las personas privadas de libertad gozan de una protección más intensa que la dispensada por el ordenamiento a las personas no condenadas titulares de derechos semejantes³⁷¹.

La protección de los derechos humanos, como pilar de la ejecución penitenciaria, debe ir unida inexorablemente a la exigencia del cumplimiento de legalidad y seguridad jurídica en cualquier restricción o limitación de los mismos como garantía para evitar decisiones arbitrarias o excesivamente discrecionales, ya que es notorio el rechazo a

³⁶⁹ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario". En: *Derecho Penal y Criminología*. vol. XXXII, nº 93, 2011, p. 122.

³⁷⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Algunas precisiones sobre el Régimen penitenciario". En: *// Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarra. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, nº 2 Extraordinario, octubre, 1989, pp. 80-81.

³⁷¹ BUENO ARÚS, Francisco. "El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos... op. cit.

una concepción de la relación de sujeción especial excesivamente tolerante con la normativa administrativa dada su baja exigencia con el principio de legalidad³⁷².

La cárcel, por lo general, es reacia a cualquier tipo de control externo, actitud que deriva de la consideración de las relaciones de sujeción especial en este ámbito, por lo que se debe dar un control jurisdiccional en el sentido de garantizar que la Administración en su función del cumplimiento de la pena no incurra en desviaciones de poder que restrinjan los derechos de los internos que no se vean afectados por el contenido del fallo, el sentido de la pena y la ley penitenciaria³⁷³.

Para CESANO³⁷⁴, el juez de ejecución debe garantizar en el cumplimiento de la condena que la Administración no incurra en desviaciones de poder, lo cual supone centralizar su labor en tres aspectos, a saber: controlar la legalidad de los procedimientos administrativos sancionadores, comprensiva tanto de la revisión formal de lo resuelto, como de los aspectos materiales en cuanto su análisis y prueba; ponderar ciertas decisiones administrativas limitadoras de derechos fundamentales y su razonabilidad; y, por último, el control de que la ejecución de la pena no vulnere la dignidad del condenado, de forma que el dolor implícito a ella no se intensifique por déficits o limitaciones materiales.

De esta forma, la figura del Juez de Vigilancia cobra un pleno sentido y se convierte en el mecanismo legal por excelencia de tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, siendo éste su ámbito más propio. No es ya, por tanto, que el legislador haya creado un procedimiento especial de tutela en este sector de la población tan sensible, antes bien ha constituido un órgano jurisdiccional específico cuya tarea esencial, sin perjuicio de otras atribuciones competenciales, toma como eje y razón de ser la salvaguarda del núcleo básico de los derechos constitucionalmente reconocidos a la población reclusa. Hay pues un claro puente o conexión entre esta figura y la propia Constitución o, más en concreto, con la referencia en este texto a los instrumentos de garantía y tutela, el art. 53.2 CE. Papel que es reiteradamente recordado y reconocido por la Jurisprudencia constitucional³⁷⁵.

Con esta referencia, el art. 76 LOGP proclama al Juez de Vigilancia como guardián de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios, postura que es ratificada en el art. 94 LOPJ, y, para el logro de tal función, se le dota de unas potestades de carácter imperativo en este núcleo de atribuciones. Se convierte el Juez de Vigilancia Penitenciaria, usando palabras del Tribunal de Conflictos

³⁷² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, p. 219.

³⁷³ LÓPEZ MELERO, Monserrat. *Los derechos fundamentales de los reclusos*. Madrid: Edisofer, 2015, p. 65.

³⁷⁴ CESANO, José Daniel. "Las expectativas... op. cit., pp. 83-87.

³⁷⁵ A título de ejemplo, SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73); 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 143/1993, de 26 de abril; 147/1997, de 16 de septiembre (ROJ: STC 147/1997 - ECLI:ES:TC:1997:147); 215/2007, de 8 de octubre (ROJ: STC 215/2007 - ECLI:ES:TC:2007:215); y 14/2011, de 28 de febrero (ROJ: STC 14/2011 - ECLI:ES:TC:2011:14).

de Jurisdicción³⁷⁶, en una pieza básica del sistema, términos ya empleados antes por el Tribunal Constitucional con relación a su función de garante de los derechos de los internos³⁷⁷, el cual se referirá a esta figura jurisdiccional como la vía normal para salvaguardar aquellos, quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de presos y penados³⁷⁸. Planteamiento que, como no podía ser de otra forma, es recogido por el Tribunal Supremo³⁷⁹.

Como dirá RUIZ VADILLO³⁸⁰, la función de garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios sirve incondicionalmente a la función de judicialización de la pena privativa de libertad, sin que pueda afirmarse, con propiedad, el mantenimiento de la legalidad de la ejecución, en sentido material o sustancial, sin aquella otra función.

Así como el art. 25 CE reconoce la subsistencia de los derechos fundamentales de los internos, salvo de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, el control de esas restricciones queda enmarcado en la función del Juez de Vigilancia, como núcleo duro de aquella.

El penado debe seguir en sociedad, no marginado, ni aislado de aquella, pues no se puede enseñar a vivir en sociedad apartándolo de ella, de forma que la concepción clásica de la prisión es inadecuada para la resocialización³⁸¹.

La privación de libertad comporta esencialmente la pérdida de la facultad de autodeterminar la propia ubicación espacial en cada momento, pero otras muchas facetas de aquella, además de otros varios derechos, se van a ver restringidos por el ingreso en prisión. En la mayoría de los supuestos, habrá que hablar de limitación, no de anulación, de forma que los rigores de la vida en prisión normalmente no conllevan una desnaturalización de derechos fundamentales hasta el punto de hacerlos irreconocibles. Ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente

³⁷⁶ STCJ de 8 de julio de 1991, Conflicto 2/1991 “El Juez de Vigilancia Penitenciaria -pieza básica del sistema- asume por exigencias inherentes a las propias formulaciones constitucionales, unas funciones en cuyo diseño es regla principal la contenida en el art. 76 de la LOGP. El conjunto de dichas funciones se integra, en lo principal, de una parte con las que hasta la instauración de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, correspondían a los Jueces y Tribunales sentenciadores y de otra parte, con una serie de funciones que en el derecho u organización anterior, aun estando ordenadas a la ejecución de la pena privativa de libertad, estaban atribuidas a la Administración penitenciaria. En el marco de este cuadro competencial, a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria corresponde salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Junto a estas funciones, diseñadas como competencias propias, adornadas de la imperatividad inherente a las decisiones del Juez, la LOGP les atribuye otras de propuesta que versan sobre la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia y todas las que en lista, con rasgos de lista abierta, se contienen en el art. 77 de aquella Ley”.

³⁷⁷ STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

³⁷⁸ STC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73).

³⁷⁹ ATS 29 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 9725/2000 - ECLI:ES:TS:2000:9725A).

³⁸⁰ RUIZ VADILLO, Enrique. “Algunas consideraciones sobre la figura... op. cit., p. 93.

³⁸¹ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario*... op. cit., p. 245.

legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho³⁸².

La referencia al sentido de la pena que se hace en el art. 25 CE como límite a los derechos de las personas condenadas a la pena de prisión debe entenderse como privación de ciertos derechos que efectivamente son de imposible ejercicio por razón de la propia condena, aunque no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio; derechos cuyo ejercicio presupone la propia libertad³⁸³.

Serían así, según enuncia BUENO ARÚS³⁸⁴, incompatibles con el sentido de la pena de privación de libertad, en su configuración normal: el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE), el derecho de reunión (art. 21 CE) y de asociación (art. 22 CE), los derechos a sindicarse libremente y a la huelga (art. 28 CE), el derecho de petición colectiva (art. 29 .1 CE), el derecho a defender a España (art. 30.1 CE), el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE), el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 .1 CE), el derecho a la negociación colectiva laboral o a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), así como el pretendido *derecho a la sexualidad*, rechazado por la STC 89/1987, de 3 de junio (ROJ: STC 89/1987 - ECLI:ES:TC:1987:89). La afectación a ellos por motivo del internamiento varía en función del que se trate, pues en unos casos algunos quedarán limitados por las exigencias de disciplina y seguridad del régimen penitenciario (intimidad, reunión, propiedad privada), otros parecen radicalmente incompatibles con la relación de sujeción especial en que la ejecución de la pena de prisión se traduce (por ejemplo, los derechos de huelga, sindicación -interna- y negociación colectiva).

La restricción de los derechos fundamentales tiene como presupuesto el amparo normativo –su establecimiento por ley³⁸⁵ –, la necesidad de la restricción y la proporcionalidad de la medida.

El art. 2 LOGP establece que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y la sentencia; y en lógica coherencia, el art. 4.1 RP recoge que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna

³⁸² SSTC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57); 143/1994, de 12 de mayo (ROJ: STC 143/1994 - ECLI:ES:TC:1994:143); 98/2000, de 10 de abril (ROJ: STC 98/2000 - ECLI:ES:TC:2000:98); 186/2000, de 10 de julio (ROJ: STC 186/2000 - ECLI:ES:TC:2000:186); 156/2001, de 2 de julio (ROJ: STC 156/2001 - ECLI:ES:TC:2001:156); 70/2002, de 3 de abril (ROJ: STC 70/2002 - ECLI:ES:TC:2002:70); 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89).

³⁸³ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. "Comentario al art. 25.2... op. cit., 1996, p. 142; BUENO ARÚS, Francisco. "Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el art. 25.2 de la Constitución española". En: *X Jornadas de Estudio. Introducción a los Derechos Fundamentales*. vol. II. Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, p. 1094; LÓPEZ MELERO, Monserrat. "El art. 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra, 2013, p. 149.

³⁸⁴ BUENO ARÚS, Francisco. "Eficacia de los Derechos fundamentales... op. cit., p. 1094.

³⁸⁵ SSTC 32/1987, de 12 de marzo (ROJ: STC 32/1987 - ECLI:ES:TC:1987:32); 86/1996, de 21 de mayo (ROJ: STC 86/1996 - ECLI:ES:TC:1996:86); 169/2001, de 16 de julio (ROJ: STC 169/2001 - ECLI:ES:TC:2001:169); 217/2015, de 22 de octubre (ROJ: STC 217/2015 - ECLI:ES:TC:2015:217); y 84/2018, de 16 de julio (ROJ: STC 84/2018 - ECLI:ES:TC:2018:84); entre otras.

por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Tal planteamiento no es, en definitiva, sino una proyección del enunciado del art. 10.1 CE, que proclama que 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.

A propósito de esta necesidad de establecimiento de la restricción de derechos por ley, conviene recordar que la relación jurídico-penitenciaria está configurada en nuestro ordenamiento como relación de sujeción especial, calificación que no es inocua. Las relaciones de sujeción especial implican una relación de dependencia especial entre la Administración y determinados grupos de administrados, entre los que se encuentran, entre otros colectivos, las personas privadas de libertad. Y así señala el art. 5 RP que "el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha"; planteamiento que también sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁸⁶.

Como señala REVIRIEGO PICON³⁸⁷, en todo caso, lo que la práctica enseña es que los derechos constitucionales de dicho colectivo pueden ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a ciudadanos comunes, las cuales habrán de ser justificadas, necesarias y proporcionales con el fin perseguido: seguridad y buen orden regimental del centro penitenciario. Tal acotación o restricción no puede ser la norma, sino la excepción. Con posterioridad a la STC 74/1985, de 18 de junio, señala este mismo autor, la calificación de la relación penitenciaria como relación de sujeción especial ha sido recogida por el Tribunal Constitucional con cierta intermitencia, prescindiendo en ocasiones de aquella y utilizando una terminología alternativa, sirva de ejemplo, el término *peculiaridades del tratamiento*³⁸⁸.

Pero no es suficiente con que exista un marco normativo para la restricción del derecho, antes bien debe mediar una necesidad en la restricción; restricción que debe responder a una finalidad penitenciaria³⁸⁹. Sin tal finalidad faltaría el presupuesto necesario para avalar la constitucionalidad de la medida, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la restricción del derecho fundamental no podría obedecer, ya *a limine*, a la salvaguarda preferente de otro interés constitucional³⁹⁰; y puntualiza,

³⁸⁶ SSTC 74/1985, de 18 de junio; 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 112/1990, de 18 de junio (ROJ: STC 112/1990 - ECLI:ES:TC:1990:112); 120/1990, de 27 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129); y; 6/2020, de 27 de enero (ROJ: STC 6/2020 - ECLI:ES:TC:2020:6); entre otras.

³⁸⁷ REVIRIEGO PICÓN, Fernando. "Los derechos de los reclusos". En: *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. coord. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 479.

³⁸⁸ STC 83/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 83/1997 - ECLI:ES:TC:1997:83).

³⁸⁹ STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

³⁹⁰ SSTC 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); 161/1997, de 2 de octubre (ROJ: STC 161/1997 - ECLI:ES:TC:1997:161); 11/2006, de 16 de enero (ROJ: STC 11/2006 - ECLI:ES:TC:2006:11); 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89).

además, que, si tal finalidad concurriera, pero no fuera *penitenciaria*, quedaría impedida la vía específica de limitación legítima de derechos que posibilita el art. 25.2 CE³⁹¹.

Las limitaciones a los derechos fundamentales establecidas por la ley penitenciaria encuentran su fundamento en las necesidades generales del régimen de los establecimientos -sirva de ejemplo el régimen disciplinario, los medios coercitivos y las razones de seguridad- o en las necesidades específicas del tratamiento individualizado, en orden a evitar cuanto una influencia negativa en el proceso resocializador por ejemplo -así en materia de comunicaciones y visitas, tenencia de libros o publicaciones-³⁹².

Tampoco cabe la mera invocación abstracta de un interés general, pues si bastara sin más la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia³⁹³. En concreto, con relación a un supuesto de restricción de la intimidad de un preso, afirmó el Tribunal Constitucional que lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso³⁹⁴.

Pero, aunque concorra amparo normativo y necesidad en la adopción de la restricción, no es suficiente, pues la respuesta ha de ser proporcional. La restricción ha de guiarse por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de aquella y proporcionalidad en sentido estricto³⁹⁵. Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto -*juicio de idoneidad*-; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia -*juicio de necesidad*-; y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto -*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*-³⁹⁶.

En este sentido, JUANATEY DORADO³⁹⁷ considera, con relación a la limitación de los derechos de las personas privadas de libertad, art. 25 CE, que las añadidas a la restricción de la libertad deambulatoria, aspecto que deriva del fallo y del sentido de la pena, en el concreto cumplimiento penitenciario que de dicha pena puedan producirse,

³⁹¹ STC 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89).

³⁹² BUENO ARÚS, Francisco. "Eficacia de los Derechos fundamentales..." op. cit., p. 1095.

³⁹³ STC 37/1989, de 15 de febrero (ROJ: STC 37/1989 - ECLI:ES:TC:1989:37).

³⁹⁴ STC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57).

³⁹⁵ STC 69/1999, de 26 de abril (ROJ: STC 69/1999 - ECLI:ES:TC:1999:69).

³⁹⁶ SSTC 66/1995, de 8 de mayo (ROJ: STC 66/1995 - ECLI:ES:TC:1995:66); 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); y 207/1996, de 16 de diciembre (ROJ: STC 207/1996 - ECLI:ES:TC:1996:207).

³⁹⁷ JUANATEY DORADO, Carmen. "El Consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario. Especial referencia a la huelga de hambre". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 159-160.

vendrán determinadas por la ley penitenciaria. Pero para que éstas se mantengan dentro de los límites constitucionales, han de vincularse a los fines propios de la Institución, de forma que tales restricciones vendrán impuestas para atender a dichos fines y dependerán de las necesidades derivadas del cumplimiento de aquellos. Tales fines se recogen en el art. 1 LOGP cuando dispone que las Instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Se concluye así que para analizar la constitucionalidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los internos no es suficiente con la comprobación del cumplimiento formal de su previsión en la ley penitenciaria, sino que además habrá que determinar cuáles son esos fines penitenciarios que las justifican y si resultan razonables -proporcionadas- para lograrlos.

2.2 Procedimiento de control

2.2.1 Cauces de control

Son varios los mecanismos articulados en la legislación en orden a garantizar, de una u otra forma, los derechos fundamentales de los internos. En unos casos, a través de la comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de las correspondientes actuaciones de la Administración, en otros, a través de la queja del interno frente a aquella intervención.

Ante la comunicación de la Administración penitenciaria, el juez no ha de adoptar una postura meramente pasiva, receptora de aquella, antes bien ha de pronunciarse frente a la actuación realizada. Dar cuenta de la medida a la autoridad judicial competente consagra una auténtica garantía; comunicación que ha de ser inmediata, con el objeto de que ésta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción del derecho fundamental, articulándose, pues, como una auténtica salvaguarda con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes³⁹⁸.

Esta dualidad de cauces, actuación de oficio y queja del interno, crea en ocasiones problemas de índole práctico, máxime ante la ausencia de un procedimiento establecido en la norma; al seguirse caminos diversos, pueden darse situaciones contradictorias o dudosas procesalmente, pues cabe que se cruce el pronunciamiento judicial con la queja formulada por el interno, dándose lugar a actuaciones paralelas y en momentos procesales distintos, inicial y de recurso.

³⁹⁸ SSTC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129); 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (ROJ: STC 128/1997 - ECLI:ES:TC:1997:128); 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); 200/1997, de 24 de noviembre; y 194/2002, de 28 de octubre (ROJ: STC 194/2002 - ECLI:ES:TC:2002:194).

En definitiva, éste es un claro ejemplo de los efectos de la ausencia de norma procedimental de actuación ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, situación que, como destaca BENÍTEZ YEBENES³⁹⁹, no hace sino reforzar la necesidad de una normativa procesal específica, que regule de forma completa el procedimiento, que colme las lagunas actualmente existentes en el ámbito de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria.

Aun así, de los preceptos configuradores fundamentales de la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, cabe concluir en la existencia de una doble vía de control, bien de oficio, previa dación de cuenta por parte de la Administración penitenciaria, bien a instancia del interesado.

2.2.2 Cauce del art. 76.2 g) LOGP

Conforme a este precepto, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria 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 beneficio penitenciarios de aquellos.

Se trata sin duda de la más variopinta de las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues, en la misma, cabe prácticamente toda la vida penitenciaria del interno, desde cuestiones que afectan a su cotidiana vida (alimentación, asistencia médica, comunicaciones, puesto de trabajo...), hasta aspectos relativos a su situación penitenciaria (redenciones, refundiciones, etc.). Precisamente el art. 4 RP reconoce a los internos el derecho a formular peticiones y quejas ante, entre otros órganos, las autoridades judiciales.

Pero que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se configure como elemento clave en la garantía de los derechos fundamentales de los internos y, en general, de los derechos o beneficios penitenciarios, no significa que esa posición -y consiguientes atribuciones para su desempeño- sea absoluta y en todo caso, antes bien, tiene límites.

En primer lugar, desde un plano subjetivo, la eventual lesión ha de traer causa en la labor de la Administración penitenciaria, pues las lesiones con origen en actuaciones ajenas a ella han de ventilarse por los cauces propios de la legislación al efecto, ya que aquellas se producirían no por la cualidad de personas privadas de libertad, sino por la de ciudadano.

Es además presupuesto de una eventual petición o queja, desde el punto de vista material, que se vea afectado, necesariamente, un derecho fundamental o un derecho o beneficio penitenciario del propio interno; si falta ese sustrato, la cuestión no pasa de ser una mera cuestión administrativa y, en consecuencia, queda al margen de la especial protección que está en el origen de la creación de este órgano judicial especializado.

³⁹⁹ BENÍTEZ YEBENES, Rafael. *El procedimiento...* op. cit., p. 404.

Junto a esas premisas, hay que añadir una cautela más, pues no toda vulneración de derechos tiene como residencia la jurisdicción de vigilancia, antes bien, un nuevo límite es que su vulneración no se produzca mediante actuaciones de la Administración penitenciaria que tengan por cauce de impugnación específica la vía contencioso-administrativa. El hecho de que el art. 76.1 y 76.2. g) LOGP y el 94 LOPJ atribuya al Juez de Vigilancia Penitenciaria la función de salvaguarda de los derechos de los internos y corrección de los abusos y desviaciones en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, no significa que se altere por ello el régimen de competencia para el control de los actos administrativos de la Administración penitenciaria y su eventual control judicial en vía contencioso-administrativa, bien en el cauce ordinario o bien a través del procedimiento específico para la defensa de los derechos fundamentales en ella establecido, recogido en los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*⁴⁰⁰.

La respuesta por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria tampoco es indiscriminada, pues hay cuestiones que afectando a un derecho del interno, sin embargo no pueden ser atendidas con carácter imperativo por este órgano; sirva de ejemplo, aquellas cuestiones que vinculan patrimonialmente al Estado, en la medida en que impliquen hacer una declaración indemnizatoria de forma directa, pues no cabe imponer en esta vía el pago de una prestación, por ejemplo, por la deficiente prestación de un servicio que haya determinado una pérdida de un bien del recluso. No ha de olvidarse que ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria no es parte la Administración⁴⁰¹, lo cual comportaría, de admitirse pretensiones indemnizatorias, que no pudiera defenderse ante este tipo de reclamaciones. Ello no quiere decir que no haya supuestos en los cuales el pronunciamiento estimatorio de la queja por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria comporte un gasto para la Administración, pero ese no es el núcleo esencial del derecho, antes bien, es simplemente una cuestión meramente colateral o consecuencia necesaria de aquel (si se ordena que los cacheos con desnudo se lleven a cabo suministrándose al interno una bata, el núcleo de derecho no es la aportación de ese elemento protector de la intimidad, que tiene un coste económico, antes bien la intimidad misma). No obstante, hay alguna resolución absolutamente excepcional que se aparta del criterio expuesto⁴⁰².

En los supuestos en los cuales la única respuesta sea la indemnizatoria, reconocida la deficiencia producida, cabe instar por parte del Juzgado a la Administración penitenciaria en orden a la adecuación del funcionamiento del servicio y remitir el interno a la formulación de la correspondiente reclamación económica ante quien corresponda.

Como señala RACIONERO CARMONA⁴⁰³, aunque el precepto parece que plantea como cauces distintos las peticiones y las quejas, “en puridad, las primeras

⁴⁰⁰ STCJ 1/2020, de 12 de febrero.

⁴⁰¹ STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

⁴⁰² AAN (1ª) de 17 de diciembre de 2010, en el cual, como consecuencia de un registro de una celda, da por probada la sustracción de un cepillo de dientes eléctrico y condena al pago del valor que decía el interno que aquel tenía.

⁴⁰³ RACIONERO CARMONA, Francisco. *Derecho Penitenciario...* op.cit., p. 196.

suponen la solicitud por parte del interno de una prestación o el ejercicio de un derecho, en tanto que las segundas la reclamación contra una prestación defectuosa o la inaplicación o aplicación incorrecta de un derecho”. En realidad, ambas se reconducen a la queja.

Es impensable, salvo supuestos muy particulares (caso del abono de prisión preventiva del art. 58.2 CP), considerar que el interno pueda dirigirse directamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria sin la previa actuación administrativa, so pena de invadir o suplantar el marco competencial administrativo, en el cual se interpone, como no podría ser de otra forma, a la Administración como primer sujeto en dar respuesta. Conviene no olvidar el papel que atribuye la ley a cada uno de los operadores penitenciarios, Juez y Administración, en la ejecución y cumplimiento de la pena privativa de libertad⁴⁰⁴.

El control del Juez de Vigilancia los es con relación a situaciones de vulneración ya consumadas, no siendo admisible un control preventivo, por mucho que pudiera invocarse una mayor efectividad⁴⁰⁵.

No obstante, hay opiniones que discrepan de este último planteamiento. MAPELLI CAFFARENA⁴⁰⁶, tras afirmar que no es necesario que el Juez de Vigilancia dirija el establecimiento penitenciario, sostiene que no ha de encontrar obstáculos para intervenir directamente en la actividad de la Administración dentro del centro, pudiendo actuar preventivamente para que una eventual lesión de un derecho haga ineficaz el control judicial. En ese sentido defiende una interpretación amplia del art. 76.1 LOGP, no constreñida a los enunciados del art. 76.2, llegando a plantear que cabría incluso el control de los traslados de los internos y decisiones sobre distribución del presupuesto dentro del centro.

2.2.3 Comunicaciones de la Administración

Junto al mecanismo de las quejas formuladas por los internos, está la respuesta que debe dar el Juzgado de Vigilancia frente a las diversas comunicaciones que realiza la Administración penitenciaria. Éstas abarcan una diversidad de objetos, pluralidad de materias, que, en unos casos, responden a situaciones que implican una restricción de derechos, lo que tiene por consecuencia la necesidad de un control judicial, pero, en

⁴⁰⁴ Es claro en este sentido el AAP Segovia de 5 de abril de 2013, “no toda queja sobre régimen, modo de vida, organización del centro penitenciario o denegación de peticiones hechas por el interno debe ser revisada en vía jurisdiccional por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino únicamente aquellas que afecten a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos. Plantear lo contrario supondría convertir al juez de Vigilancia, en una especie de Director encubierto del Centro Penitenciario o en un supervisor general de la Administración penitenciaria que exceden de la letra y el espíritu de la LOGP”.

⁴⁰⁵ SSTCJ de 7 (2) y 28 de junio de 1995.

⁴⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja. “La judicialización Penitenciaria... op. cit., pp. 300-301.

otros, aquellas no cumplen sino una mera función informativa. Ante la ausencia de una regulación clara, no siempre es fácil determinar a cuál ámbito corresponde cada una.

Son supuestos que exigen inequívocamente un pronunciamiento judicial ante la comunicación de la Administración, las siguientes:

- a) Restricción e intervención de las comunicaciones, art. 51 LOGP y 43 RP.
- b) Suspensión de las comunicaciones, art. 44 RP.
- c) Aplicación de medios coercitivos, art. 5 LOGP y 72 RP.
- d) Aprobación de la sanción de aislamiento superior a catorce días, art.76.2 d) y 236 RP.
- e) Comunicación de la adopción de medidas cautelares en el procedimiento sancionador, art. 243 RP.
- f) Limitación en la tenencia de libros, art. 128 RP.
- g) Aplicación del régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP.

Estos supuestos lo son de restricciones de derechos, salvo el último, que se refiere a un auténtico supuesto de clasificación judicial por decisión de la propia norma.

Meras tomas de conocimiento, que no exigen actuación alguna del Juez de Vigilancia Penitenciaria:

- a) Comunicación de los traslados, art. 31 y 34 RP.
- b) Aplicación de controles telemáticos, art. 86.4 RP.
- c) Cumplimiento en Unidades dependientes, art. 165 RP.
- d) Cumplimiento en Unidades extrapenitenciarias, art. 182 RP.
- e) Traslado e ingreso en Hospitales extrapenitenciarios, art. 218 RP.

En unos casos se trata de supuestos de ejercicio de una competencia estrictamente administrativa, que incluso su control escapa al Juez de Vigilancia, caso de los traslados y, en otros, materias que en principio también tienen ese carácter, pero sobre las cuales cabe control de ellas por el Juez de Vigilancia en vía de recurso, mas, su aplicación, supone situaciones de cierta anormalidad respecto a lo que es la forma ordinaria de cumplimiento o régimen de vida conforme al grado de clasificación.

Por último, cabría citar un tercer bloque respecto del cual el carácter de la función del Juez de Vigilancia no es fácil de definir. Estos supuestos dudosos serían:

- a) Aplicación del art. 10 LOGP.
- b) Limitaciones regimentales art. 75 RP.
- c) Exceso de permanencia del interno en departamento de ingresos, art. 20 RP.
- d) Traslado de menores de 21 años a departamentos de adultos, art. 99 RP.

Con relación al primer supuesto, se tratará en el apartado correspondiente, dentro de las competencias específicas del Juez de Vigilancia recogidas en la ley penitenciaria, donde se expone toda su problemática, que se anuncia tienen que ver con la necesidad o no del pronunciamiento judicial sobre la corrección de la decisión.

En cuanto a las limitaciones regimentales, no cabe duda de que se trata de una situación que implica una restricción del estatus del interno respecto del régimen de vida que le corresponde conforme a su clasificación, pero como se expone en otro capítulo de este trabajo, la materia clasificatoria no es propia del Juez de Vigilancia, sino solo en vía de recurso, con lo cual es dudoso que un decaimiento de algún aspecto del régimen de vida que corresponde al interno con respecto a su clasificación pueda ser objeto de control sin su cuestionamiento por el interesado. No obstante, cabe un posicionamiento intermedio, pues los supuestos del art. 75 RP tienen una clara vocación de temporalidad, por lo cual, si se prolongan en el tiempo sin que se haga uso de la potestad que se recoge en el numeral tercero de tal norma, esto es proceder al traslado del recluso ante la imposibilidad de solventar la situación en el propio centro, cabría plantear la opción de intervención del Juez de Vigilancia precisamente en ese sentido, bien instar el alzamiento de las cautelas impuestas. En esta línea puede enmarcarse el posicionamiento de BARAS GONZÁLEZ ⁴⁰⁷ cuando afirma que las limitaciones regimentales tienen una vocación de transitoriedad y por ello, cuando se prolongan más allá de lo necesario, pueden ser corregidas por el Juez de Vigilancia.

Por lo que al exceso de permanencia de un interno en el departamento de ingresos se refiere, se trata de una situación que guarda gran relación con la anterior, pues el régimen de vida en tal dependencia no se corresponde con la legalmente prevista, con lo cual sería factible una intervención al efecto de corregir la eventual desviación.

Por último, el traslado de un menor de 21 años a un departamento de adultos, se trata de una decisión que afecta realmente a los criterios de separación interior. Departamentos de adultos y de menores penitenciarios tienen una operatividad y funcionalidad distinta, con lo cual el eventual alcance del control a ejercer versaría sobre la correcta aplicación de la normativa vigente. Pero más que restricción de derechos en este caso, lo que hay en juego son principios tratamentales, con lo cual es más dudoso que tenga sentido una intervención directa del Juez de Vigilancia, sin previa intimación del interesado.

2.3 La consideración de la especial posición desfavorable de los internos en el ejercicio de sus derechos

A la hora de valorar el ejercicio de los derechos por parte de los internos, ha de tenerse en cuenta su especial posición de vulnerabilidad por la propia circunstancia de estar privados de libertad. Ello se traduce, desde el punto de vista de dar facilidades

⁴⁰⁷ BARAS GONZÁLEZ, Marcos. "El régimen penitenciario". En *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 140.

para el ejercicio del derecho de defensa de sus pretensiones, en la adopción de interpretaciones favorecedoras de aquella.

Son significativas, al efecto, las SSTC 29/1981, de 24 de julio (ROJ: STC 29/1981 - ECLI:ES:TC:1981:29), 1/2007, de 15 de enero (ROJ: STC 1/2007 - ECLI:ES:TC:2007:1), y 125/2010, de 29 de noviembre (ROJ: STC 125/2010 - ECLI:ES:TC:2010:125), las cuales entienden que los escritos presentados ante el Director de un establecimiento penitenciario, en cuanto que representante de un poder público, han de entenderse como presentados ante la autoridad a la que se dirigen. En esta misma línea, la STC 11/2003, de 27 de enero (ROJ: STC 11/2003 - ECLI:ES:TC:2003:11), con relación a la inadmisión de un recurso de apelación presentado en plazo ante la Administración penitenciaria sin firma de letrado, entiende que se trata de un defecto subsanable, máxime en el caso de las personas privadas de libertad.

En torno a esta misma idea de especial vulnerabilidad de los internos está la STEDH de 11 de octubre de 2016, *asunto Cano Moya c. España*. En tal procedimiento, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria habría denegado copia del expediente seguido ante él en materia disciplinaria para incorporarlo a la denuncia que el recurrente quería interponer ante el TEDH, petición que fue rechazada porque aquel tendría la facultad de solicitar dicho expediente si lo considera necesario. Por el contrario, los jueces del TEDH, entienden que España ha vulnerado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que los Estados firmantes se obligan a no poner traba alguna al ejercicio eficaz del derecho de petición individual en virtud del art. 34 de la Convención, habiéndose pronunciado ya anteriormente el Tribunal sobre situaciones que pudieran entenderse como forma de obstaculizar el derecho de petición individual, debiéndose examinar la negativa a la luz de las circunstancias del caso y sus implicaciones prácticas para los derechos del solicitante. En esos términos, aunque en general el Estado no tenga el deber de proporcionar a los solicitantes las copias de todos los documentos deseados, sin embargo, ese deber surge cuando el peticionario se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad y dependencia en la que este no pudiera obtener los documentos que necesita de otra manera, caso de las personas privadas de libertad. Tiene esta sentencia un voto particular en sentido contrario a las pretensiones del recurrente por considerar que el Convenio no impone una obligación general a las autoridades para proporcionar a un interno solicitante un expediente judicial completo, cuando además este expediente no había sido solicitado aún por la Corte.

En esa línea está la STC 164/2021, de 4 de octubre (ROJ: STC 164/2021 - ECLI:ES:TC:2021:164), en la cual se reconoce la especial tutela exigible por parte de los tribunales con relación a las personas presas que tratan de acceder a una documentación o información que solo le puede ser proporcionada por la Administración, especialmente cuando se solicita para rebatir las decisiones que se adoptan precisamente por ella.

Esta necesidad de adaptarse a las circunstancias del recurrente tiene también reflejo en la STC 221/2006, de 3 de julio (ROJ: STC 221/2006 - ECLI:ES:TC:2006:221), la cual se refiere a un supuesto de inadmisión, por defectos de forma, de un recurso formulado por un interno, recordando el pronunciamiento que no puede exigirse al

recurrente que se ajustase a las formalidades propias del lenguaje técnico-jurídico, debiéndose entender por formulada la impugnación siempre que resulte clara del escrito tal voluntad.

Sin embargo, esta visión no se ha proyectado sobre el derecho a la asistencia letrada, respecto del cual no se hace una especial consideración, sino que se remite a la normativa genérica al efecto, siendo ejemplo de tal posicionamiento las SSTC 229/1993, de 12 de julio (ROJ: STC 229/1993 - ECLI:ES:TC:1993:229), y 42/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 42/2008 - ECLI:ES:TC:2008:42), dictadas en materia disciplinaria.

Cabe citar, además, aquí la STC 233/1998, de 1 de diciembre (ROJ: STC 233/1998 - ECLI:ES:TC:1998:233), que es especialmente llamativa, pues se trataba de un recurso de apelación que, pese al tenor de la DA 5ª LOPJ, había sido admitido sin firma de letrado, designación que no habría sido solicitada tampoco por el recurrente. Se rechaza el amparo porque entiende el Tribunal que, a pesar de esa ausencia de asistencia letrada, no hubo desequilibrio de la posición del recurrente en el debate por cuanto también el Ministerio Fiscal apoyó, con similares argumentos, la pretensión que aquel defendía, ni sus escritos ponían de relieve una autodefensa incapaz de plantear correctamente las cuestiones fácticas y jurídicas objeto de la pretensión, ni finalmente, y, esto es lo más llamativo, se afirma que “por su objeto -impugnación de la decisión administrativa de clasificación penitenciaria- se trata de un proceso donde el asesoramiento técnico se muestre imprescindible para la defensa de los legítimos intereses del demandante”. La materia clasificatoria es aquella sobre la cual pivota el sistema de individualización científica, por lo cual el aserto transcrito causa cierta sorpresa.

3. EL JUEZ DE VIGILANCIA Y EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

3.1 El tratamiento penitenciario en la legislación penitenciaria

El tratamiento penitenciario se constituye, como realización práctica del fin reinsertador y resocializador establecido en el art. 25 CE, en el eje del sistema penitenciario.

La importancia del tratamiento radica en que aquel está íntimamente vinculado a la ejecución de la pena privativa de libertad con una finalidad de prevención penal positiva, siendo la única o preponderante finalidad de la pena que las normas del Estado de Derecho aceptan expresamente.⁴⁰⁸

De la finalidad de reinserción social derivarían dos exigencias: la necesidad de que se regulen los derechos y deberes de los penados, por un lado, y el establecimiento

⁴⁰⁸ BUENO ARÚS. Francisco. “Novedades en el concepto del tratamiento penitenciario”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 20, Fasc/Mes 1-2, 1967, p. 11.

de un tratamiento reformador apto para la personalidad de cada penado, sin que con ello se pretenda modificar coactivamente la personalidad del hombre⁴⁰⁹.

El art. 59 LOGP define el tratamiento como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Tendría como meta hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. Y concluye el precepto con un propósito: procurar, en la medida de lo posible, 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 general.

La reinserción se entendería como un instrumento para hacer al delincuente un sujeto respetuoso con el orden básico jurídico-social, especialmente referido al respeto de las leyes penales, lo cual no significa que la pena deba intentar conseguir en él un cambio de sus íntimas convicciones en orden a la organización social, al modelo ideal político de convivencia que debe respetarse incondicionalmente, cualquiera que sea su configuración pues tan honorables pueden ser unos u otros esquemas de organización social, con tal que respeten la convivencia, la vida, la libertad y seguridad de los demás⁴¹⁰.

La ley recogería, según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁴¹¹, una concepción del tratamiento sociológico-democrática, siendo su finalidad por ello conseguir que el penado, al salir de prisión, lleve una vida sin delitos. Tal objetivo, entiende que no es simplista si se considera que es la búsqueda encaminada a evitar la reincidencia, lo cual sería compatible con una sociedad tolerante y pluralista, y se correspondería con lo establecido en la *Regla 66* de las *Reglas Mínimas* de Naciones Unidas relativa a la finalidad del tratamiento en cuanto llamado a inculcar a los condenados la voluntad de vivir conforme a la ley. No obstante, sería criticable, desde su punto de vista, que, junto a ese concepto, se haya recogido la finalidad más ambiciosa de integración social, pues ésta supera a la pena privativa de libertad, la cual genera desarraigo social, correspondiendo ese objetivo a la Política Social del Estado. Por otro lado, entendería que la capacitación del sujeto para subvenir sus necesidades escapa del concepto de tratamiento y es tarea tan ardua que está al margen de la pena. Rechaza además la referencia a la *intención del penado* y el objetivo de *desarrollo de una actitud de respeto*, que parecen referirse a un concepto moral ajeno a la concepción sociológica del tratamiento que necesariamente es plural.

La idea de la resocialización habría pasado en relativamente poco tiempo, señala MIR PUIG (Santiago)⁴¹², de constituir la alternativa al Derecho Penal clásico -de configurarse como una superación de viejo concepto del castigo y la represión a un Derecho ligado al tratamiento del delincuente-, a entrar en una grave crisis. Si bien el

⁴⁰⁹ SERRANO ALBERCA, José Manuel. "Comentario al art. 25 de la Constitución... op. cit., p. 603.

⁴¹⁰ RUIZ VADILLO, Enrique. "Algunas consideraciones sobre la reforma... op. cit., p. 166.

⁴¹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "El tratamiento Penitenciario". En: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Tomo VI, Derecho Penitenciario, coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Madrid: Lustel, 2010, pp. 156-157.

⁴¹² MIR PUIG, Santiago. "¿Qué queda en pie de la resocialización?". En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extraordinario 2, octubre 1989, pp. 35-36; MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 141-142.

horizonte resocializador no se habría alcanzado por las legislaciones en la medida en que habrían mantenido la pena en pie, no obstante, se habría dado paso a algunas instituciones inspiradas por la consideración del reo, extendiéndose el término resocialización por doquier. Pero tras los años setenta del siglo pasado se habría abierto una profunda crisis en el pensamiento resocializador, siendo llamativo que sea en tal momento cuando se proclame en la Constitución Española y ley penitenciaria la reeducación y la reinserción social como fines de las penas y medidas privativas de libertad.

El cuestionamiento de la resocialización vendría de distintos frentes, el primero de los cuales es el propio término, su significado. Así para unos implicaría una fuerte incidencia en la personalidad del sujeto, en su escala de valores y actitud ética, mientras que para otros el objetivo sería menos ambicioso, limitándose a perseguir que el sujeto sea capaz de respetar las leyes. Pero que el término sea impreciso, tan solo lleva a que deba concretarse⁴¹³.

Pero desde donde se recibe mayores críticas es en el terreno de la legitimación, siendo múltiples los planteamientos críticos. Desde posturas de corte liberal clásico, que parten de la conceptualización del Derecho Penal como límite del *ius puniendi*, que toma como referencia el hecho, no el autor, la relevancia de las conductas delictivas y no la personalidad del sujeto, se cuestiona la idea del tratamiento personalizado que hace que el programa resocializador haya de adaptarse a las características del individuo; como que de ello resulte distinto rigor de la sanción por la forma de cumplir bajo uno u otro régimen de vida. Hay también quien considera que el tratamiento sería un instrumento ilegítimo de manipulación de la personalidad, que conculca la capacidad de autodeterminación, la intimidad y el derecho a ser diferente. Para otros, es la sociedad la que ha de cambiar y no el delincuente, cuando no que el tratamiento no sería sino un instrumento de control social burgués del proletariado. Discrepancias a las que habría que añadir la de los que señalan que no se puede educar para la libertad en un medio privado de libertad y que no resultan ejemplares los valores que proclama una sociedad estructuralmente injusta y egoísta. Como colofón, también estaría la posición de quienes invocan el fracaso en los logros del tratamiento⁴¹⁴.

Tales objeciones también tienen sus réplicas. Así se entiende que para concebir la resocialización de forma adecuada hay que limitar sus pretensiones y aumentar sus medios. Frente a la quiebra de la igualdad que implica el distinto rigor en función del tratamiento, puede entenderse que sería admisible si no supone una elevación de la gravedad del contenido posible de la condena, antes bien, surja de beneficios justificables. La ideología del tratamiento ilimitada no sería admisible, siendo válida la que tomase como referencia la voluntad del sujeto. Frente a quienes postulan que el cambio ha de ser de la sociedad, ha de decirse que existe un modelo social y valores fundamentales asumido por la inmensa mayoría de los ciudadanos, de ahí que sea legítimo procurar la consecución de una actitud de respeto a ellos, sin que ello implique olvidar los graves defectos que suponen las desigualdades sociales. El derecho a ser diferente no significa el derecho a ser agresivo, a utilizar la violencia, a usar una libertad

⁴¹³ *Ibidem*, pp. 142-143.

⁴¹⁴ *Ibidem*, pp. 143-144.

ilimitada, el derecho a guiarse como única norma por la propia conciencia. El Estado Social y Democrático de Derecho no puede renunciar a paliar la marginación del delincuente. La resocialización correctamente delimitada entraría en los cometidos de configuración social y de fomento de la participación de todos en la vida social que corresponde al Estado democrático. Un tratamiento válido es sinónimo de un tratamiento existente, de un tratamiento real⁴¹⁵.

No cabe duda, la reinserción social es la opción que se ha alzado con mayor significado en la ejecución de la pena en la segunda mitad del siglo XX. Con distintas formulaciones se ha abierto paso desde entonces en distintas corrientes, siendo de destacar la denominada nueva Defensa Social, que propone un movimiento de humanización del Derecho criminal, que va más allá de la expiación en orden a lograr la prevención de la delincuencia y recuperar al delincuente. Propondría una política penal y penitenciaria fundadas en el respeto al ser humano, la protección de la persona y la defensa de los derechos del hombre. Y para conseguir el fin reinsertador, el tratamiento penitenciario, que tendría como límites infranqueables la integridad física y moral del individuo, así como sus derechos⁴¹⁶.

La resocialización admitiría una noción más formal y otra más material de aquella. En la primera cabe considerar con que es suficiente que el penado está en condiciones de hacer vida en libertad sin recaer en el delito. En la segunda, sin traspasar los límites del tratamiento, se va más allá, se exige una actitud de respeto hacia los valores básicos de la convivencia⁴¹⁷.

Esta noción última es la que parece subyacer en los AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*)⁴¹⁸, pues respetándose la libertad ideológica de los condenados, cabe exigir una actitud de observancia de los principios que rigen la vida en sociedad.

Por lo que se refiere a los antecedentes del tratamiento en nuestra legislación, señala BUENO ARÚS⁴¹⁹, que desde el momento en que nos encontramos con una legislación penitenciaria satisfactoriamente moderna o avanzada en España (siglo XIX y primera mitad del XX), la misma nos ofrece dos ideas. La primera relativa al fin jurídico y social de la pena privativa de libertad, siendo la corrección en sentido moral o social del delincuente el fin prevalente sobre otros tales como el escarnio, la defensa social, la venganza o la intimidación general. Una segunda idea sería que la pena correccional no se vincula a una concepción de la ejecución de la pena como tratamiento, que estaría fuera de contexto en tal momento. La corrección se liga a la base de la formación del

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. 145-149.

⁴¹⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “¿Crímenes de cuello blanco y ejecución penitenciaria de guante blanco? El acceso directo al medio abierto como respuesta penal a la delincuencia económica en la Instrucción 6/2020”. En: *Reinserción y prisión*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021, pp. 43-44; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Tercer grado. ¿sin clasificación... op. cit., p. 44.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pp. 46-47; p. 47.

⁴¹⁸ Causa especial 20907/2017 (*asunto Procés*).

⁴¹⁹ BUENO ARÚS. Francisco. “Novedades en el concepto... 1967... op. cit., pp. 12-13.

ciudadano en la sociedad establecida, con relación a la escuela, el trabajo y la religión, en el entendimiento que el delincuente ha tenido una recepción incompleta de aquella.

Hasta la segunda mitad del siglo XX, el término *tratamiento* en nuestra legislación, cuando aparece -caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal-, lo es ligado al sentido de la manera de comportarse con las personas o cosas de nuestro alrededor⁴²⁰.

El *Reglamento de los Servicios de Prisiones* de 1956, a pesar de que se acomoda parcialmente a la *Reglas Mínimas para el Tratamiento del Delincuente* de Naciones Unidas de 1955, sin embargo, solo usa el término *tratamiento*, en el art. 49, como *tratamiento sanitario*⁴²¹.

Será cuando se quiera dar un paso en la modernización del sistema progresivo cuando se vaya a dar entrada al concepto de *tratamiento* en el sentido penitenciario, hecho que acontece con la reforma del Reglamento de 1956 operada por Decreto 163/1968, de 25 de enero. Esta norma pretendía, según se dijo entonces, introducir la Criminología en el sistema penitenciario español y, tal y como se expresa en su *Exposición de Motivos*, atender con ello “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 la reeducación y reinserción social de los delincuentes”. En la antes citada *Exposición de Motivos* se va a hablar también de *observación, clasificación y tratamiento*; concepto este último que, en su apartado séptimo, se trata de definir cuando se afirma que “se basa fundamentalmente 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 gran libertad”. El término *tratamiento* se repetirá luego en el articulado⁴²².

La reforma se complementa pocos años después con la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias en 1970, de cuyos miembros se va a hacer depender todo lo que se refiere a la observación, clasificación y *tratamiento*⁴²³.

Por lo que se refiere a la proyección de la idea del *tratamiento* en los textos internacionales, las *Reglas Mandela*⁴²⁴, en la Regla 4ª, tras reconocer como fines de la privación de libertad la protección de la sociedad y la reducción de la reincidencia, a continuación, subrayan que tales metas solo pueden alcanzarse si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción. Pero se va más allá, la Regla la 88ª hace una referencia expresa al *tratamiento* de los reclusos para destacar que en él no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 14.

⁴²² *Ibidem*, p. 15.

⁴²³ *Ibidem*, p. 16.

⁴²⁴ Asamblea General, Resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

Sin embargo, la última versión de la Reglas Europeas del Consejo de Europa⁴²⁵, a diferencia de la versión anterior de 1987- Regla 3ª, que servía para dar pie a una amplia regulación de tratamiento en la Regla 66ª-, se caracteriza por la desaparición de una expresa mención a la finalidad reinsertadora de la pena de prisión. Tan solo hay una referencia en la Regla 72.3ª a los fines reinsertadores, que deben ser tenidos en cuenta por el personal penitenciario, y la Regla 102.1ª, en la que se limita a decir que el régimen de los penados debe estar concebido para permitir conducir a los mismos a una vida responsable y alejada del delito. Se renuncia así, señala TÉLLEZ AGUILERA⁴²⁶, a hacer una proclama general sobre el fin de la prisión, lo cual sería fruto de la concurrencia de varios factores. Así la falta de concreción de los fines asignados al tratamiento -desde los programas de máximos que apuestan por la inculcación de valores morales mayoritariamente vividos; a los de mínimos que apuestan simplemente por evitar la reincidencia-, la caótica utilización de los medios y la falta de evaluación de los resultados -que se afirmarían son nulos; idea que se proyectaría sobre la sociedad que de este modo admitiría políticas represivas y de contención-. Y junto a la crisis del tratamiento, la postura de los movimientos ideológicos que se oponen abiertamente al sistema penitenciario, unido ello al neoconservadurismo que se extiende por el continente desde hace años. Esta confluencia habría llevado a que en el nuevo texto se hubiera optado por sustituir el ideario reinsertador por el principio de *nihil nocere*; esto es, se reconoce que la prisión produce efectos negativos en el individuo, por lo que se trata de evitar al máximo aquellos.

La Revisión de 2006⁴²⁷ sigue esa misma tendencia, pues tras una tímida referencia en el *Preámbulo* a la necesidad de garantizar unas condiciones de la detención que no atenten contra la dignidad humana de los detenidos y que ofrezcan ocupaciones constructivas y una formación que permita prepararlos para su reinserción en la sociedad, se recoge en la Regla 6ª que la detención se llevará a cabo de manera que facilite la reinserción en la sociedad; en la Regla 33.3ª que todos los internos se beneficiarán de la disposiciones destinadas a facilitar su reinserción a la sociedad tras su puesta en libertad; y en la 81.6ª relativa a la necesidad de que los métodos organizativos y sistemas de gestión faciliten la reinserción de los internos. No hay así referencia alguna a qué consiste esa potencialidad reinsertadora.

Volviendo a la cuestión de la conceptualización legal del tratamiento en la ley penitenciaria, MIR PUIG (Carlos)⁴²⁸, lo configura como “un conjunto de medios proporcionados por las diversas Ciencias de la Conducta para conseguir el objetivo primordial de la reinserción social: métodos médicos (farmacológicos o quimioterápicos –uso de neurolépticos, antidepresivos, etc.-, quirúrgicos), pedagógicos (Generales: educación y formación profesional, o Especiales: deficientes mentales, disminuidos físicos, etc.), Psicológico-psiquiátricos (Psicoterapia individual; psicoterapia en grupo,

⁴²⁵ Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros.

⁴²⁶ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *Las nuevas Reglas penitenciarias...* op. cit., pp. 46-47 y pp. 44-46.

⁴²⁷ Revisión por el Comité de Ministros el día 1 de julio de 2020, a raíz de la 1380ª reunión de los Delegados de los Ministros.

⁴²⁸ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., pp. 109-110.

Psicodrama–sociodrama; orientación o asesoramiento en grupo; asesoramiento psicológico; terapia de comportamiento, etc.), Sociológicos (Servicio o asistencia social de casos, servicio o asistencia social de grupos, servicios o asistencia social de comunidad)”. Se trataría, en el diseño de la ley, de un concepto clínico, que posteriormente, en el Reglamento Penitenciario, se ampliará a actividades que cooperan con la reinserción, pero que realmente corresponden con actividades regimentales (Formación, Cultura, Deporte y relación laboral especial penitenciaria).

La incorporación de este concepto clínico del tratamiento penitenciario a la ley es una aportación de Alarcón Bravo⁴²⁹ el cual lo concibe como “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 su delincuencia”⁴³⁰. Por ello rechaza que formen parte del tratamiento gran parte de las actividades que luego se enmarcarán bajo tal rúbrica en el Título V del Reglamento de 1996. Es más, los métodos del tratamiento que describe (médicos, pedagógicos, psicológico-psiquiátricos y sociológicos), solo tienen valor de tratamiento penitenciario en tanto en cuanto van dirigidos a la consecución de los fines de éste, fundamentalmente evitar la reincidencia.

En esta línea de pensamiento, MAPELLI CAFFARENA⁴³¹ considera que, aun partiendo de una unidad conceptual del término resocialización, y, no obstante, afirmando que el tratamiento se ha venido considerando el núcleo de toda actividad penitenciaria, cabe afirmar la separación entre aquel y la ejecución, conceptos que pueden subsistir uno al margen del otro, de forma que durante la ejecución el interno puede renunciar al tratamiento o no necesitar de él. Se partiría de una visión del tratamiento como conjunto de actividades terapéutico-asistenciales encaminadas directamente a evitar la reincidencia. La ejecución tendría como meta la resocialización penitenciaria, mientras que el tratamiento entronca con la resocialización preventiva. Sostendría que frente a que de la ley y reglamento (se refería en su día al de 1981) pudiera pensarse lo contrario, mas, a nivel de los principios, el legislador habría dejado bien claro que hay dos conceptos de resocialización, la penitenciaria y la preventiva. Una, la penitenciaria, tomaría como referencia el art. 25. CE y art. 1 LOGP, siendo sus aspiraciones más amplias que la de aquella otra, la preventiva, del art. 59.2 LOGP. Según esta última, se debe procurar hacer del interno una persona con intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir sus necesidades, procurar desarrollar 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, operando como presupuesto, por ello, para evitar incurrir en inconstitucionalidad, el consentimiento del interno. Quienes quieran ver el tratamiento como un conjunto de actividades que se extienden y confunden con el resto de las instituciones penitenciarias, no tiene en cuenta que el legislador establece con claridad que tratamiento solo lo es el conjunto de

⁴²⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. “Comentarios... op. cit., p. 192.

⁴³⁰ ALARCÓN BRAVO, Jesús. “El tratamiento penitenciario”. En: *Estudios Penales y Criminológicos*. 1977-1978, pp. 21-27.

⁴³¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona: Bosch, 1983, pp. 248-251.

actividades directamente dirigidas a la consecución de la resocialización, at. 59 LOGP, y ello, aunque en ocasiones parezca que todo se hace depender de aquel otro concepto. Analizando este último aspecto, habría que distinguir los supuestos en los cuales supedita la ley una institución al tratamiento, lo cual tiene su explicación en una vocación de refuerzo del carácter voluntario -caso del trabajo en prisión, que se anuncia como elemento fundamental del tratamiento, lo cual no habría que entender como que es esencialmente terapéutico, antes bien acentuación de la nota de voluntariedad, para evitar que sea un trabajo forzado-, de aquellos en que aquel opera como condición -se cita el antiguo art. 90 RP1981, que hacía depender los contactos orales de la clasificación del recluso-, postura que entra en contradicción con un derecho moderno, por incidir negativamente en las expectativas preventivas y aumentar la presión negativa de la vida penitenciaria. Según señalará posteriormente, coincidiendo con el décimo aniversario de la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria ⁴³², la concepción restrictiva del tratamiento evita la confusión con otras instituciones y, en última instancia con la propia ejecución, como parece desprenderse de algunos preceptos de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de su Exposición de Motivos -esta confusión trae causa en que el tratamiento y las instituciones penitenciarias coinciden en los fines de reinserción social y la reeducación, art. 59 y 1 LOGP-, pues la voluntad del legislador es convertir la ejecución en modelo de tratamiento, lo cual es de por sí desaconsejable por el carácter impositivo de la ejecución y potestativo del tratamiento. La voluntariedad en el tratamiento, aun a pesar de una cierta confusión en los preceptos legales, deriva de su propia naturaleza por la particularidad de sus fines, lo cual lo hace inimaginable sin él.

DE LA CUESTA ARZAMENDI ⁴³³, se decanta también por un concepto del tratamiento en sentido estricto, al margen del régimen, entendiéndolo como las actividades directamente enfocadas a la superación del individuo de aquellos elementos, factores o déficits que le han llevado a delinquir. Y ello frente a aquel concepto amplio del término como comprensivo de toda actividad desarrollada en prisión, concepto según el cual todo lo que se haga en ella, positivo o no, cara a la meta socializadora, toda intervención penitenciaria se consideraría tratamiento, con independencia de que se oriente directamente o no a la reeducación y reinserción. Se entienden así los conceptos de régimen y tratamiento como claramente diferenciados, de modo que solo el conjunto de intervenciones de carácter, desde este prisma, médico, psicológico... social que se enmarquen en ese ámbito de intervención son propiamente tratamiento, debiéndose remitir todos los demás aspectos de la vida en prisión al concepto de régimen. No obstante, la distinción no significa renuncia alguna a la relación régimen/tratamiento, de forma que siendo la resocialización el fin primordial de las Instituciones Penitenciarias, aquel difícilmente podrá alcanzarse sin el apoyo de un régimen penitenciario, de una ordenación de la vida en prisión, plenamente volcada al

⁴³² MAPELLI CAFFARENA, Borja. "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario". En: *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, nº 2 Extraordinario, octubre, 1989, pp.103-104.

⁴³³ CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización". En: *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián. nº 2 Extraordinario, octubre, 1989, pp. 59-62.

servicio del postulado resocializador. Este régimen penitenciario resocializador no sería sino un régimen penitenciario inspirado en un principio de aproximación entre la vida penitenciaria y la vida libre, siendo lo fundamental la potenciación de la condición del interno como individuo integrante de la sociedad y no como excluido de ella. Para lograr tal fin se requiere limitar la intervención sobre los derechos de los presos al mínimo imprescindible para llevar a cabo la restricción de movimientos y garantizar la seguridad y orden penitenciarios, con sometimiento y control del Juez de Vigilancia en tanto garante de la ejecución prisional. Tal concepto resocializador del régimen, conceptualizado como integrador en la sociedad se extendería también a los internos preventivos, en el entendimiento de que la medida cautelar, por sí, implica una estigmatización en la conciencia social; ello supone ir más allá de la consideración del régimen como mero respeto formal y teórico de los derechos individuales del interno preventivo e implica una revisión del planteamiento restrictivo al campo del cumplimiento que hace el Reglamento Penitenciario⁴³⁴ respecto a la afirmación de que el interno es sujeto de derechos y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma.

Desde el punto de vista normativo, tanto la ley, como el reglamento, presentan una cierta confusión entre actividades tratamentales y regimentales, si bien es más que dudoso que quepa una delimitación absoluta⁴³⁵.

Bajo esta división puede subyacer, en opinión de ANDRÉS LASO⁴³⁶, un planteamiento rupturista con la legislación anterior, especialmente antes de la reforma de 1968, en la cual se regulaba de forma precisa todos los aspectos de la vida en prisión y donde la finalidad custodial aplicada con medios disciplinarios primaba por encima de todo. Este esquema pudo llevar a identificar el tratamiento con postulados próximos al Estado Social de Derecho recogido en la Constitución, frente a la identificación del régimen con el periodo histórico anterior.

El concepto clínico del tratamiento presenta un doble condicionamiento, derivado por un lado de la identificación del delincuente con un enfermo, con lo cual se restringe su ámbito de aplicación al momento en el cual medie sentencia firme, esto es a condenados, quedando fuera los internos preventivos; y, por otro, en cuanto a su objeto, que excluye las actividades formativas, laborales, culturales y los contactos con el exterior⁴³⁷.

Es con el Reglamento de 1996 cuando se superará el planteamiento originario de la ley, pues la concepción clínica del tratamiento no deja de ser una limitación, frente

⁴³⁴ En el texto de referencia se cita el art. 4 RP1981, cuyo tenor es el texto del art. 3 del actualmente vigente, el Reglamento de 1996, si bien la argumentación no por ello se ha visto alterada.

⁴³⁵ Prueba de esta difícil, en ocasiones, delimitación en la práctica, son los AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*), relativo a la naturaleza jurídica del art. 100.2 RP; y de 25 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A) y 8 de septiembre 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A), referentes a la del régimen de vida del art. 86.4 RP.

⁴³⁶ ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., pp. 149-150.

⁴³⁷ MONTERO HERNANZ, Tomás. "A modo de prólogo: unas notas sobre la reinserción y el tratamiento penitenciario". En: *Reinserción y Prisión*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021, p. 21.

a la cual una concepción amplia o moderna, social, del tratamiento permite incrementar el número de actividades que podrían tener un efecto beneficiosos en la personalidad y situación jurídica del penado frente a las actividades del tratamiento propiamente dichas, con menos recursos que los necesarios en una prisión concebida al modo de la Criminología clínica; al tiempo, la nueva concepción comporta la ventaja que supone extender su eficacia a los preventivos, en la medida en que podría ofrecerse actividades formativas, educativas, socioculturales, recreativas y deportivas, sin vulnerar la presunción de inocencia⁴³⁸.

Hoy en día es mayoritaria la interpretación de los conceptos de reinserción y reeducación como dirigidos no tanto al individuo, como a la Administración penitenciaria, en el entendimiento de una labor proactiva por parte de aquella en garantía del acceso de los internos a las esferas educativas, cultura, informativa y laboral, facilitándoles los instrumentos necesarios para salvar las carencias que en estos ámbitos presenten, potenciando a la vez las relaciones con el exterior⁴³⁹. Para dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 25, resulta necesario preparar a los penados para su futura puesta en libertad, ofreciendo todos los medios y recursos existentes por parte de la Administración, acercando y preparando a la sociedad para el futuro retorno de tales individuos, y removiendo, en todo caso, cualquier obstáculo que pudiera interponerse en tal camino resocializador⁴⁴⁰.

El cambio de concepto del tratamiento estaría reflejado claramente en el art. 110 RP, al describir sus elementos, pues señala que para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias; 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; y 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 reinserción⁴⁴¹.

En este nuevo concepto de tratamiento habría que distinguir dos grupos de actividades claramente diferenciadas; unas orientadas a la reeducación, comprensivas de la oferta al penado por parte de la Administración de los mediante instrumentos y actividades de todo tipo necesarios para superar sus carencias, con objeto de poder afrontar las causas que le llevaron a delinquir y transformarse en una persona capaz de respetar la ley penal -actividades formativas, culturales, laborales, educativas, tratamientos psicológicos, etc.-; y otras aquellas orientadas a la reinserción, que

⁴³⁸ BUENO ARÚS, Francisco. "Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. nº 252, 2006, pp. 31-32.

⁴³⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El Sistema Penitenciario español ante el siglo XXI*. Madrid: Lustel, 2013, p. 25.

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014, p. 414.

⁴⁴¹ MONTERO HERNANZ, Tomás. "A modo de prólogo... op. cit., p. 23.

comprenderían todas aquellas medidas ofertadas al penado que hagan posible el mantenimiento de sus vínculos con la sociedad, en orden a disminuir los efectos desocializadores que produce la estancia en prisión -las comunicaciones y visitas, actividades en el exterior de la prisión, permisos penitenciarios, régimen de semilibertad, libertad condicional etc.- ⁴⁴².

Recogería así el Reglamento de 1996 el concepto de la llamada, en el marco de los instrumentos de reinserción social, *intervención penitenciaria*, la cual pretende actuar con una perspectiva más plural, con métodos no vinculados directamente a incidir en las concretas y específicas causas del delito sobre la base de la comprobación empírica de la efectividad rehabilitadora de los métodos empleados, ampliándose a actividades no dirigidas de forma específica a atacar las causas del delito (programas de animación sociocultural, de formación académica, terapia ocupacional, etc.). Por una parte, responde a la existencia de una sociedad pluralista, que impide la imposición de una determinada ideología y el adoctrinamiento; y, por otra, a la voluntariedad de la intervención, previa aceptación, incluso contando o intentándolo, al menos, con la colaboración del interno⁴⁴³.

En definitiva, el tratamiento incide en la etiología delictiva desde su visión más clínica, pero gracias al reglamento, incluye la intervención más social, aunando formación y contactos con el exterior con las técnicas de intervención centradas en la personalidad del propio interno. El resultado de todo ello es positivo, pues el tratamiento así definido permite que se trabaje en un contexto amplio que suma no solo diferentes perspectivas, sino también las herramientas concretas en las que éstas se manifiestan. Con ello, se fomenta una mayor y mejor individualización de la intervención según las necesidades concretas que los internos presentan y permite ir más allá de la intervención clínica⁴⁴⁴.

Incluso terminológicamente, esta última línea doctrinal citada, tiene plasmación expresa en el propio texto reglamentario⁴⁴⁵ y en las Instrucciones de la SGIP⁴⁴⁶. Se recoge así la idea del desarrollo de programas y de actividades de forma global, contemplando todas las áreas de intervención y se reafirma la labor de detección de las carencias que limitan el desarrollo integral de las personas privadas de libertad, marcándose como primera tarea a la que habrán de enfrentarse todos los profesionales de la Institución Penitenciaria, convirtiéndose en eje de la labor reinsertadora el programa individualizado de intervención o de tratamiento de cada interno.

También el propio régimen disciplinario, materia ésta claramente incardinada en el régimen penitenciario, tiene su vertiente tratamental. En este sentido, el art. 231 RP

⁴⁴² MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. "La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español". En: *Revista de estudios socioeducativos (RESED)*. nº 7, 2019, pp. 227-249.

⁴⁴³ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 209.

⁴⁴⁴ SOLAR CALVO, María del Puerto. "Tratamiento penitenciario: aciertos y desaciertos de su concreción normativa". En: *Diario La Ley*. nº 8818, 2016.

⁴⁴⁵ El art. 275 a) RP atribuye al Equipo Técnico la función de ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios que se establezcan para cada interno por la Junta de Tratamiento.

⁴⁴⁶ II SGIP 12/2006 y 4/2009.

pone en conexión aquel con la realización de los fines de la actividad penitenciaria, entre los cuales, conforme al art. 1 LOGP y 2 RP, está la reeducación y la reinserción social. Por ello, los arts. 255.1 y 256.1 RP permiten que la Comisión Disciplinaria, de oficio o a propuesta de la Junta de Tratamiento, pueda acordar motivadamente la suspensión de la efectividad de las sanciones de aislamiento impuestas y, más en general, en relación con cualquier clase de sanción o su plazo de cancelación, su reducción o revocación, en los mismos términos.

Ahora bien, se ha señalado que tras este nuevo concepto subyace no solo razones científicas, antes bien, detrás de está el reconocimiento de la imposibilidad de disponer de los recursos necesarios para ofertar un tratamiento en sentido estricto a todos los internos que lo requieran⁴⁴⁷.

Pero no cabe duda, el nuevo modelo reglamentario ofrece serias ventajas. En primer lugar, amplía el ámbito subjetivo de aplicación, al extenderse a todas las personas privadas de libertad, penados y preventivos, ofreciendo a todos los reclusos la posibilidad de tener una estancia en prisión menos ociosa y más reinsertadora, siendo factible la aplicación de los modelos de intervención a las personas sujetas a la medida cautelar, compatibilizándose con el respeto a la presunción de inocencia. En segundo lugar, se amplía el ámbito objetivo, incluyéndose en su contenido las actividades formativas, laborales y culturales que, conforme a la ley penitenciaria, se enmarcarían en el régimen penitenciario. Y, en tercer lugar, se potenciaría la reinserción con la introducción del principio de flexibilidad en el art. 100.2 RP, rompiéndose así la rigidez del sistema que suponen los distintos grados, permitiéndose de esta forma la combinación de aspectos de varios de ellos en atención a la realización de un modelo de ejecución⁴⁴⁸.

De acuerdo con la ley, la clasificación de los internos y el régimen penitenciario dependen de la evolución de tratamiento (art. 63 y 65), conformación normativa que plantea problemas de compatibilidad con el carácter voluntario de este último, por lo que para tratar de eludir estos inconvenientes el Reglamento de 1996 desvincula la clasificación de los penados de tratamiento, si bien lo razonable hubiese sido la reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁴⁴⁹.

Por último, hay que hacer una puntualización. El tratamiento no pretende modificar la personalidad del penado, sino que trata de asegurar unas condiciones dignas de vida, reduciendo al mínimo los efectos del internamiento, potenciando los contactos con el exterior, al tiempo que asegurar una oferta de actividades tendentes a potenciar los conocimientos y compensar los déficits personales de los internos⁴⁵⁰.

Forma parte del tratamiento penitenciario el respeto a la libertad ideológica. Claro ejemplo de tal aspecto es el posicionamiento del Tribunal Supremo en los diversos AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto*

⁴⁴⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El Sistema Penitenciario español...* op. cit., p. 161.

⁴⁴⁸ MONTERO HERNANZ, Tomás. "A modo de prólogo..." op. cit., pp. 24-25.

⁴⁴⁹ JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de Derecho Penitenciario*. 3ª ed. Madrid: Iustel, 3ª, 2016, p.86.

⁴⁵⁰ MONTERO HERNANZ, Tomás. "A modo de prólogo..." op. cit., p. 23.

Proces)⁴⁵¹, en los cuales se reconoce que “la reflexión sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias, así como el reconocimiento de los hechos y sus efectos son sin duda relevantes para el buen resultado del tratamiento”, ahora bien “pero no han de ser su única finalidad”. La finalidad reeducativa y de reinserción social de los penados no pueden ser ajenas al delito por el que fueron condenados, pero que con ello no se pretende que el interno “reniegue de sus convicciones políticas, sencillamente porque estas son ajenas a su condena”, pues ello “nada tiene que ver con el significado del cumplimiento de una pena privativa de libertad en una sociedad democrática. La libertad ideológica de cualquier interno ha de permanecer intacta y no puede ser erosionada durante el tiempo de cumplimiento. Nuestro sistema penitenciario no autoriza intromisiones en el espacio ideológico de los reclusos”. Sería la ruptura de las reglas que delimitan el funcionamiento normal de cualquier estado de derecho y la promoción de incidentes violentos la causa de la condena y no la ideología.

Aunque parecía superado el concepto clínico del tratamiento y se consideraba como presupuesto de aquel, en todo caso, la voluntariedad, no parece que tal conclusión sea sino un espejismo, al menos en la mente del legislador. El planteamiento del *Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*⁴⁵² es una vuelta al pasado, a pensamientos más que superados, vista la propuesta de nueva redacción del art. 36 CP. Tal texto, cuando se refiere a una serie de conducta delictivas de naturaleza sexual con víctimas menores, en condenas superiores a cinco años de prisión, pretendía establecer un requisito para acceder al tercer grado que, prescindiendo de plazos, choca con la esencia del tratamiento, pues condiciona la progresión de grado a “la superación del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual”; al tiempo, se mantiene el periodo de seguridad no exonerable en tales casos. Posteriormente en el dictamen de la Comisión, el texto se modifica en el sentido de sustituir la referencia a la superación del programa por el crítico enunciado de someter la clasificación en tercer grado en tales supuestos a la “valoración e informe específico acerca del aprovechamiento por el reo del programa de tratamiento”⁴⁵³, texto finalmente aprobado⁴⁵⁴.

Esto es, de forma indirecta, pero claramente coactiva, bajo la sanción de no acceder a regímenes de vida con mayor grado de autogobierno, se impone el seguimiento de determinados programas tratamientos. Cabe preguntarse dónde queda el enunciado del art. 10 CE y qué fundamento científico tiene que un determinado diseño de un instrumento de reinserción, los programas de tratamiento, se conviertan en una barrera infranqueable de acceso al tercer grado.

⁴⁵¹ Causa especial 20907/2017 (asunto *Proces*).

⁴⁵² Disposición Final Cuarta. Uno. Texto Publicado el 26 de julio de 2021 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

⁴⁵³ Dictamen de la Comisión. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 30 de mayo de 2022.

⁴⁵⁴ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de *garantía integral de la libertad sexual*, BOE de 7 de septiembre de 2022, núm. 215.

3.2 El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el tratamiento

La consideración del tratamiento como parte de la ejecución de condena conecta con una finalidad de prevención especial positiva -llámese corrección, reeducación, reinserción social, resocialización...-⁴⁵⁵.

En la realización de ese fin, no puede prescindirse del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el cual ha de tener presente en sus decisiones *la modificación de aquellos sectores de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva* (art. 65.1 LOGP) o *la evolución desfavorable de su personalidad* (art. 65.3 LOGP) o *los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad* (art. 67 LOGP), desplegando así una labor reeducadora. Vertiente que no sería exclusiva del Juez de Vigilancia, antes bien la tendrían los propios sentenciadores al hacer uso de las medidas alternativas al ingreso en prisión⁴⁵⁶.

Esta visión del Juez de Vigilancia supone un avance en la judicialización de la ejecución de la pena privativa de libertad, potenciándose al tiempo su función de garante de derechos, todo ello en aras de una transformación de la ejecución que incida en una mejora en la cualitativa de la pena y no solo cuantitativa. De esta forma la jurisdicción penal en su conjunto debe tener presente que no basta fijar la pena justa al grado de desarrollo del delito y la participación de su autor conforme a la dogmática penal, sino que ha de preguntarse también por el cómo, las modalidades de ejecución de la pena impuesta⁴⁵⁷.

En esta idea de conexión tratamiento/Juez de Vigilancia Penitenciaria, coincide PEITEADO MARISCAL⁴⁵⁸, si bien puntualiza que el tratamiento no es inherente a la ejecución de penas privativas de libertad. El tratamiento se encuadraría dentro de la función resocializadora, que enlaza con el art. 25 CE, mas, el interno puede rechazarlo al no derivar ni de la ley, ni del fallo condenatorio, ni del sentido de la pena, restricción del libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE, del derecho a la integridad moral y libertad ideológica de los arts. 15 y 16 CE. Aunque la Ley Orgánica General Penitenciaria no declara el derecho a rechazar el tratamiento, ello más bien obedece a una cierta confusión en torno al sistema de clasificación en grados, que conecta con el régimen en la medida en que a cada grado se asigna una forma de vida, de lo que deriva que el interno pueda rechazar un tratamiento, pero no a ser clasificado. En cierta forma esta mezcla de conceptos se refleja en el art. 5 RP que establece como deber el participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad; luego, en el art. 112.3 RP, se afirma que 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, ni de regresión de grado. En ese marco, el ordenamiento

⁴⁵⁵ BUENO ARÚS, Francisco. "Novedades en el concepto (2006) ... op. cit., p. 11.

⁴⁵⁶ DOÑATE MARTÍN, Antonio. "Jurisdicción de Vigilancia... op. cit., pp. 19-20.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, pp. 19-20.

⁴⁵⁸ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 68-71.

ha querido que estas actividades estén bajo el control del Juez de Vigilancia, de forma que muchos mecanismos propios del tratamiento son instrumentos de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Se puede afirmar, con FERNÁNDEZ BERMEJO⁴⁵⁹, que la individualización científica mantiene un lazo muy estrecho con el tratamiento, pues sin éste, sería aquella una tarea ardua, y carecería de gran sentido, habiéndose además con ella tecnificado el sistema progresivo y los criterios de progresión y regresión, que se deciden por especialistas, superándose el tradicional transcurso del tiempo y cualesquiera arbitrariedades subjetivistas.

La relevancia del papel del Juez de Vigilancia en el sistema de individualización científica es destacado por RODRÍGUEZ YAGÜE⁴⁶⁰, pues en él, junto a los elementos definidores del mismo relativos al carácter científico derivado de las técnicas empleadas, más allá de la mera reflexión y educación de épocas pasadas, y la flexibilidad en el cumplimiento, se añade la nota de profesionalidad, que se centra tanto en el personal de la Administración que realiza tal labor, como en la existencia de la jurisdicción especializada.

Ahora bien, se trata este campo de una materia en la cual se corre el riesgo por parte de los distintos operadores de caer en una excesiva discrecionalidad⁴⁶¹. Así CERVELLÓ DONDERIS⁴⁶² cuestiona el amplio margen de que dispone la Administración penitenciaria en las propuestas y decisiones de sus órganos y la incidencia de aquellas sobre la modalidad de cumplimiento de la condena, en particular las relativas a avances en la restricción de libertad -permisos de salida y la clasificación-, con protagonismo no solo cuando se trata de materias que quedan bajo su competencia, sino con proyección en la labor propias del Juez de Vigilancia que va a requerir previos informes dictados también por dichos órganos administrativos. Este margen de

⁴⁵⁹ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. "El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica". En: *Estudios Penales y Criminológicos*. vol. XXXV, 2015, p. 136.

⁴⁶⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*. Madrid: Reus, 2021, pp. 48-53.

⁴⁶¹ La realidad muestra que situaciones penales y penitenciarias similares reciben respuestas dispares tanto por parte de la Administración, Ministerio Fiscal y los tribunales. Resulta paradigmático en este sentido, por su relevancia pública, el *asunto Urdangarín*, en el cual otro de los condenados, su ex-socio, con una condena de similar entidad y circunstancias personales y de cumplimiento cuando menos equivalentes, es progresado al tercer grado por decisión de la Administración, el 22 de junio de 2020, con anuencia del Ministerio Fiscal, tras el rechazo de su inicial recurso por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Catalunya, Auto de 10 de agosto de 2020, mientras que aquel otro no lo hace sino siete meses después, en diciembre del mismo año. Precisamente frente al Acuerdo de revisión de su clasificación de 20 de julio de 2020, interpuesto recurso, fue estimado por Auto de 3 de septiembre de 2020 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Castilla y León, que, recurrido por el Ministerio Fiscal, fue revocado por AAP Palma de Mallorca (1ª) 496/2020, de 22 de septiembre (ROJ: AAP IB 239/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:239A). Es llamativo que uno de los motivos esgrimidos en el recurso del Ministerio Público es la alarma causada por el delito, alarma derivada de la pertenencia del condenado a un determinado círculo social y familiar, en definitiva, la ejemplaridad. Concepto de ejemplaridad que, sin embargo, no es invocado en el asunto Vera (*asunto Fondos reservados*), ex-alto cargo de la Seguridad del Estado, el cual fue clasificado por la Administración en tercer grado en agosto de 2006, sin tener cumplida la cuarta parte de una condena de siete años de prisión, no siendo delincuente primario (existía una condena anterior en el denominado *caso Marey*), decisión que contó con la anuencia del Ministerio Fiscal.

⁴⁶² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Individualización garantista... op. cit., pp. 219-221.

discrecionalidad en la ejecución puede poner en riesgo diversos derechos fundamentales, el principio de igualdad por las diferenciaciones de trato injustificadas, el principio de legalidad por la incertidumbre de la forma de ejecución, el principio de proporcionalidad por las restricciones indebidas y el respeto al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana por el uso de criterios correctivos premiales, más propios de una concepción de la pena como mera expiación. Por ello se postularía la superación de los sistemas de ejecución absolutamente abiertos en orden a la consecución de un sistema de reconocimiento reglado, un sistema garantista de ejecución penitenciaria fruto de las exigencias de legalidad y seguridad jurídica que, sobre la base de una rigurosa cobertura legal, se rija por criterios objetivos y no solo discrecionales y acuerdos debidamente motivados, tutele la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, como reflejo de la orientación constitucional hacia la reeducación y reinserción social, que haga posible la reducción de la incertidumbre y arbitrariedad de las decisiones que afecten a la libertad de movimientos, además de previsible, susceptible además de control judicial a través de la correspondiente impugnación de la decisión administrativa. En definitiva, este sistema de ejecución garantista tendría una triple proyección, la legalidad en la determinación de las condiciones requeridas para cualquier medida que afecte al régimen y modalidad de vida penitenciaria, la seguridad jurídica mediante su aplicación con criterios objetivos derivados de reglas predeterminadas y el control judicial de toda decisión que afecte a los derechos de los internos.

Ahondando en la anterior reflexión, no deja de ser llamativo que los criterios prácticos que operan en la clasificación, especialmente por lo que se refiere al tercer grado, se adopten en textos de escaso nivel normativo. Sirva de ejemplo la I SGIP 6/2020, que establece el Protocolo de ingreso directo en medio abierto, la cual recoge una serie de parámetros en orden a facilitar tal posibilidad “en los supuestos en los que concurren circunstancias favorables al tercer grado, posibilita un régimen de vida más acorde al derecho a la reinserción, evitando el contacto con el régimen ordinario, aminorando el impacto y efecto desocializador que supone el internamiento en un centro penitenciario”, sorteando, cuando no prescindiendo con el procedimiento señalado la propia regulación reglamentaria⁴⁶³. Es más, si a los internos no clasificados hay que aplicarles el régimen de vida ordinario, art. 74.1 RP, es evidente que el ingreso en un CIS para cumplir una pena es un exceso, no cabe en él, art. 164 RP.

A las consideraciones anteriores, que se comparten plenamente, habría que unir una exigencia seria y no meramente formal de motivación clara de las decisiones de la Administración, de forma que, conjugando esos parámetros fijados en la Ley, deban

⁴⁶³ Sin entrar a valorar la concurrencia de los concretos factores que se recogen en la Instrucción citada, ampliamente tratados por MATA Y MARTÍN, estamos con él cuando afirma que se prescinde en este instrumento de la observación del interno a que se refiere el art. 63 LOGP y que debe estar presente incluso en los casos de clasificación inicial en tercer grado de los internos que no tienen cumplida la cuarta parte de la condena, art. 104.3 RP. En MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “¿Crímenes de cuello blanco y ejecución penitenciaria... op. cit., pp. 37-42 y 50-52.

plasmar el real proceso de elaboración y toma de la decisión, pues solo así, además de atender debidamente los postulados constitucionales, se podrá controlar lo resuelto⁴⁶⁴.

En ese nuevo contexto cabe concluir que el Juez de Vigilancia Penitenciaria es un factor técnico más, que participa en la tarea individualizadora ligada al tratamiento, en ocasiones con en ejercicio de una competencia propia, especialmente en el caso de la libertad condicional, la aprobación del régimen de flexibilidad del art 100.2 RP y la decisión sobre los permisos penitenciarios; y en otras de forma refleja, cuando actúa en vía de recurso revisando la actuación de las Juntas de Tratamiento y Centro Directivo. No obstante, nuestro legislador se ha quedado corto en ese diseño con relación a la intervención judicial en otros países de nuestro entorno, pues a diferencia del Juez italiano o portugués, que aprueba los programas de tratamiento o la modalidad de cumplimiento equivalente a nuestro régimen abierto, en el caso español tales cuestiones, *prima facie*, tienen una conformación administrativa, y solo en caso de recurso o queja cabe dar paso a un eventual control judicial. Se trata pues de un campo en el cual el carácter jurisdiccional de la materia no deja de ser una meta aún lejana.

⁴⁶⁴ La realidad hoy en día es que frecuentemente la Administración no motiva las decisiones que toma con respecto de los internos, antes bien usa conceptos indeterminados -véase falta de consolidación de factores positivos, concurrencia de variables desfavorables...- que hace que sea un arcano llegar al porqué de ellas. Ni siquiera en los asuntos de proyección pública, incluso cuando se aparta de las propuestas de las Juntas de Tratamiento, se recoge una motivación válida. Sirva de ejemplo el Auto de 20 de enero de 2021 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla y León nº 1 (*asunto Urdangarín*), en el cual se realiza una dura crítica a la actuación del Centro Directivo que con una telegráfica fundamentación se apartaba de la propuesta de progresión al tercer grado de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Ávila. Dicha resolución recuerda que la STC 325/1994, de 12 de diciembre (ROJ: STC 325/1994 - ECLI:ES:TC:1994:325), recoge que "la motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que éstas -en su caso- han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, por qué no, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones... No solo su extensión pone de manifiesto gráficamente la atención dedicada a la cuestión en litigio, sino que además son notables la coherencia y trabazón lógicas de su argumentación, se comparta o no, ajustada al tema controvertido". Por otro lado se invoca también la STC 8/2002, de 14 de enero (ROJ: STC 8/2002 - ECLI:ES:TC:2002:8), que cita, entre otras la STC 128/1996, de 9 de julio (ROJ: STC 128/1996 - ECLI:ES:TC:1996:128), en relación al uso de modelos impresos o formularios estereotipados, afirma que, aunque desaconsejable su utilización por ser potencialmente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación - SSTC de 13 de octubre; 125/1989, de 12 de julio (ROJ: STC 125/1989 - ECLI:ES:TC:1989:125), de 12 de julio; 74/1990, de 23 de abril (ROJ: STC 74/1990 - ECLI:ES:TC:1990:74); y ATC 73/1996, de 25 de marzo (ROJ: ATC 73/1996 - ECLI:ES:TC:1996:73A)-, pues peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida. Por último concluye que tal planteamiento, que es predicable y exigible de toda resolución judicial, es extensible a la Administración, sobre la cual pesa también tal carga motivadora de sus actuaciones, art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común*; garantía elemental y primaria para el ejercicio del derecho defensa que tiene todo ciudadano, privado de libertad o no, frente a una eventual arbitrariedad: si no se sabe por qué se toma una decisión, difícilmente va a poder combatirla.

4. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y EL RÉGIMEN PENITENCIARIO

La Ley Orgánica General Penitenciaria, aunque dedica la mayor parte de su articulado al régimen penitenciario, no recoge un concepto de aquel, antes bien es el Reglamento Penitenciario el que en el art. 73 lo define como “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”.

Por ello, se puede decir que el régimen penitenciario se refiere tanto a las relaciones entre internos, como a las relaciones de éstos con respecto a los restantes operadores penitenciarios⁴⁶⁵.

Así como el tratamiento se corresponde con la finalidad de promover la reeducación y reinserción social de los internos, el régimen penitenciario viene a servir de instrumento a la otra finalidad de las Instituciones penitenciarias, que según el art. 1 LOGP, es la retención y custodia de preventivos, presos y penados⁴⁶⁶.

La importancia de encontrar un justo equilibrio en el régimen de las prisiones entre objetivos en ocasiones opuestos, tales como la custodia, el orden, la asistencia y la justicia, es puesto de relieve por VAN ZYL SMIT y S. SNACKEN⁴⁶⁷ a propósito de un estudio en las prisiones belgas de Liebling y Maruna realizado por el segundo de ellos. La custodia haría referencia al deber del sistema penitenciario de mantener a los presos alejados de la sociedad tanto tiempo como se considere necesario, mientras que el orden aludiría al deber del sistema penitenciario de asegurar un entorno seguro y disciplinado dentro de la prisión tanto para los presos como para el personal de prisiones; la asistencia, por su parte, se asociaría con el hecho de facilitar actividades positivas, atención sanitaria, contactos y las oportunidades necesarias para mantener y promover el bienestar físico o mental de los presos; y, por último, la justicia en prisión, que se identifica con un tratamiento imparcial y unos resultados coherentes, con unos procedimientos conciliatorios efectivos y con la justificación y explicación de las decisiones del personal. La conclusión sería que los regímenes humanitarios y los procedimientos justos pueden contribuir a la legitimación de la prisión para los presos e influir en las relaciones entre el personal y los internos, en la cultura local de la prisión y en el clima institucional.

El régimen penitenciario, a diferencia del tratamiento, tiene como nota definitoria la imperatividad, la cual deriva de algo elemental, el principio de legalidad ejecutiva, el cual no es un arcano o una mera formulación retórica, antes bien encuentra su plasmación expresa en el art. 3.2 CP, cuyo enunciado no puede ser más claro en la medida en que establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en la forma prescrita en la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. En línea con tal precepto es por lo que el

⁴⁶⁵ BARAS GONZÁLEZ, Marcos. “El régimen penitenciario... op. cit., p. 126.

⁴⁶⁶ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., p. 71.

⁴⁶⁷ VAN ZYL SMIT, Dirk., y SNACKEN, Sonja. *Principios de Derecho y política penitenciaria europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 89.

art. 2 LOGP dispone que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.

La extensión del principio de legalidad al sistema penitenciario excluye la admisión de conductas arbitrarias en un sector especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad⁴⁶⁸. Tal máxima, pone de manifiesto MATA Y MARTÍN⁴⁶⁹, “reclama el respeto a la ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. Y no puede ser de otra manera pues, en realidad, la previa condena y aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad y fundamento en el ordenamiento jurídico. La vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas. Naturalmente la vida en prisión no se agota con lo previsto en la ley, pero el respeto al sistema legal durante la ejecución de la privación de libertad implica que la misma no puede ser reconocible o comprensible sin su referencia a las disposiciones legales”.

O en palabras de BUENO ARÚS⁴⁷⁰, “solo en el Derecho y por el Derecho cobran sentido y justificación las limitaciones que se imponen a la libertad del condenado”.

La organización y la forma de la vida en prisión no está sujeta a la voluntad de los sujetos sometidos a él, los internos, pues aquella, salvo contadas excepciones, carece relevancia. En lo regimental -normas que rigen la convivencia en el establecimiento penitenciario-, resulta difícil encontrar algún supuesto al efecto de relevancia de tal voluntad, si acaso, en el ámbito de las formas especiales de ejecución, los supuestos de hecho de los arts. 86.4, 165, 168 y 182 RP; mas éstas son situaciones que claramente enlazan con el tratamiento⁴⁷¹ y que no podrían llevarse a cabo sin una participación proactiva del interesado, de ahí el requisito de su anuencia. Aspectos tan nimios de la vida en prisión, como lo es el disfrute de las horas de patio, no depende siquiera del deseo del sujeto privado de libertad, antes bien, su negativa a disfrutarlas, sirva de ejemplo las llamadas en el argot carcelario *huelgas de patio*, es objeto de sanción -falta del art. 109 b) del RP1981-.

La conclusión no puede ser otra que ningún interno elige, ni puede elegir, no es una opción, la forma de vida en prisión, los aspectos regimentales de ella, antes bien es la Administración quien la impone y ejecuta en aplicación de la normativa vigente, fundamentalmente en atención a su grado de clasificación, que es el que determina su régimen de vida, art. 72 LOGP.⁴⁷².

⁴⁶⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Tercer grado. ¿sin clasificación... op. cit., p. 56.

⁴⁶⁹ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “El principio de legalidad... op. cit., p. 122.

⁴⁷⁰ BUENO ARÚS, Francisco. *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia, 1967, p. 49.

⁴⁷¹ Son significativos los AATS de 25 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A) y 8 de septiembre 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A), que ligan expresamente la modalidad de cumplimiento del tercer grado, art. 86.4 RP al tratamiento y a la clasificación.

⁴⁷² El planteamiento expuesto es, sin embargo, cuestionado por el Ministerio Fiscal y la AP Palma de Mallorca (1ª) con motivo del *asunto Urdangarín* -Informe de 12 de septiembre de 2019 y Recurso de Apelación en PYQ 488/2018 JVP de Castilla y León nº 1; AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (voto particular discrepante de tal planteamiento) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A)-. En

La labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria con relación al régimen penitenciario es, tal y como señala el Tribunal Constitucional⁴⁷³, la de ejercer funciones de control de la legalidad de los actos de la Administración, potestad derivada del art. 106 CE. Esa tarea se lleva a cabo no solo a instancias del propio interesado, antes bien es la propia ley la que lo establece mediante un régimen de comunicaciones, ante cuya recepción por el órgano jurisdiccional, aquel ha de desplegar una posición activa. La particularidad de este mecanismo operativo está en que el legislador, dentro del ámbito de su libre configuración, no ha confiado la potestad de supervisión ni a órganos administrativos especializados, ni a los tribunales de la Jurisdicción Contencioso-

contra AJVP de Castilla y León nº 1 de 17 de septiembre de 2019 y AAP Ávila 231/2019, de 25 de octubre (ROJ: AAP AV 257/2019 - ECLI:ES:APAV:2019:257A) (*asunto Urdangarín*).

Estos Informes, recursos y resoluciones judiciales, se refieren a un supuesto en el cual el condenado, persona de notoriedad pública, ingresa para cumplir su condena un establecimiento penitenciario de mujeres, sin que se proceda por parte de la Administración en la forma habitual en estos casos, esto es, el traslado a un establecimiento con departamentos de hombres -en el Centro Penitenciario de Ávila el ingreso de hombres es un hecho absolutamente habitual, incluso por orden de la autoridad judicial, procediéndose cuando tal situación acontece, tras las formalidades propias de todo ingreso, al traslado al Centro Penitenciario de Segovia-. Por no haberse verificado tal traslado se deriva una forma de cumplimiento en absoluto aislamiento, pese a que al interno le corresponde el régimen de vida ordinario conforme a su grado de clasificación, segundo. El planteamiento del parecer mayoritario reflejado en la resolución de la AP Palma de Mallorca (1ª) y del Ministerio Fiscal en tal supuesto es que tal condenado habría elegido esa forma de vida, el aislamiento, al margen de los tres regímenes de vida regulados en nuestro ordenamiento; forma de vida, el aislamiento, además, proscrita por la normativa nacional e internacional (*vid.* Comentario a la sanción de aislamiento). Peculiar régimen de vida ordinario en aislamiento por mero deseo del interno, es considerado ajustado a Derecho por estos operadores jurídicos.

Hay que puntualizar que posteriormente el AAP Palma de Mallorca (1ª) 496/2020, de 22 de septiembre (ROJ: AAP IB 239/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:239A), parece asumir que tan *heterodoxo régimen ordinario* no obedece al mero deseo y voluntad del condenado; ello tras haberse hecho constar en AAJVP de Castilla y León nº 1 de 13 de agosto (ROJ: AJVP VA 1/2020 - ECLI:ES:JVPVA:2020:1A) y 3 de septiembre de 2020 el Protocolo de actuación del Centro Penitenciario Ávila (mujeres) referente a ingresos de internos varones y su inmediato traslado al Centro Penitenciario Segovia (hombres) e Informe del Director General de Ejecución Penal y Reinserción Social de Instituciones Penitenciarias que confirman que no es la voluntad del interno sino razones de seguridad las que justifican tal situación.

No obstante, para mayor confusión, en diciembre de 2020, la SGIP no ve problema alguno en destinar al penado a un CIS, lo cual no deja de ser llamativo.

Ni el Ministerio Fiscal, ni el AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A), hacen referencia normativa alguna que justifique la legalidad de esa prerrogativa que se atribuye a un interno concreto, antes bien admiten sin cuestionamiento la regularidad de tal situación fáctica y condicionan el cumplimiento de una ley de contenido imperativo a la eventual formulación de una queja por el interno. No se considera que el proceder de la Administración, por amparar esa situación, pueda incurrir en un ilícito -prevaricación-, aunque aquel conlleve, además, como es obvio, un elevado gasto por el personal que hay que destinar a la custodia individual del penado las 24 horas del día -malversación de caudales públicos-.

Este planteamiento del Ministerio Fiscal y de la Audiencia de Palma es criticado por RODRÍGUEZ YAGÜE, que entiende que tales operadores no entran en cuestiones de corte jurídico, ni práctico, al hacer tales consideraciones que llevan de facto a una situación de aislamiento. Añadiría que la cuestión de la consideración de que la elección de los centros de cumplimiento es una cuestión de la Administración, no de la voluntad de los internos; que es aquella quien ha de velar por la aplicación de las normas de separación, que no dependen de la voluntad de los sujetos a ellas. En RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., pp. 602-604.

⁴⁷³ STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

administrativa, sino a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, integrados en el orden jurisdiccional penal, art. 94.1 LOPJ.

Para MORILLAS CUEVA⁴⁷⁴ del art. 3 LOGP se derivan un doble grupo de derechos: los derechos humanos o básicos de la persona y los derechos propios del interno, incardinándose en este segundo grupo los relativos al tratamiento y al régimen; pero en todo caso, estas proclamas carecen de sentido si no tienen una aplicación real y efectiva y no cuentan con los mecanismos de control adecuados que detecten o sancionen su inaplicabilidad u omisión, correspondiendo al Juez de Vigilancia la más directa actuación de sumisión a la legalidad de la actividad penitenciaria, con una doble misión de encargado de la ejecución de las penas y vigilante del funcionamiento de las instituciones penitenciarias como garantía del respeto de los derechos de los internos, lo cual realza el principio de judicialización en el ámbito penitenciario. No obstante, destaca que, siendo importante esta labor de garante y un verdadero avance para la seguridad jurídico-penitenciaria, el control externo es insuficiente si no se le añaden los mecanismos interiores suficientes para que sea la propia Administración penitenciaria la que propicie actuaciones garantizadoras de los derechos e intereses jurídicos de los reclusos.

PEITEADO MARISCAL⁴⁷⁵ entiende que es erróneo fundamentar la atribución de la ejecución de condenas privativas de libertad a la Administración con base en las actividades regiminales y disciplinarias. Para ello habría que distinguir entre una dimensión cuantitativa y otra cualitativa de la ejecución; la primera, viene determinada por el pronunciamiento jurisdiccional concretado en la sentencia y que se lleva a efecto con el mandamiento de ingreso y extingue con el licenciamiento definitivo; y por otro lado, la dimensión cualitativa de la ejecución, que determina que una condena se ejecute de una forma o de otra, implica tal diferencia en el resultado, que es inasumible que sea una tarea administrativa y no jurisdiccional. Es esta dimensión cualitativa de la ejecución de la pena privativa de libertad la que justifica la creación de un órgano como el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Se rechaza así tanto la atribución a la Administración de tal función, como una eventual naturaleza mixta, administrativa y jurisdiccional, pues si interviene la Administración con la atribución de las funciones regiminales y tratamentales, lo es porque materialmente es imposible que la lleven a cabo los órganos jurisdiccionales, pero esas funciones ni son propiamente ejecución, ni es autónoma en la aplicación de las normas que disciplinan el desarrollo de aquellas, ni le corresponde el control último de su propia actividad.

La conclusión a la que se puede llegar es pues que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no puede ser ajeno al devenir de la vida en prisión, que es consustancial a aquel y causa de su existencia la garantía de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos desde una posición de imparcialidad propia e intrínseca a la naturaleza jurisdiccional de él, siendo significativo que tan elemental función está presente en sus más remotos precedentes, las visitas a la cárceles y, en la actualidad,

⁴⁷⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Algunas precisiones... op. cit., pp. 80-81.

⁴⁷⁵ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 72-74.

en los textos normativos internacionales que postulan la creación de órganos externos de control a la Administración, *Reglas mínimas* del Consejo de Europa⁴⁷⁶.

5. NATURALEZA JURÍDICA

5.1 Planteamiento de la cuestión

Son varios los posibles modelos a considerar a la hora de diseñar el control judicial de la ejecución de la pena: desde aquel que no supone la creación de un órgano específico para desarrollar tal labor, a otros en que, existiendo una figura para tal fin, se le confiera como función exclusiva o bien combinada, con mayor o menor intensidad, las funciones propiamente de vigilancia del cumplimiento de la pena privativa de libertad o las de ejecución de aquella⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Las *Reglas Penitenciarias Europeas* desde su primera versión de 1973, la siguiente de 1987 y la actual de 2006 -y su revisión en 2020-, contienen la necesidad de control por una autoridad independiente, si bien no exigen que sea de naturaleza judicial, por lo que no es sino una opción.

⁴⁷⁷ Para GARCÍA VALDÉS el Legislador español a la hora de configurar la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria podía haber optado entre tres modelos: un primero en el cual el control judicial de la actuación administrativa de ejecución de las penas privativas de libertad es llevado a cabo por los tribunales ordinarios, no entrando a conocer de los asuntos sino solo cuando se plantea un recurso, excluyéndose el planteamiento de oficio, caso de Alemania; el del juez de ejecución, que más que funciones de control de la Administración, se centra en aspectos penológicos como acumulación de condenas, licenciamientos, permisos..., caso éste de Francia o el Tribunal de Vigilancia Penitenciaria Italiano; y, por último, aquel en el cual el control de la Administración penitenciaria lo lleva a cabo un órgano especializado, como auténtico garante de los derechos de los reclusos, tanto en vía de recurso, como con conocimiento directo del medio, pudiendo llegar incluso a hacer sugerencias en cuestiones puramente administrativas, como es el caso del Juez de Vigilancia Penitenciaria en Italia. En GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidades de asumir nuevas competencias". En: *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2003, pp. 82-83.

En parecidos términos se expresan FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, los cuales exponen como modelos de control de la legalidad de la actividad penitenciaria, cuatro antecedentes, los tres expuestos por García Valdés, al que añaden un cuarto. Así se cita un modelo de control externo centroeuropeo o iberoamericano del Procurador de la República, en el cual bien el Ministerio Fiscal (Alemania), bien el Procurador de la República, es la instancia de control externo a las instituciones penitenciarias cuya intervención pueden demandar los reclusos a fin de hacer valer sus derechos, disponiendo de un derecho de visitas a los establecimientos penitenciarios, pudiendo escuchar las quejas de los internos. Un sistema de control externo representado por el Juez de Vigilancia, que tiene origen en los años 30 en Italia, con la figura del *magistrato di sorveglianza*, que va a ejercer fundamentalmente las funciones de tutela de los derechos de los internos; paralelamente en Italia, el tribunal sentenciador despliega un auténtico proceso de ejecución, conforme al principio de impulso procesal a cargo del Ministerio Fiscal y con intervención del letrado del penado. El modelo de ejecución de penas francés, que combina funciones de ejecución y de vigilancia penitenciaria y que se habría extendido a diversos países iberoamericanos (Paraguay, México...). Y se añadiría un cuarto modelo, el sistema brasileño de juez de ejecución y del consejo penitenciario, en el cual la autoridad judicial actúa asesorada por un órgano consultivo a la hora de adoptar las decisiones más relevantes para el interno. En FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2016, pp. 968-970.

Para TÉLLEZ AGUILERA los modelos en Derecho comparado serían dos, a saber, bien crear un Juez con funciones eminentemente penológicas, al estilo del Juez de Ejecución de penas francés, o bien potenciar la función tuitiva, como ofrecía el modelo italiano. Al menos en el texto legal, nuestro legislador

El modelo español de Juez de Vigilancia se asemeja al modelo de juez especializado⁴⁷⁸, el cual presenta una doble vertiente, por un lado, órgano garante de los derechos de los internos, siendo un instrumento de control de la Administración, y, por otro, sin convertirse en juez de ejecución, asume ciertas funciones en ella⁴⁷⁹.

Sería Juez garante, que acentúa su función de vigilancia, en todas aquellas labores de contacto directo con la cárcel, con la Administración y los internos. Por un lado, amparando los derechos de los reclusos y, especialmente, sometándose a su supervisión las decisiones restrictivas de aquellos, unido ello al control de la potestad disciplinaria; por otro, cooperando en momentos esenciales del tratamiento, como son los permisos penitenciarios y figuras asimiladas; y por último, siendo un testigo cualificado de la realidad penitenciaria, que conoce, sin filtros, a través de las visitas, el funcionamiento de los centros, y tienen un contacto directo con el personal que presta servicio en ellos y con los internos, lo cual le permite tener un cabal conocimiento del funcionamiento del sistema penitenciario en su faceta de cumplimiento de la pena.

Pero nuestro Juez de Vigilancia Penitenciaria, el modelo español, va más allá. El ordenamiento dota a este órgano de atribuciones que se enmarcan o afectan al núcleo de la pena privativa de libertad, en ocasiones de forma directa, caso de la aprobación de la libertad condicional o del régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP, otras en vía de control, resolviendo recursos contra la previa decisión administrativa, como ocurre en la materia de clasificación.

Y también, en su faceta de ejecución, se enmarcan las competencias relativa a la suspensión de toda clase de penas, privativas de libertad o no, para el caso de apreciación de la enajenación mental sobrevenida, la supervisión del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o la labor informante en las medidas de seguridad privativas de libertad o libertad vigilada postpenitenciaria.

Este diseño permite afirmar que se ha optado por un modelo mixto, pues, aunque nominalmente se potencia la faceta de supervisión, a ella se añaden algunos elementos propios de órgano de ejecución, si bien de forma limitada. Tan es así, que ello ha dado lugar a que jurisprudencialmente se hable, con relación a la ejecución, de una competencia interna, referente a la forma en que se lleva a cabo la condena, a la finalidad auténtica de reeducación y resocialización, que corresponde al Juez de Vigilancia, y otra competencia externa, la cual se circunscribe a las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad ajenas a la anteriormente propuesta, que corresponden al sentenciador⁴⁸⁰.

Esta pluralidad de funciones ha dado lugar a que surjan dudas en cuanto a su naturaleza, que se producen en tres frentes, a saber: la naturaleza jurisdiccional o

opta por una configuración híbrida, creando un *juez de vigilancia de ejecución de penas*, expresión que se recoge una única vez en la Legislación en la *Exposición de Motivos del Proyecto de Ley*, luego convertido en Ley Orgánica General Penitenciaria. En TÉLLEZ AGUILERA, Abel. "El control jurisdiccional... op. cit., pp. 91-92.

⁴⁷⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Competencias del Juez... op. cit., pp. 82-83.

⁴⁷⁹ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "El Juez de Vigilancia... op. cit., p. 364.

⁴⁸⁰ ATS de 5 de marzo de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A).

híbrida, la integración en el Orden Jurisdiccional penal o contencioso-administrativo y la cuestión de ejercicio de potestad jurisdiccional propia o delegada⁴⁸¹.

5.2 Naturaleza jurisdiccional o híbrida

El término latino *iurisdictio*, etimológicamente, significa la acción de decir el Derecho⁴⁸². Con él se designa el poder del cual está investido el juez en virtud del cual aplica el Derecho, a través del procedimiento establecido, en orden a resolver una controversia.

La consideración en torno a la naturaleza del Juez de Vigilancia, si es jurisdiccional o concurren en él notas de carácter administrativo, no es una cuestión nueva, antes bien conecta con los orígenes de la figura. Así, ya en el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Berlín de 1935 se plantea si la intervención en la ejecución por parte del juez penal es total o parcialmente de naturaleza jurisdiccional o administrativa. Esa noción no vendría determinada solamente por la calidad del sujeto al que se le atribuye la función, sino por la naturaleza propia del acto mismo; por ello el Juez puede tener funciones intrínsecamente de carácter administrativo en los procesos penales y más durante la ejecución, aunque a tales actos, por su importancia, se les dote de garantías jurisdiccionales y por eso sean confiados a órganos de tal naturaleza⁴⁸³.

Un primer posicionamiento, partiendo de un planteamiento fundado en el predominio normativo del principio de estricta legalidad sobre el reeducativo, consideraría que la magistratura de vigilancia no cumpliría una función judicial en su sentido propio sino administrativa, ya que su actividad no tendría como propósito la constatación de un hecho delictivo en la contradicción entre las partes, antes bien, únicamente el dispensar o negar un beneficio penal sobre la base de un juicio que tendría por objeto la verificación de la no peligrosidad o la valoración de la buena conducta mantenida por el condenado durante la privación de libertad, juicio que por su naturaleza sería inverificable e irrefutable⁴⁸⁴.

En esta línea es muy significativa la postura de FERRAJOLI⁴⁸⁵, el cual afirma que “por más dotados de humanidad y sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autoridad que dispensa o niega

⁴⁸¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., pp. 973-974.

⁴⁸² La *iurisdictio* estaría ligada en la Roma antigua a la figura del Pretor, siendo ésta su más alta actividad, que consistiría en la facultad de dirigir las contiendas judiciales. Su función se concretaría en el *ius dicere*, lo cual lo convertiría en un órgano realizador del Derecho. En FUENTESECA, Pablo. *Lecciones de Historia del Derecho Romano*. Madrid: Ed. el autor, 1978, p. 89.

⁴⁸³ *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*, Août 1935, Rapport présenté par M. le Comte Ugo Conti, p. 5.

⁴⁸⁴ MACRILLÒ, Armando. “La giurisdizione di sorveglianza...” op. cit., pp. 409-410.

⁴⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 10ª ed. 3ª reimp. Madrid: Editorial Trotta, 2018, pp. 408-409.

un beneficio penal, de cualquier modo que se llame, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas; no decide sobre la comisión de un delito, es decir, sobre una hipótesis empírica verificable y refutable, como exige el carácter cognoscitivo propio de la jurisdicción, sino inmediatamente sobre la ausencia de peligrosidad de un hombre, su buena conducta, su arrepentimiento sobrevenido o sobre otras valoraciones análogas inverificables e irrefutables por su naturaleza”.

Sin embargo, frente a tal postura cabe sostener una nueva visión de la fase ejecución de la pena y, en paralelo, del tratamiento dentro y fuera de la cárcel, en la medida que se defienda una plena caracterización jurisdiccional de aquella, la cual integraría un auténtico *ius dicere* en sentido propio, frente a la función tradicional asignada a la ejecución, que se definiría como un *facere*; posicionamiento que se proyectaría sobre la labor de la magistratura encargada de la ejecución y de la labor de vigilancia penitenciaria⁴⁸⁶.

En nuestro país, la consideración de la naturaleza híbrida de este órgano es sostenida por MANZANARES SAMANIEGO⁴⁸⁷ cuando afirma que la figura española del Juez de Vigilancia ofrece dos vertientes, una que enlaza con el propósito de judicializar la ejecución, que pasaría de administrativa a judicial, mientras que la otra conecta con un papel de garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, especialmente en aquellos casos que afectan más directa y particularmente a los derechos de los internos. Se enmarcarían en la primera las cuestiones referentes a libertad condicional, clasificación y aspectos relativos a ejecución; mientras que en la segunda encontrarían acomodo cuestiones tales como la garantía de los derechos de los reclusos, control de la potestad disciplinaria y aprobación de sanciones de aislamiento, quejas y visitas a establecimientos penitenciarios, materias que exceden el ámbito de la mera ejecución, proyectándose tanto sobre los internos penados, como los preventivos. Se añadiría además una función consultiva, de formulación de propuestas, excluyéndose potestad alguna de carácter reglamentario.

Por su parte, MONTES REYES⁴⁸⁸ considera que, aunque desde el punto de vista orgánico, el Juez de Vigilancia se incardina en la organización judicial, ello no puede llevar a engaño, a la vista del examen de sus competencias, pues por un lado tendría el carácter jurisdiccional propio de la ejecución, más por otro realizaría funciones que escapan de esa calificación, como serían las visitas a los establecimientos, las propuestas, etc.

En esa línea, de forma parcial, podría incardinarse la afirmación de GARCÍA VALDES⁴⁸⁹ cuando señala que respecto de determinadas materias no especificadas entre sus competencias tendría naturaleza de órgano consultivo de la Administración

⁴⁸⁶ MACRILLÒ, Armando. “La giurisdizione di sorveglianza... op. cit., pp. 409-410.

⁴⁸⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “El Juez de Vigilancia”. En: *Lecciones de Derecho...* op. cit. 1989, pp. 182-187; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “Naturaleza de la ... op. cit., pp. 123-124.

⁴⁸⁸ MONTES REYES, Amalia. “Administración y Jurisdicción en la ejecución de penas”. En: *Revista de Derecho procesal Iberoamericano*. núm. 1, 1982, pp. 90-91.

⁴⁸⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. “Comentarios... op. cit., pp. 243-244.

penitenciaria, al amparo del art. 77 LOGP, y ello porque las funciones de dirección, organización e inspección de los centros penitenciarios corresponde a la Administración, sin que pueda producirse una invasión de estas competencias por el órgano judicial. En definitiva, no hay tanto un planteamiento en cuanto a que pueda concluirse que comparte una eventual naturaleza híbrida, antes bien se reconoce el carácter jurisdiccional, si bien con una particular función informadora.

Tras estas formulaciones parece subyacer la tesis de Manzini⁴⁹⁰ relativa a la naturaleza de la ejecución penal, a la cual hace referencia GONZÁLEZ CANO⁴⁹¹, y que supone su adscripción tanto al Derecho Procesal Penal, como al Derecho Penal y Administrativo. Así, habría que hablar en primer lugar del conjunto de normas que determinan las condiciones y presupuestos de ejecutabilidad de la resolución judicial, que designan al órgano al que se encarga promoverla y que disciplinan los incidentes de ejecución, aspectos estos propios del Derecho Procesal Penal, vertiente que no comprenden la aplicación material de la pena. Junto a ello, en segundo lugar, la ejecución en cuanto realización, modificación, extinción o desconocimiento de la pretensión punitiva del Estado, que sería la ejecución material y estaría adscrita el Derecho Penal o Administrativo: los aspectos relativos a la ejecución material de la condena, aspectos referentes al régimen penitenciario y ordenación del establecimiento se enmarcarían en el Derechos Administrativo, mientras que las normas referentes a la ejecución penal en su esencia, las condiciones, modificaciones y límites de la pena se encuadrarían en el Derecho Penal.

Desde el punto de vista normativo, si bien cabría apuntar como argumentos en favor del planteamiento expuesto tres facetas de la función del Juez de Vigilancia Penitenciaria, a saber, la facultad de elevar propuestas a la Administración -art. 77 LOGP-, función inédita en otros órganos jurisdiccionales, las propuestas al juez o tribunal sentenciador en las medidas de seguridad -art. 97 CP- y la función receptora de daciones de cuenta de actos administrativos recogidas en la normativa penitenciaria, sin embargo, su carácter jurisdiccional resulta, tanto por su incardinación en el orden jurisdiccional penal en el art. 94 LOPJ⁴⁹², como por no ser las objeciones expuestas sino exteriorización de la función judicial de tutela de los derechos fundamentales⁴⁹³. Sería el órgano jurisdiccional al cual se ha encomendado el control judicial de la ejecución de la pena y la vigilancia del respeto de los derechos individuales de los internos, cuyas

⁴⁹⁰ Para MANZINI, el Derecho Procesal Penal tendría relación con otros ordenamientos jurídicos, a saber: el Derecho Penal sustantivo o material, el Derecho Procesal Civil, el Derecho Privado, el Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. En este esquema, el primer aspecto relevante sería el atiente al Derecho Penal sustantivo, para el que el Derecho Procesal Penal sería el medio por el cual su energía potencial se llevaría a la práctica, de forma que ninguna norma de Derecho Penal puede ser aplicada sin los medios y las garantías del proceso penal. Y, en segundo lugar, con referencia a la vinculación con el Derecho Administrativo, por lo que aquí interesa, el Derecho por el cual se aplica la pena, sería esencialmente administrativo. En MANZINI, Vincenzo. *Diritto Processuale Penale Italiano secondo il nuovo codice*. vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, pp. 80-82.

⁴⁹¹ GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *La Ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, pp. 84-85.

⁴⁹² En este mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho...* op. cit., p. 309.

⁴⁹³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., pp. 973-974.

resoluciones únicamente pueden ser dejadas sin efecto por medio de los recursos legalmente establecidos ante los órganos jurisdiccionales⁴⁹⁴.

La defensa del cariz jurisdiccional de la ejecución penal no implica negar la intervención en la misma de órganos de otra naturaleza, pero siempre bajo la configuración originaria de la actividad de ejecución de sentencias penales condenatorias a penas privativas de libertad como destacadamente judicial, por lo que así debe ser paralelamente la índole del órgano encargado de la misma, el Juez de Vigilancia Penitenciaria⁴⁹⁵.

Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en su VI Reunión⁴⁹⁶, se decantan claramente el carácter jurisdiccional de su función de control, que incardinan en la fase de ejecución penal.

La creación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria y su carácter jurisdiccional encontraría su razón de ser, pone de manifiesto PEITEADO MARISCAL⁴⁹⁷, en la necesidad de atender a la dimensión cualitativa de las penas de privación de libertad, pues la individualización de la pena no se realiza solo y por entero en la fase del juicio, antes bien continua durante la ejecución, no siendo la función de retención y custodia que realiza la Administración penitenciaria el elemento esencial de aquellas. La dimensión cualitativa, así como el ingreso y la excarcelación vendrían determinados por el pronunciamiento jurisdiccional. La condena privativa de libertad excede de la mera retención y custodia que corresponde a la Administración, va más allá y no puede estar al margen de los tribunales. Tal naturaleza resultaría de la propia ley penitenciaria, pues si bien el art. 1 LOGP proclama el fin de la Institución Penitenciaria ligado a la finalidad reeducadora y reinsertadora recogida en el art. 25 CE, además de la función de retención y custodia, junto con una labor asistencial y de ayuda a los internos y liberados, se trataría ésta de una misión de carácter instrumental respecto a la ejecución de penas y medidas privativas de libertad, no atribuyéndose a la Administración, antes bien claramente al Juez de Vigilancia en el art. 76 LOGP. Habría, eso sí, un cierto reparo en el legislador a la hora de redactar el precepto, que elude los términos ejecución o ejecutar, pero que no puede ser otro el sentido de atribuir a esta nueva figura judicial la competencia en cuanto a hacer cumplir la pena impuesta o adoptar todas las decisiones necesarias para tal fin.

BUENO ARÚS⁴⁹⁸ señala que es de todos sabido que la doctrina, a la vista de las funciones que al Juez de Vigilancia atribuye el artículo 76 LOGP, configura este

⁴⁹⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Práctica Forense...* op. cit., p. 23.

⁴⁹⁵ MARTÍN DIZ, Fernando. *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Granada: Comares, 2002, pp. 68-69.

⁴⁹⁶ Criterios de Actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VI Reunión (mayo, 1992). En *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*. Madrid: CGPJ, 1993, p. 269.

⁴⁹⁷ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 66-67 y 72-74.

⁴⁹⁸ BUENO ARÚS, Francisco. "Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia". En *Revista del Poder Judicial*. nº 2, 1986; BUENO ARÚS, Francisco. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria". En: *Revista del Poder Judicial. Número especial III: Vigilancia penitenciaria*. Madrid: CGPJ, 1988, p. 167.

órgano jurisdiccional con un doble carácter, a saber, ejecutor de las penas y garante de los derechos fundamentales de los internos; el hecho de compartir con la Administración algunas competencias (aprobación de sanciones, autorización de permisos) ha llevado a algunos autores a apuntar la doble naturaleza, jurisdiccional y administrativa, de este órgano, pero el criterio que ha terminado por imponerse es el que considera a tales jueces como una rama especializada de la jurisdicción ordinaria, asumiendo el principio de que el propósito del legislador fue judicializar, en armonía con el artículo 117.3 CE.

Como afirma ALONSO DE ESCAMILLA ⁴⁹⁹, siendo el Juez de Vigilancia penitenciaria un órgano judicial, unipersonal, especializado e independiente, su naturaleza jurídica vendrá definida por esas mismas notas de judicialidad, especialidad e independencia.

Cabe pues afirmar el carácter jurisdiccional del Juez de Vigilancia en la medida en que tal órgano es 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 CE, siendo un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, tal y como recoge la STC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73)⁵⁰⁰, llegando a ser incluso calificado de pieza básica del sistema por alguna resolución judicial⁵⁰¹.

El Juez de Vigilancia tendría competencias, en sentido estricto, propiamente de ejecución de la pena -la materia de clasificación en sus diversas facetas, el abono de la prisión preventiva, etc.-, por ello plenamente jurisdiccionales pues afectan a la esencia de aquella, a su aspecto cualitativo. El grado aflictivo de la sanción penal y la consecución de sus fines no se constriñe al mero aspecto cuántico, antes bien, se embebe en la forma en que aquella se lleva a efecto, de ahí que no quepa calificar de administrativa la función. Incluso tomándose como referencia el punto de vista procesal, tal faceta se remarca en la medida en que el cuestionamiento de la decisión por él tomada, el eventual recurso frente a ella, su conocimiento, se atribuye al órgano sentenciador en tanto en cuanto que encargado último del control de la pena por él impuesta⁵⁰².

Junto a estas atribuciones, tendría otras que se enmarcarían en el control en sede judicial de la actividad de la Administración, tanto en su actuación regimental, como tratamental. No sería una labor de proyección indiscriminada, sino que tomaría como referencia los derechos fundamentales o derechos penitenciarios de los internos, siendo el Juez de Vigilancia con referencia a tal objeto el juez natural llamado a ser su garante.

⁴⁹⁹ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. *El Juez de Vigilancia...* op. cit., p. 34.

⁵⁰⁰ La STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129) -FJ. 3º-, incide en esta misma línea, recordando que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de la actuación de la Administración penitenciaria, como órganos judiciales especializado y que constituyen una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos de los interno -STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), FJ 5º-.

⁵⁰¹ STCJ de 8 de julio de 1991.

⁵⁰² El ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*) atribuye al sentenciador el papel de defensa de la condena frente a los otros operadores penitenciarios, judiciales y administrativos.

Si bien esta misión puede dar lugar a un nuevo debate sobre la adscripción a un orden u otro jurisdiccional, no por ello aquel le priva de esta última cualidad.

En cuanto a la función de realizar visitas a los establecimientos penitenciarios, estas son un mero instrumento en orden a posibilitar el desarrollo de su función, en un doble sentido. Por un lado, las entrevistas con los internos son un mecanismo efectivo de control de la Administración frente a eventuales abusos en garantía de los derechos de los internos y su efectividad, más allá de un mero reconocimiento retórico, con relación a unos sujetos que están en una situación de especial desprotección; y, por otro, sirven de instrumento de toma de conocimiento de la realidad prisional, obteniéndose información de primera mano sobre el marco físico en el cual se lleva a cabo materialmente la sanción, lo cual favorece la toma de decisiones en las materias que legalmente vienen atribuidas al Juez de Vigilancia.

Por lo que se refiere a la potestad de elevar propuestas, las referentes a las que se hacen en las medidas de seguridad al sentenciador, forman parte de la labor de la concreción de aquellas en la fase ejecutiva, por ello plenamente jurisdiccionales. En cuanto a aquellas otras que se hacen a la Administración Penitenciaria vía art. 77 LOGP, llama la atención que se invoque como argumento en orden a cuestionar la naturaleza de este órgano, pero que paralelamente no se emplee frente a otros operadores judiciales que también hacen propuestas, si bien con otro destinatario, en el caso del art. 4 CP, el legislador. Esta función se enmarcaría en una visión colaborativa del principio de separación de poderes.

No obstante, existe algún pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo que cuestiona esta conclusión en torno al Juez de Vigilancia⁵⁰³, cuya función se llega a calificar de administrativa. Tras esta postura subyace una cierta confusión con relación a una de las facetas de la labor de este órgano, el control de la actividad administrativa, pero se olvida que ello se enmarca en uno de los aspectos básicos de la función jurisdiccional, la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, en este caso de las personas que están privadas de libertad, a lo cual se une el control de la legalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad.

En definitiva, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no es sino la máxima expresión en nuestro ordenamiento de la judicialización de la pena de mayor entidad del Código Penal, la pena privativa de libertad, tanto por el derecho que se ve cercenado con su imposición, la libertad, como por la profusión de su uso que se hace en el texto punitivo⁵⁰⁴.

⁵⁰³ ATS 1608/1990, de 7 de mayo (ROJ: ROJ: ATS 1551/1990 - ECLI:ES:TS:1990:1551A) "...Y es que, en definitiva, los Jueces de Vigilancia carecen verdaderamente de una auténtica función jurisdiccional, siendo su misión más bien de carácter administrativo, como especie de puente entre los Tribunales sentenciadores y las autoridades penitenciarias, misión esta de gran relevancia en cuanto ha evitado la antigua usanza en que esos Tribunales, una vez dictada la sentencia, se tenían que olvidar (o se olvidaban) del subsiguiente historial del condenado y su forma de cumplir la condena y de cómo se la hacían cumplir."

⁵⁰⁴ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "El Juez de Vigilancia..." op. cit., pp. 363-364.

Se podría concluir, parafraseando al Tribunal Constitucional⁵⁰⁵, que la ejecución de las penas privativas de libertad supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas, que en nuestro ordenamiento se realiza confiando a un juez, esto es, a un órgano independiente del poder administrativo, el control sobre las diversas fases de la ejecución y en particular sobre la protección de los derechos de los detenidos.

5.3 Integración en el orden jurisdiccional penal o contencioso-administrativo

Como señalan FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁵⁰⁶, que el cumplimiento material de la pena se lleva a cabo por órganos administrativos no excluye la naturaleza penal de la medida en cumplimiento, de ahí que el art. 94 LOPJ se decante por la integración del Juez de Vigilancia en el orden penal, lo que además se justifica por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en dicho ámbito.

Sin embargo, si se va más allá del tenor del art. 94 LOPJ, señala MARTÍN DIZ⁵⁰⁷, caben otras consideraciones desde una visión general de la ejecución de las penas privativas de libertad, que comporta la intervención de órganos administrativos, subordinados al poder judicial. De este modo, habría competencias de dudoso carácter penal, como lo es el control de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias. Recuerda este autor, que conforme al art. 9 LOPJ, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocen de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administraciones Públicas sujetas de Derecho Administrativo y, en principio, no cabe duda de que la Administración penitenciaria forma parte de ella. Pero puntualiza esta primera conclusión en el sentido de que no siempre la Administración Pública actúa sujeta a Derecho Administrativo; en el caso de la Administración penitenciaria, en muchas de sus actuaciones con relación a los reclusos, actúa en cumplimiento de preceptos de la legislación penitenciaria, cuando no al Derecho Penal, cuyo control correspondería al orden jurisdiccional penal, dentro del cual, se encuadra el Juez de Vigilancia Penitenciaria. E incluso en la medida en que el régimen disciplinario sobre los reclusos está contenido en la normativa penitenciaria, su control queda ubicado en un órgano del orden penal.

PÉREZ CEPEDA⁵⁰⁸, no obstante, se inclina por la naturaleza híbrida dentro del ámbito jurisdiccional, pues, aunque el Juez de Vigilancia Penitenciaria se encuadre en el orden penal, tendría dos clases de jurisdicción: penal y contencioso-administrativa. Postura a la que llega tras rechazar una naturaleza mixta, jurisdiccional-administrativa, al entender que su actuación en lo disciplinario es una actividad de control de la Administración, una labor de garantía de la legalidad.

⁵⁰⁵ SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), y 43/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 43/2008 - ECLI:ES:TC:2008:43).

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 974.

⁵⁰⁷ MARTÍN DIZ, Fernando. *El Juez de Vigilancia...* op. cit., pp. 71-72.

⁵⁰⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. "El control de la actividad..." op. cit., p. 416.

Este último planteamiento subyace tras el planteamiento de MIR PUIG (Carlos)⁵⁰⁹ en la medida en que afirma que, aunque la actividad administrativa de la Administración penitenciaria sigue sujeta al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en algunas materias, la disciplinaria, está sujeta al control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que actuaría como un juez de aquella otra jurisdicción.

Frente a estas posturas, PEITEADO MARISCAL⁵¹⁰ sostiene que si afirmamos la naturaleza jurídica jurisdiccional de la ejecución de condenas privativas de libertad, los órganos jurisdiccionales encargados de dicha ejecución deben desarrollar efectivamente funciones jurisdiccionales y, orgánicamente, deben formar parte del orden jurisdiccional penal; pero si se atribuye una naturaleza administrativa a la ejecución o, al menos, un componente muy fuerte de ella, el carácter de las funciones que desarrolla el órgano jurisdiccional tendría solo éste último carácter en lo referido al control de los actos de la Administración y su incardinación adecuada sería en el orden contencioso y no el penal. Este último postulado sería rechazable porque controlar a la Administración penitenciaria no es la labor única, ni fundamental del Juez de Vigilancia Penitenciaria, amén que los actos de aquella sometidos a su consideración no versan sobre una actividad de ejecución propia de la Administración penitenciaria, sino sobre actuaciones que inevitablemente se le tienen que encomendar a una instancia distinta de la jurisdicción, en cuanto soporte físico que permita la ejecución de unas penas que se dilatan en el tiempo, de forma que ni la actividad del órgano administrativo, ni del judicial se enmarcan en el ámbito de la jurisdicción contenciosa. Por otro lado, la actuación de la Administración cuyo control corresponde al Juez de Vigilancia no se somete al Derecho Administrativo, que sería materia propia del orden contencioso, art. 9.4 LOPJ, antes bien a la Ley Orgánica General Penitenciaria. La naturaleza jurídica de la ejecución de condenas privativas de libertad no puede ser administrativa, ni siquiera mixta, por lo cual las funciones que se encomiendan al Juez de Vigilancia no se limitan al control de actos de la Administración, ni estos están sometidos al Derecho Administrativo. Aunque el art. 9.3 LOPJ atribuye al orden penal el conocimiento de causas y juicios criminales, no haciendo referencia alguna a la ejecución, ello no sería sino una imprecisión de la norma, no una exteriorización de una voluntad de legislador de excluir la competencia sobre tal materia; y ello por el propio tenor del art. 117 CE, amén que en las referencias de LOPJ a los distintos órdenes tampoco se hace mención a la ejecución, antes bien hay una cláusula general en el art. 2.1 LOPJ. En conclusión, dado que no es posible incardinar la función del Juez de Vigilancia en el ámbito contencioso-administrativo y sí, sin embargo, en el orden penal, ello no responde sino a que en la ejecución de las penas privativas de libertad no subyace una actividad propiamente administrativa sobre la cual la función judicial sea su control a través de los recursos.

Junto a estos argumentos que niegan la naturaleza contencioso-administrativa de la función del Juez de Vigilancia cabría añadir otro más, que se suscita respecto de una cuestión de índole estrictamente procesal, la legitimación para actuar ante él. Y es que la DA 5ª LOPJ única y exclusivamente reconoce la condición de parte al

⁵⁰⁹ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 244.

⁵¹⁰ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 76-79.

interno/liberado y al Ministerio Fiscal⁵¹¹. La razón de ello no es sino que en el Juez de Vigilancia confluyen dos ámbitos competenciales, reflejo de la propia dualidad de relaciones jurídicas que se producen en relación con los internos, por un lado las derivadas del título por el cual se ingresa, que se vinculan a las funciones del Juez de Vigilancia en relación a la ejecución y cumplimiento de la pena, respecto de las cuales la Administración es colaboradora, y otras, las que se derivan del régimen disciplinario del Centro, que pertenecen a la propia Administración, y que no guardan relación directa ni con el cumplimiento ni con la ejecución de la pena. Mientras las primeras son de naturaleza penal, estas últimas serían administrativas, si bien en ellas el control de su legalidad desde una perspectiva objetiva y ajena, al margen de la confrontación de intereses particular/Administración, con carácter declarativo, se habría diferido por el legislador a un órgano ajeno a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, perteneciente al orden penal. Es pues una opción puramente legal el atribuir a un juez penal, muy particular, a aquel que nace precisamente con vocación y primera función la de ser garante de los derechos de los internos, la supervisión de tales medidas administrativas⁵¹².

El Tribunal Supremo, por su parte, tras reconocer que el Juez de Vigilancia juzga sobre la regularidad formal del acto administrativo, sin embargo, al mismo tiempo, con su actuación, están incidiendo en la ejecución de una sentencia condenatoria, esto es *haciendo ejecutar lo juzgado*, art. 117.3 CE, con lo cual se decanta por la naturaleza penal, pues es en ese orden donde se enmarca tal ejecución⁵¹³.

Así, el Tribunal Constitucional⁵¹⁴ ha señalado que “si bien es cierto que la relación entre la Administración penitenciaria y los internos es una relación administrativa, no lo es menos... que en dicha relación existe un ámbito que está directamente judicializado (art. 117.3 CE) y es el relativo a la ejecución de las penas... cuya competencia se reserva por la Ley Orgánica general penitenciaria y la Ley Orgánica del Poder Judicial al Juez de Vigilancia Penitenciaria”.

Por otro lado, el Juez de Vigilancia Penitenciaria opera con relación al Derecho Penitenciario, el cual regula no solo los aspectos propios de la ejecución de la sanción, los referentes a los aspectos cualitativos de ella, antes bien también lo que podemos denominar el cumplimiento, esto es las facetas que, aunque imprescindibles desde la realidad material para llevar a efecto la sanción penal, no son sino accesorios. Baste citar cuestiones tales como el control de la aplicación de los medios coercitivos, el control de la potestad disciplinaria o las quejas del art. 76.2 g) -que pueden versar sobre materias de lo más diverso: comunicaciones, asunción de por la Administración de los costes del transporte de las pertenencias del interno en los traslados, cuestiones

⁵¹¹ Hoy en día habría que matizar esta afirmación, dada la condición de parte a la víctima en determinados supuestos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*.

⁵¹² STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

⁵¹³ Así las SSTS 308/2012, de 27 de abril (ROJ: STS 3449/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3449) y 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

Las SSTS 965/2022 y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621 y ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660), por su parte rechazan como necesaria la integración de aspectos de la ejecución con la normativa administrativa.

⁵¹⁴ STC 43/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 43/2008 - ECLI:ES:TC:2008:43).

sanitarias, etc.-. Es cuando menos forzado afirmar que en estos temas se esté *ejecutando lo juzgado*, pues, de hecho, según afecte o no a derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios, su control corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria o a la Jurisdicción Contencioso-administrativa; es ese matiz, la incidencia en un determinado ámbito, el que decanta la atribución competencial, no la naturaleza del objeto a considerar. En realidad, si en estos asuntos que no afectan directamente a la esencia de la pena en ejecución se da intervención a un órgano de naturaleza penal, lo es por un motivo eminentemente práctico, la inmediatez y celeridad que supone esta figura con referencia a un sector de la población en clara posición de riesgo. Baste recordar aquí, como ya se expuso en el análisis histórico del órgano que nos ocupa, la situación anterior a la Ley de 1979 en la cual se remitía a un ineficaz control de la Administración penitenciaria por parte del orden contencioso-administrativo.

Pero tampoco cabe ocultar una realidad, las zonas de conflicto que surgen entre ambas jurisdicciones y que ha dado lugar a enfrentamientos entre los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y la Administración penitenciaria, que han tenido que ser dirimidas por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Citar brevemente como ejemplo ahora, el problemático tema de los traslados de los internos, el control de tales decisiones, que más adelante se analizará con mayor profundidad. Decisiones de naturaleza aparentemente administrativa pueden incidir en lo penitenciario, si afecta a los derechos fundamentales o penitenciarios o incluso en los aspectos intrínsecos de la ejecución (sirva de ejemplo la trascendencia del régimen disciplinario en la clasificación), lo cual puede conllevar una transferencia del control jurisdiccional desde lo contencioso-administrativo al orden penal, centrado así en la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La conclusión pues a la que puede llegarse no es sino que, proclamando la plena jurisdiccionalidad de la labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria, ésta ofrece una naturaleza susceptible de ser calificada como mixta, penal cuando se refiere a aspectos propios definitorios de la pena, su individualización penitenciaria; contencioso-administrativa cuando se centra en el control de los actos de la Administración atinentes a su cumplimiento material o práctico en tanto que afecten a derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios.

5.4 Potestad jurisdiccional propia o delegada

La consideración del carácter de jurisdicción delegada del Juez de Vigilancia Penitenciaria se suscitaría con relación a las funciones de ejecución a que se refiere el art.76.2 a) LOPJ, además de las cuestiones clasificatorias, todo ello con relación al sistema de recursos articulado en la DA 5ª LOPJ. Ésta última disposición, residencia el conocimiento de los recursos de apelación frente a las decisiones del Juez de Vigilancia que versen sobre materias de ejecución en el sentenciador y no en la Audiencia del lugar del establecimiento respecto del cual aquel ejerce sus funciones, lo que parece reforzar ese pretendido carácter delegado.

En esa línea, la Memoria del Fiscal General del Estado de 1982, distinguiría entre funciones jurisdiccionales prorrogadas o delegadas, que por naturaleza corresponden al tribunal sentenciador; y funciones de jurisdicción propia, en lo concerniente al control de las resoluciones de la Administración penitenciaria⁵¹⁵.

Para DOÑATE MARTÍN⁵¹⁶, no cabe hablar de delegación de funciones en el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino de transvase de competencias, de forma que parte de la potestad jurisdiccional que venía atribuida a los sentenciadores, ahora ha pasado a un nuevo órgano penal, de forma que aquellos no pueden reclamar la atribución, sino tan solo conocer de la cuestión en vía del eventual recurso.

FERNÁNDEZ ARÉVALO y MAPELLI CAFFARENA⁵¹⁷ rechazan la distinción, que no sería adecuada puesto que, en lo referente a la ejecución de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria no es un delegado del tribunal sentenciador, sino que le sucede, una vez adquiere firmeza la sentencia, extremo que ha venido a ser corroborado por el art. 94 LOPJ. Incluso cabría hablar, según segundo citado⁵¹⁸, de una relación horizontal de asunción de competencias propias y no delegadas entre sentenciador y Juez de Vigilancia.

Las potestades jurisdiccionales del Juez de Vigilancia Penitenciaria derivan directamente de la ley, por lo que FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁵¹⁹ entienden que le son propias, por ministerio de aquella.

NISTAL BURÓN⁵²⁰, entiende que el Juez de Vigilancia es competente en todo aquello que afecta al fallo condenatorio o a los derechos fundamentales de los internos, sustituyendo al sentenciador, asumiendo todas las competencias que le hubieran correspondido; al tiempo, sus valoraciones en la toma de decisiones, no debe coincidir con las de aquel que hubo de valorar exclusivamente la responsabilidad por el delito cometido, realizando ahora el Juez de Vigilancia consideraciones de futuro dentro del marco infranqueable fijado por la sentencia, por todo lo cual concluye que hay una asunción de competencias propias y no delegadas.

Para PÉREZ CEPEDA⁵²¹ el Juez de Vigilancia Penitenciaria actúa por sí y no por delegación de los órganos sentenciadores, al entender que lo que el legislador ha hecho es un trasvase de competencias, parte de la función jurisdiccional, lo relativo a ejecutar lo juzgado, que hasta entonces correspondía a los sentenciadores.

En esa misma línea argumental, ANDRÉS LASO⁵²² afirma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria actúa por sí y no por delegación de los órganos sentenciadores, ya que en ningún precepto legal se dispone que esta figura legal ostente una

⁵¹⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Práctica Forense...* op. cit., p. 23.

⁵¹⁶ DOÑATE MARTIN, Antonio. "Jurisdicción de Vigilancia..." op. cit., p. 23.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁵¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja. "La judicialización Penitenciaria..." op. cit., p. 296.

⁵¹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 974.

⁵²⁰ MAPELLI CAFFARENA, Borja. "La judicialización Penitenciaria..." op. cit., pp. 293-303.

⁵²¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. "El control de la actividad..." op. cit., p. 415.

⁵²² ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., p. 258.

competencia de tal calificación; es el legislador el que ha decidido que la función que hasta entonces venía atribuida a los sentenciadores pase a este nuevo órgano jurisdiccional. Así, desde la firmeza de la sentencia, todo lo relativo a la ejecución de la sentencia se atribuye con carácter exclusivo y excluyente al Juez de Vigilancia, una vez ingresa el penado en el establecimiento penitenciario, si bien el sentenciador puede intervenir en vía de recurso en ciertos casos.

En esa línea cabe entender la afirmación contenida en las SSTS 965/2022 y 966/2022, ambas de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621 y ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660), que sostienen, al referirse al Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, aunque con jurisdicción propia, actúa en lugar del tribunal sentenciador.

GONZÁLEZ CANO⁵²³, recuerda que el malogrado *Proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria de 1997* era clarificador del significado jurídico de la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en orden a la ejecución de las penas privativas de libertad, al afirmar que a este órgano le corresponde la ejecución en cuanto manifestación de la potestad jurisdiccional, haciendo ejecutar lo juzgado.

RUIZ VADILLO⁵²⁴, sin embargo, afirma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene una posición prevalente en cuanto ordenador de la ejecución penal, a veces con funciones propias y a veces delegadas del tribunal sentenciador.

Es significativo, en esa línea de pensamiento, el Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal de 28 de junio de 2002, que declaraba que “las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 3, 1 y 2 CP) son competencia del tribunal sentenciador. Y si esto ha de ser así con carácter general, más cuando la resolución de que se trate pueda llevar consigo la libertad condicional y, por consiguiente, la eventual aplicación de medidas previstas en el art. 105 C Penal”.

Acuerdo que no es sino un evidente y claro precedente de la reforma de la LOPJ operado por la LO 5/2003⁵²⁵, cuya exposición de motivos, a la hora de justificar la creación del Juzgado Central de Vigilancia, incide en esta misma línea.

⁵²³ GONZALEZ CANO, María Isabel. “Perspectiva de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad. Aproximación al proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria”. En: *Revista del Poder Judicial*. nº 49, 1998, p. 459.

⁵²⁴ RUIZ VADILLO, Enrique. “Algunas consideraciones sobre la figura del Juez... op. cit., p. 105.

⁵²⁵ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

“La Ley Orgánica 1/1979, de 16 de septiembre, General Penitenciaria, configura los jueces de vigilancia penitenciaria como los órganos jurisdiccionales a los que corresponde asegurar el cumplimiento de las penas y controlar las diversas situaciones que se pueden producir en el cumplimiento de aquellas, así como de las decisiones que sobre dicha ejecución puede adoptar la Administración penitenciaria. Esta atribución competencial supuso el sometimiento pleno a la revisión y al control jurisdiccional del conjunto de las actuaciones que pueden darse en el cumplimiento de las penas, con lo que se completa, en términos jurídicos, la totalidad de las facetas que componen modernamente la política criminal, que quedan así bajo

La interpretación dada por el Tribunal Supremo a la DA 5ª LOPJ en lo relativo a la competencia para conocer del recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materias de ejecución está claramente imbuida por el planteamiento de jurisdicción delegada. Es llamativo que en un primer pronunciamiento⁵²⁶, en coherencia con el sistema general de recursos devolutivos, entendió que el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución correspondía a un órgano colegiado, por interpretación sistemática de la norma 2 de la DA 5ª LOPJ en relación a los numerales 3, 5 y 6 de aquella; argumento que se ve reforzado por el hecho que el art. 82.1.3º LOPJ establece, entre las atribuciones de las Audiencias Provinciales, conocer de los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y que el art. 89 bis carece, sin embargo, de tal previsión competencial al contemplar los Juzgados de lo Penal. Posteriormente⁵²⁷, el Tribunal Supremo se aparta de esa línea e incide en la literalidad del Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal de 28 de junio de 2002 y de la DA 5ª LOPJ, norma 2, concluyendo que el conocimiento del recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria lo es del sentenciador, ya sea órgano unipersonal o colegiado.

En el ámbito de las medidas de seguridad, la labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como Juez informador, conforme al art. 97 CP, hace afirmar a BENÍTEZ YEBENES⁵²⁸ que tiene poco de jurisdiccional, pues lo propio de aquella es resolver, no proponer, lo cual parece que transmuta la naturaleza de este Juez en una especie de adjunto o, ni siquiera eso, algo así como un perito o asesor cualificado del sentenciador. Para salvar la contradicción resultante, propone entender que estas funciones de propuesta se enmarquen no en la labor jurisdiccional específica, antes bien se corresponden con aquellas otras funciones que puede atribuir la ley a los Jueces en garantía de cualquier derecho, a que se refiere el art. 117.4 CE.

Esta caracterización de la función del Juez de Vigilancia Penitenciaria pergeñada por la Legislación, que desdibuja la individualización y especialización que sería exigible

el control jurisdiccional. Por su parte, la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial, configura la Audiencia Nacional como un órgano con competencias específicas y cuya esencia es el establecimiento de un órgano que pueda instruir y enjuiciar determinados asuntos que, por sus especiales características de proyección territorial, complejidad en su realización, organización concertada para aquella o por su repercusión social, así lo justifiquen. Con la creación de este tribunal y el funcionamiento de los distintos órganos judiciales que lo integran se ha conseguido una situación de mayor eficacia y operatividad en la represión de los delitos cuya competencia les ha sido atribuida. No obstante, la limitación de las competencias del citado órgano jurisdiccional a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos y, en especial, la desconexión entre aquellas funciones judiciales y las de ejecución de las penas impuestas puede estar produciendo en la actualidad una disociación no deseada que menoscaba la eficacia general de la política criminal. Para abordar la situación descrita se hace preciso crear los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria con el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional. Con esta medida se pretende evitar 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”.

⁵²⁶ ATS de 14 de junio de 2005 (ROJ: ATS 18768/2005 - ECLI:ES:TS:2005:18768A).

⁵²⁷ ATS de 2 de febrero de 2011 (ROJ: ATS 932/2011 - ECLI:ES:TS:2011:932A).

⁵²⁸ BENÍTEZ YEBENES, Rafael. *El procedimiento...* op. cit., pp. 262-263.

de la ejecución de la pena privativa de libertad, poco tiene que ver con el diseño expuesto de labor de los órganos jurisdiccionales encargados de ella en otros países. Como tampoco parece que vaya a abandonarse en el futuro, antes bien, al contrario, basta ver el Libro IX del *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020, texto que priva a la jurisdicción de vigilancia incluso de una competencia tan intrínseca a ella como lo es la concesión de la libertad condicional.

Cabe concluir que, aunque primeramente podría afirmarse que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene una jurisdicción propia a tenor del art 94 LOPJ, sin embargo, en cuanto a sus competencias en materia de ejecución, es difícil sostener esa autonomía plena, al menos desde la reforma de la DA 5ª de la LOPJ operada en el año 2003, tanto por la interpretación última del Tribunal Supremo⁵²⁹, como por la propia literalidad del precepto, que hace referencia expresa al juzgado o tribunal sentenciador como revisor de las decisiones que se adopten en tal materia, confiriéndole a él, en definitiva, la decisión última.

⁵²⁹ En ella incide de nuevo el ya citado ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*) en el cual se reconoce abiertamente el papel de defensa de la condena por parte del sentenciador. O los AATS de 25 de mayo (ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A) y 8 de septiembre 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A), siendo especialmente significativo este último cuando invoca el art. 117.3 CE, la competencia de ejecutar lo juzgado de los tribunales, en orden a evitar que se sustraiga del conocimiento del órgano que ha dictado una sentencia la materia relativa a la clasificación o decisiones que en ella inciden.

CAPÍTULO V. MARCO COMPETENCIAL ESPECÍFICO

1. ENCUADRE NORMATIVO
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL
3. CONFLICTOS CON LA ADMINISTRACIÓN
 - 3.1 La revisión de oficio de la clasificación
 - 3.2 El cuestionamiento del centro de destino de los internos
 - 3.3 El control apriorístico de las restricciones de derechos
 - 3.4 El control de la inclusión en los ficheros FIES
 - 3.5 La relación laboral especial penitenciaria
4. CONFLICTOS CON LOS ÓRGANOS SENTENCIADORES
 - 4.1 La fijación del límite máximo de cumplimiento
 - 4.2 Órdenes de reingreso
 - 4.3 Pena de trabajos en beneficio de la comunidad
 - 4.4 Medidas de seguridad
 - 4.5 El conocimiento de los recursos en materia de clasificación
5. EL JUEZ DE VIGILANCIA Y LA JUSTICIA JUVENIL
 - 5.1 Delimitación de competencias entre el Juez de Vigilancia y el Juez de Menores
 - 5.2 La problemática de la refundición de la medida de internamiento en régimen cerrado y la pena de prisión
6. CUESTIONES DE COMPETENCIA TERRITORIAL
7. LA COMPETENCIA PARA FORMULAR PROPUESTAS A LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA DEL ART. 77 LOGP

1. ENCUADRE NORMATIVO

La regulación sustantiva del Juez de Vigilancia, su ámbito competencial objetivo, está desarrollado en los dos textos básicos penitenciarios, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*, sus arts. 76 y 77, y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*, normativa que se completa en lo orgánico con los arts. 82.1.3, 94 y 95 LOPJ. Por otra parte, en lo rituario, ha de destacarse la falta de una auténtica regulación procesal, más allá de la confusa

DA 5ª LOPJ, pues los intentos al efecto no han pasado del malogrado *Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*⁵³⁰.

En líneas generales, podría decirse que hay cuatro grupos de materias fundamentales en las cuales se desarrolla la actividad del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: 1º) las funciones jurisdiccionales en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad; 2º) el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias; 3ª) el amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley; y 4ª) la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Junto a esas atribuciones propias revestidas de *imperium*, ha de añadirse la recogida en el poco usual enunciado del art. 77 LOGP, el cual confiere al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para formular propuestas, desprovistas por ello del carácter compulsivo propio de la labor jurisdiccional, a la Administración relativas 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.

Pero estos preceptos no agotan, ni son suficientes, a la hora de fijar las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes bien han de completarse con otros del Código Penal, en el cual se regula la libertad condicional en sus diversas variedades, las potestades con relación a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la facultad de suspender toda clase de penas en el caso de la apreciación de la enajenación mental sobrevenida, así como, por último, el abono de la prisión preventiva en causa distinta a la cual se generó, aspectos todos que se encuadran en el ámbito de la ejecución de las penas en general, no necesariamente privativas de libertad. A lo cual se añade ciertas funciones en el seguimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad, custodia familiar y libertad vigilada postpenitenciaria.

Además, el Reglamento Penitenciario contiene numerosas referencias al Juez de Vigilancia Penitenciaria, no solo en lo que es el desarrollo preciso de las atribuciones de aquel, recogidas en la ley penitenciaria, sino a través de la puesta en conocimiento de actuaciones de la Administración que, de una u otra forma, bien implican restricciones de derechos fundamentales de los internos, cuando no situaciones que se apartan de la regla general de la vida en prisión.

A todo ello hay que añadir la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de *reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, la cual va a constituir al Juez de Vigilancia como Autoridad judicial nacional de emisión de instrumentos de reconocimiento mutuo, tanto en lo referente a la transmisión de resoluciones por las cuales se impone una pena o medida privativa de libertad, esto es el traslado de personas condenadas, como de ciertas resoluciones de libertad vigilada.

⁵³⁰ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de abril de 1997.

No sería competencia del Juez de Vigilancia cuestiones tales como acordar el ingreso del condenado en el establecimiento penitenciario para dar cumplimiento de la condena, ni declarar su fin mediante el dictado del licenciamiento definitivo, como tampoco fijar el límite máximo de cumplimiento en aplicación del art. 76 CP. Como tampoco las materias de estricta competencia de la Administración, como son la clasificación, los traslados o declaraciones de responsabilidad patrimonial. Al margen también queda de las incidencias laborales al amparo de la relación laboral especial penitenciaria.

En esta progresión competencial primeramente expuesta, es difícil sacar un criterio en la *mens legislatoris* a la hora de diseñar la figura del Juez de Vigilancia, pues junto a una serie de funciones que se encuadran claramente en el perfil penitenciario de aquel, otras lo apartan de él y lo conducen al ámbito del juez de ejecución penal. Al primero responde todas las nuevas funciones en cuanto a penas y medidas privativas de libertad; al segundo aquellas otras competencias relativas a toda clase de penas. Esta falta de un perfil claro, puesta en relación con la ausencia de una normativa procedimental, da lugar a no pocos problemas competenciales, tanto con relación a la Administración, como con otros jueces del orden penal encargados de la ejecución, además de, en el propio ámbito interno, con los Jueces de Vigilancia entre sí a la hora de fijar el territorialmente cuál es el llamado a actuar en ciertos casos.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

En esta visión general de las funciones del Juez de Vigilancia se apunta, en apariencia, una cierta *vis expansiva*, pues el inicial campo de actuación establecido en la Ley Orgánica General Penitenciaria como garante de los derechos de los penados y de ejecución de la pena de prisión, se amplía en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción original de 1985, a las medidas de seguridad. Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se confiere al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el art. 37 el control de la pena de arresto de fin de semana, pena luego suprimida por la LO 15/2003. Esta última norma, además, va a modificar, entre otros, los arts. 36.2, 49, 58.2, 60 y 78 CP, de modo que junto a atribuciones que son propias del Juez de Vigilancia vinculadas con la pena privativa de libertad -exoneración de los periodos de seguridad, abono de prisión preventiva en causa distinta y suspensión de la condena por apreciación sobrevenida de la enajenación mental en la pena de prisión-, se adicionan otras competencias de dudosa justificación, como lo es la suspensión del art. 60 CP con relación a las penas no privativas de libertad y el seguimiento del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en la cual el único punto de conexión que cabe intuir es la atribución a la Administración penitenciaria de su gestión.

Sin embargo, a pesar de esta ampliación de competencias, tanto en el legislador, como en la propia jurisprudencia, con posterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se percibe un claro recelo hacia este órgano jurisdiccional. En este sentido, un primer cambio de orientación con relación a la línea legislativa iniciada en 1979 viene dado por dos leyes muy significativas, la LO 5/2003, de 27 de mayo, *por*

la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, y la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, las cuales operan, la primera de forma sutil, en el ámbito procesal, y la segunda en ese mismo campo, pero más a las claras, modificando el régimen de los recursos y, además, entrando, con mayor profundidad, en la regulación material de las cuestiones clasificatorias en sentido amplio.

Comenzando por la primera de ellas, la LO 5/2003, por un lado, modifica la redacción de la DA 5ª LOPJ y, por otro, crea un nuevo órgano judicial, el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

Como justificación de la nueva norma, en la *Exposición de Motivos*, se invoca la necesidad de dotar de mayor eficacia a la política criminal ante la disociación no deseada que se producía por la limitación de las competencias de la Audiencia Nacional, que se centraba en la instrucción y enjuiciamiento de los delitos y, en especial, la desconexión entre aquellas funciones judiciales y las de ejecución de las penas impuestas. Al configurar los Jueces de Vigilancia Penitenciaria como los órganos jurisdiccionales a los que corresponde asegurar el cumplimiento de las penas y controlar las diversas situaciones que se pueden producir en el cumplimiento de aquellas, así como de las decisiones que sobre dicha ejecución puede adoptar la Administración penitenciaria, tal atribución competencial supone el sometimiento pleno a la revisión y al control jurisdiccional del conjunto de las actuaciones que pueden darse en el cumplimiento de las penas, con lo que se completa, en términos jurídicos, la totalidad de las facetas que componen modernamente la política criminal, que quedan así bajo el control jurisdiccional.

Si la creación de la Audiencia Nacional por la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵³¹ la configura como un órgano con competencias específicas y cuya esencia es el establecimiento de un órgano que pueda instruir y enjuiciar determinados asuntos que, por sus especiales características de proyección territorial, complejidad en su realización, organización concertada para aquella o por su repercusión social, así lo justifiquen, lo cual supuso una situación de mayor eficacia y operatividad en la represión de los delitos cuya competencia le ha sido atribuida, los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria servirían al fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos instruidos y enjuiciados por la Audiencia Nacional. Con esta medida, se afirmaría, se pretende evitar 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.

Aunque no se dice por el legislador, hay que citar como precedente de la nueva regulación el Acuerdo del Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio

⁵³¹ La Audiencia Nacional fue creada por Real Decreto-ley 1/1077, de 4 de enero.

de 2002⁵³² en el que se declara que "las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de lo juzgado (Art. 117.3 CE) y Art. 3, 1 y 2 C Penal) son competencia del tribunal sentenciador. Y si esto ha de ser así con carácter general, más cuando la resolución de que se trate pueda llevar consigo la libertad condicional y, por consiguiente, la eventual aplicación de medidas previstas en el Art. 105 C Penal"⁵³³.

Ello lleva a analizar la redacción original de la DA 5ª LOPJ. Esta norma distinguía entre las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas y las resoluciones del Juez de Vigilancia en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en la ejecución. Delimitar cuáles son unas u otras materias, si son ejecución o no, no es tan sencillo como parecería al tenor de la norma. Los aspectos de clasificación y libertad condicional, habitualmente, con mejor o peor criterio, no se habían venido considerando dentro de ella y los recursos de apelación en estas cuestiones venían siendo resueltos, en la práctica, por las Audiencias del lugar del establecimiento penitenciario y no por los sentenciadores⁵³⁴.

En ese contexto, llega al Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal antes citado y, a partir de entonces⁵³⁵, de los recursos en materia de clasificación y libertad condicional van a conocer los sentenciadores, por considerarse esta materia propia de la ejecución de penas, ejecución de lo juzgado.

Tal criterio se encuadra en una época en la cual se ha producido, desde el punto de vista político, una clara inflexión en la lucha antiterrorista, adoptándose medidas y dictándose resoluciones de gran calado jurídico que inciden en el desmantelamiento del entramado político del entorno de la banda terrorista ETA⁵³⁶.

⁵³² El *Proyecto de Ley* del cual trae causa la LO 5/2003 fue presentado por el Gobierno a Las Cortes el 25 de noviembre de 2003.

⁵³³ Tras este Acuerdo está la polémica surgida en torno a una serie de resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria Único del País Vasco (Bilbao) relativas progresiones al tercer grado con relación a internos de la banda terrorista ETA y su eventual revisión en apelación por la Audiencia del lugar y no por el sentenciador, en aquellos casos, la Audiencia Nacional.

⁵³⁴ El ATS de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A) recoge con relación a esa práctica hasta entonces de los Juzgados de Vigilancia los criterios 84 y 85 adoptados en la VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria (Madrid, 1992).

Criterio 84

Ante las contradicciones existentes entre la Disposición Adicional 5ª y el artículo 82.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en orden al órgano competente para conocer de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas, procede estimar competente la Audiencia Provincial del lugar donde se encuentre ubicado el establecimiento penitenciario.

Criterio 85

Se estima necesaria la creación de Secciones de Vigilancia, quienes, con ámbito provincial o autonómico, conocerían de todos los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia.

⁵³⁵ La STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111), recoge ya este criterio al afirmar que "los recursos contra las decisiones del Juez de vigilancia penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de la pena, es decir, a la ejecución de lo juzgado (art. 117,3 CE y art. 3, 1 y 2 CP) son competencia del tribunal sentenciador".

⁵³⁶ Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos; STS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, de 27 de marzo de 2003 (ROJ: STS 2133/2003 - ECLI:ES:TS:2003:2133).

El Acuerdo de la Sala de lo Penal causó una gran inquietud entre los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del momento, produciéndose en la XII Reunión⁵³⁷ un hecho un tanto inusual, un integrante del órgano que lo había adoptado⁵³⁸ se prestó a explicarlo; en el curso de su disertación llegó a calificar a la Jurisdicción de Vigilancia, ante el ambiente reinante⁵³⁹, como *Jurisdicción autista*.

Con la puntualización del Tribunal Supremo y la creación del Juzgado Central de Vigilancia realmente lo que se pretende y subyace es una idea de la necesidad de un mayor control de la condena por parte de quien ha dictado la sentencia, órgano al cual cabe suponer más riguroso que ese otro que no ha conocido del asunto sino solo en el cumplimiento de la pena, consideración ésta que se agudiza en las materias especialmente sensibles, como los son las propias del conocimiento de la Audiencia Nacional.

Buena prueba de la vigencia de esta línea de pensamiento expuesta es el ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*), en el cual se reconoce abiertamente este papel de defensa de la condena por parte del sentenciador frente a los otros operadores penitenciarios, judiciales y administrativos. Así se afirma con motivo del análisis del régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP, precepto enmarcado en la materia de clasificación, que el “examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustada a derechos que pretenden eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena”.

En la búsqueda de las intenciones que subyacen tras las reformas, algún autor va más allá y, no sin razón, entiende que en realidad lo que se pretendía por parte del Gobierno era quitarse de en medio a ciertos Jueces de Vigilancia incómodos para los designios del Ejecutivo, asignando a uno una materia muy concreta, la terrorista: para el poder político es mucho mejor tener un único juez para evitar problemas de unidad de actuación. Habrá quien considere que con ello se está dando una grave intromisión de criterios políticos en la actividad jurídica⁵⁴⁰.

Y es que fueron resoluciones judiciales controvertidas sobre acceso a tercer grado y libertad condicional de internos terroristas encarcelados en centros

⁵³⁷ Enero 2003, Consejo General del Poder Judicial, sede de la calle Trafalgar, Madrid.

⁵³⁸ Exmo. Sr. D. Claudio Conde-Pumpido Tourón.

⁵³⁹ El ATS de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A) recoge expresamente que la entonces nueva doctrina del Tribunal Supremo que estamos analizando fue asumida, no sin crítica, en la XII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria (Madrid, 2003), en cuyo criterio 95 se concluiría que serían recurribles ante el Tribunal sentenciador las resoluciones judiciales relativas a grados de clasificación y libertades condicionales.

⁵⁴⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. “El presente de la ejecución penitenciaria. XXV aniversario de la LOGP”. En: *La Reforma Penal a debate*. coords. DIEGO DÍAZ SANTOS, María del Rosario/Fabián Caparrós, Eduardo A./Rodríguez Gómez, Carmen. Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 181.

penitenciarios del País Vasco las que propiciaron la creación de este nuevo órgano judicial⁵⁴¹.

También se ha dicho que esta modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial podría interpretarse como una forma de sustraer la competencia a los Jueces de Vigilancia individuales a cada establecimiento penitenciario, pudiendo tal medida encontrar fundamento tanto en la desconfianza de la labor que hasta entonces se había desarrollado, como en la búsqueda del mantenimiento de una determinada política penitenciaria de ejecución unitaria con ciertos colectivos⁵⁴².

No obstante, ha de señalarse que la creación de un órgano específico en la Audiencia Nacional no era una idea nueva, pues desde varios años antes se había planteado, sin mucho éxito, la creación de aquel, siendo un hecho puntual y concreto el que da lugar a la reforma. MARTÍN DIZ⁵⁴³ considera que la singularidad legalmente reconocida de las acciones delictivas de las cuales conoce la Audiencia Nacional son las que propiciarían que toda la actividad procesal, desde la instrucción del asunto hasta el total cumplimiento de la pena privativa de libertad, se lleve a cabo ante un órgano especializado, porque no se justifica que instrucción y enjuiciamiento tengan lugar en esa clase de órganos y, en cambio, la ejecución quede al margen.

Pero es que la nueva redacción de la DA 5ª conforme a la LO 5/2003, que adapta y puntualiza ésta en cuanto a los nuevos órganos creados y preexistentes, tiene escasa vigencia, a penas mes y medio, entre el 29 de mayo y el 2 de julio de 2003, fecha ésta en la cual, de nuevo, ahora en la LO 7/2003, se da una nueva vuelta de tuerca y se añade un nuevo párrafo, el quinto, abierta muestra de la desconfianza en la labor del Juez de Vigilancia, pues se dispone que 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”. Se trata, como expresamente se anuncia en el numeral VII de la *Exposición de Motivos* de “evitar que una excarcelación inmediata por una decisión de libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse”.

No se deja nada claro, sin embargo, el eventual efecto suspensivo con ocasión del cuestionamiento de las decisiones de la Administración que producen tal efecto libertador, esto es, cuando se recurre por el Ministerio Fiscal el tercer grado concedido por aquella.

La interpretación mayoritaria en los juzgados vino a entender, desde la literalidad de la norma, que dado que la decisión administrativa clasificatoria es ejecutiva desde que se dicta, sea cual sea la entidad de la condena, ello supone que cuando el Ministerio

⁵⁴¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “El control jurisdiccional... op. cit., p. 107.

⁵⁴² RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 212.

⁵⁴³ MARTÍN DIZ, Fernando. “Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria: ¿Urgencia, necesidad o idoneidad?”. En: *Diario La Ley*. nº 5668, 2002.

Fiscal interpone el recurso que cuestiona la concesión del tercer grado, el penado está ya efectivamente disfrutando de él desde hace tiempo; esto es, el efecto excarcelatorio ha acontecido ya cuando se impugna, luego ese efecto suspensivo no se proyectaba sobre la actuación de la Administración.

En esta conformación de los instrumentos impugnatorios hay un claro posicionamiento de alcance político: la defensa a ultranza de la potestad de la Administración y, en definitiva, el eventual control por el Poder Ejecutivo de la esencia de la pena, el modo en que se lleva a efecto y sus modulaciones.

En definitiva, desde el punto de vista procesal, se pretendía con estas reformas simplemente, aunque, de nuevo, no se diga, un endurecimiento del sistema, en clara línea con los postulados de la *política criminal* que arranca en aquellos años, lo que se ha dado en llamar el Populismo punitivo⁵⁴⁴. Y nunca mejor dicho *política*, con minúsculas, pues son las resoluciones judiciales las que se pretenden paralizar, pues sorprendentemente es sabido que las decisiones de la Administración penitenciaria que suponen excarcelación, clasificación en tercer grado, no se ven paralizadas por la interposición de cualquier recurso. Dicho de otra forma, el poder político controla, de esta forma, una materia de naturaleza propiamente judicial como es la ejecución de las penas privativas de libertad.

Sin embargo, ha de decirse que esta interpretación judicial que se ha expuesto quizás no fue sino el resultado del ambiente de aquel tiempo, pues hoy en día ha resultado deslegitimada por las recientes SSTS 965/2022 y 966/2022, ambas de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621 y ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660). En ellas se fija, en unificación de doctrina, un criterio extensivo del efecto suspensivo, que alcanza a las decisiones administrativas que producen efectos excarcelatorios, en el entendimiento que, al ser materia de ejecución de penas, no se complementa con normativa de Derecho Administrativo de la que eventualmente resulte la ejecutividad de acto del cual se predica tal consecuencia. Prueba de que estamos ante un tema controvertido es la existencia en tales resoluciones de los votos particulares discrepantes que recuerdan el ambiente que motivó el dictado de la norma y al cual se ha hecho referencia anteriormente⁵⁴⁵.

En cierta forma podemos ahora decir que, si la intencionalidad intuida en la mente del Legislador fue una, diecinueve años después fue depurada, cuando no anulada y sanada.

El recelo expuesto no ha cesado, basta ver la LO 1/2015, la cual, a la hora de considerar la clasificación en tercer grado y la libertad condicional de los condenados a

⁵⁴⁴ ANTÓN-MELLÓN, Juan, ÁLVAREZ, Gema, y ROTHSTEIN, Pedro. "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas". En: *Revista Española de Ciencia Política*. nº 43, 2017, pp. 13-36.

⁵⁴⁵ Curiosamente, en otro asunto polémico, las progresiones al tercer grado por la Administración penitenciaria catalana de los condenados del *Procés*, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Cataluña interpreta la DA 5ª.5 LOPJ, ese efecto suspensivo se interpreta de forma extensiva, en consonancia con la doctrina que ulteriormente fijará en Tribunal Supremo, en una Providencia de 28 de julio de 2020.

la pena de prisión permanente revisable (art. 36.1 y 92 CP), opta por residenciar las facultades decisorias en el sentenciador, dejando al margen al Juez de Vigilancia⁵⁴⁶.

Desde lo estrictamente judicial, la inicial línea jurisprudencial restrictiva en cuanto a la interpretación de las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria⁵⁴⁷, se ha mantenido en el tiempo, siendo buena prueba de ello el pronunciamiento del Tribunal Supremo que declara competentes a los órganos sentenciadores a la hora de acordar la orden de busca y captura en los casos de quebrantamiento de condena como consecuencia del no reingreso de un penado tras el disfrute de un permiso penitenciario⁵⁴⁸.

Incluso, si bien de forma minoritaria, en un nivel inferior de la jerarquía judicial, se pueden encontrar resoluciones judiciales que amparan, directa o indirectamente, espacios de impunidad que quedan al margen de todo eventual control judicial, obviando la proclama del art. 109 CE relativa al control por los tribunales de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican⁵⁴⁹.

Las críticas a la figura del Juez de Vigilancia habrían llegado, en definitiva, tanto desde posturas garantistas, como desde posturas defensivas/retribucionistas. DOÑATE

⁵⁴⁶ JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de...* op. cit., p. 242.

⁵⁴⁷ AATS 1082/1989, de 7 de abril (ROJ: ATS 1159/1989 - ECLI:ES:TS:1989:1159A); 2553/1989, de 14 de octubre (ROJ: ATS 756/1989 - ECLI:ES:TS:1989:756A); y 1581/1990, 4 de mayo (ROJ: ATS 1607/1990 - ECLI:ES:TS:1990:1607A), relativos a la atribución al sentenciador de la fijación del límite máximo de cumplimiento al amparo del entonces art. 70 CP1973.

⁵⁴⁸ El ATS de 5 de Marzo de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A) entiende que dado que el art. 4 LOGP establece que “los internos deberán permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación”, en aquellos supuestos en que se hubiese producido la evasión, fuga o quebrantamiento de condena, corresponde al tribunal sentenciador a cuya disposición se encuentran los internos cursar las órdenes necesarias para su reingreso en la cárcel, momento éste en el cual, de producirse, el Juez de Vigilancia recuperará su competencia especializada. Se diría además que el penado lo es por resolución del tribunal sentenciador, que es el que aprueba la liquidación de condena, el inicio del cumplimiento, el que ordena el ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena -art. 15 LOGP - el que declara el licenciamiento definitivo, el que ordena la excarcelación por cumplimiento -art. 17.3 LOGP - el que acuerda la extinción por muerte, indulto, cumplimiento de la pena, o prescripción de la misma, y por ello sería coherente sostener que ante un quebrantamiento de la pena sea el que ordene y acuerde la vuelta a la prisión cursando las órdenes de busca y captura, porque a su disposición se encuentra el penado hasta el momento de su liberación. -art. 4 LOGP -.

⁵⁴⁹ Los AAP Palma de Mallorca (1ª) 1098/2018, de 14 de diciembre (ROJ: AAP IB 357/2018), y 182/2020, de 1 de abril (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A) (*asunto Urdangarín*), con referencia al régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP, vetan la posibilidad de considerar su aplicación por el Juez de Vigilancia cuando la Administración no verifica una propuesta al efecto. Es llamativa la segunda resolución, pues es un supuesto en el cual el interno expresamente había solicitado aquella modalidad, de forma que dicho Auto excluye la eventual posibilidad de revisión judicial de la negativa. Sin embargo, esta misma Audiencia, en materia de permisos, cuando éstos son denegados y, por consiguiente, falta también la propuesta, sigue criterio diverso al expuesto y, a pesar de esa ausencia, concede o los deniega, sin dar razón del porqué de la distinta solución -sirva de ejemplo los AA Palma de Mallorca 927/2019, 919/2019, 903/2019, 897/2019 y 838/2019-.

Por su parte los AAP Almería (1ª) de 5 de julio de 1997 y AAP Almería (1ª) de 21 de diciembre de 1998 rechazan la posibilidad de estimar en vía de recurso y conceder en sede judicial un permiso denegado por la Junta de Tratamiento, limitando la función jurisdiccional a la devolución del asunto al órgano administrativo a los efectos de nuevo pronunciamiento, lo cual, de facto convierte en ilusorias las expectativas del interno recurrente.

MARTÍN⁵⁵⁰ señala que los primeros cuestionan el amplio arbitrio judicial que queda en manos de este órgano, potestades incompatibles con un Estado de Derecho garantista, pues no están claramente fijados los límites de su actuación, empleándose conceptos claramente indeterminados como la personalidad y prognosis de comportamiento. Para los segundos, sin embargo, se aboga por el cumplimiento liso y llano, sin caer en veleidades humanitaristas. Esta última concepción subyace, está presente, en los jueces y tribunales sentenciadores cuando consideran que sus sentencias no se cumplen, lo cual resultaría paradójico, pues tal interés surge a partir de 1979; hasta entonces no parecía preocuparles en exceso la situación, cuando no intervenía ninguna autoridad judicial.

Pero también la percepción social del Juez de Vigilancia Penitenciaria no deja de ser una cuestión, cuando menos, controvertida. A este respecto destaca CORONA TORRES⁵⁵¹ que la crisis de credibilidad de la eficacia del Derecho Penal y Penitenciario se proyecta también a la hora de materializar el encarcelamiento punitivo de los delincuentes y, por ello, sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Esta situación es atribuible a la política de *ley y orden*, auspiciada por los medios de comunicación social, que implica una política penitenciaria de inocuización del delincuente, con lo cual no es para la sociedad fácilmente comprensible que exista una figura que tenga encomendadas entre sus funciones la defensa de los derechos de aquellos y el desarrollo de un esfuerzo rehabilitador. Éste es un tema, considera, pendiente definitivamente de la política criminal que debe empezar a revertirse, o quizás ya esté siendo revertido a través de la entrada en vigor de ciertas penas que neutralizan la posibilidad de seguir manteniendo el sistema progresivo, ya que precisamente, el éxito de éste depende en gran medida de los incentivos que se puedan ofrecer como alternativas para que los reclusos puedan ir mejorando en su comportamiento al interior de las prisiones, coadyuvando con esto a la seguridad interior de los establecimientos penitenciarios, y sentando, a su vez, las bases de una cultura de solidaridad con la sociedad que le vaya permitiendo a la población penitenciaria, internalizar modelos de conducta similares, que le hagan más fácil su reincorporación efectiva a la vida social en libertad.

MARTÍN DIZ⁵⁵² considera que, a su juicio, este órgano jurisdiccional se ha visto seriamente perjudicado por el exceso de medios de comunicación de tendencia amarillista, de considerable audiencia, los cuales lo convierten en uno de sus elementos tremendistas y escabrosos favoritos cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por algún interno que no reingresa o simplemente alarma social, aunque se haya actuado en el estricto cumplimiento de la legalidad.

BERGALLI⁵⁵³ enmarca esta desconfianza en la función del Juez de Vigilancia en un marco más amplio, la situación en la que se encuentran las sociedades

⁵⁵⁰ DOÑATE MARTÍN, Antonio. "Jurisdicción de Vigilancia... op. cit., pp.18-19.

⁵⁵¹ CORONA TORRES, Rubén Darío. "La garantía de ejecución penal a cargo del Juez de Vigilancia Penitenciaria 36 años de su existencia en la legislación penal española". En: *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. vol. 11, diciembre 2015.

⁵⁵² MARTÍN DIZ, Fernando. *El Juez de Vigilancia... op. cit., p. 54.*

⁵⁵³ BERGALLI, Roberto. "Pánico social... op. cit., pp. 108 y 109.

postindustriales, la quiebra del *welfare*, que conduce a una restricción de las libertades y aumento de la discrecionalidad administrativa.

A todo ello se une que el legislador tiene poco claro *qué y para qué* está el Juez de Vigilancia Penitenciaria, siendo buena muestra de ello la evolución legislativa en cuanto a la atribución de funciones; así, como hay materias en las cuales tiene claro sentido dar un nuevo papel a esta figura, caso de la suspensión de la condena por apreciación sobrevenida de la enajenación del penado ex art. 60 CP -aunque debería haberse circunscrito a la pena privativa de libertad y no a todas- o el abono de la prisión preventiva en causa distinta a la cual se generó del art. 58.2 CP, sin embargo ya desde la promulgación del Código Penal de 1995, hay cuestiones de difícil encaje, caso de su actuación en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. En esta línea, NAVARRO VILLANUEVA⁵⁵⁴ pone de relieve la desacertada atribución competencial al Juez de Vigilancia Penitenciaria de materias tan alejadas de la privación de libertad como es la custodia familiar, a que se hace referencia en el art. 105 CP.

De futuro, tampoco parece que la desconfianza en la figura vaya a decaer, siendo buena prueba de ello el Libro IX del *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020, relativo a la ejecución penal, el cual trastoca profundamente las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, devolviendo al sentenciador, constituido como Tribunal de Ejecución, algunas funciones que antaño ya estuvieron bajo su potestad -trabajos en beneficio de la comunidad, abono de prisión preventiva en causa distinta a la cual se generó, pronunciamiento sobre la enajenación mental de apreciación sobrevenida-, y confiriéndole alguna que nunca radicaron en él y que enlazan con lo más propio del ámbito penitenciario -la libertad condicional-.

3. CONFLICTOS CON LA ADMINISTRACIÓN

3.1 La revisión de oficio de la clasificación

Son varios los pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que delimitan las competencias entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Administración.

Una de estas materias de fricción es la clasificatoria, la posibilidad de revisión de oficio de la decisión administrativa al margen de los recursos. La competencia para acordar la clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado, corresponde a la Administración, conforme al art. 31.1 RP, no pudiendo el Juzgado de Vigilancia conocer de tales materias sino en virtud del correspondiente recurso frente a la resolución administrativa, art. 76 f) LOGP⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. "El papel del juez de vigilancia penitenciaria en materia disciplinaria. Necesidad de reformar el régimen de recursos contra acuerdos disciplinarios sancionadores". En: *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*. coord. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, y SANDE MAYO, María Jesús. Madrid: La Ley, 2012, p. 168.

⁵⁵⁵ STCJ de 25 de junio de 1998.

3.2 El cuestionamiento del centro de destino de los internos

La ubicación territorial de los internos, el eventual cuestionamiento ante el Juez de Vigilancia del centro de destino para el cumplimiento, es una constante fuente de conflictos, que toma como referencia el apartado primero del art. 12 LOGP, en la medida en que dispone que la ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen y que, en todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquellos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados. Hay quien ha querido ver en esta norma algo más que una mera orientación de la política penitenciaria en cuanto a la creación de infraestructuras y considerar la existencia de un derecho a cumplir cerca del lugar de residencia, lo cual no pasa de ser un mero espejismo. El Tribunal Constitucional⁵⁵⁶ niega la existencia de un derecho a cumplir la pena en un lugar determinado, afirmando que los constreñimientos personales que impone el ingreso y permanencia en un centro penitenciario, entre otros, el alejamiento de familiares, amigos y allegados, son consecuencia y no causa de la pena, por lo que no constituyen un acto autónomo de injerencia del poder público discernible del contenido de la relación de sujeción especial a la que se ve ordinariamente sujeto el ciudadano que ingresa en prisión. Recuerda además que desde la perspectiva extensa del derecho a mantener los lazos familiares el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha marcado límites precisos al establecer que el art. 8.1 CEDH no reconoce el derecho del preso a elegir su lugar de detención, que la separación familiar es una consecuencia inevitable de su prisión, y que las autoridades gubernativas tienen un amplio margen de discrecionalidad en la asignación de destino con arreglo a la legislación interna, constituyendo fines legítimos en una sociedad democrática para limitar los contactos familiares, evitar la superpoblación de los centros, mantener la disciplina en ellos o prevenir el crimen, desarrollar un programa individualizado de rehabilitación o proteger los derechos y libertades de terceros⁵⁵⁷. Como señala MESTRE DELGADO⁵⁵⁸, el Tribunal ratifica habitualmente la adecuación al Convenio Europeo de las decisiones de traslado de internos cuando ejecutan una prevención *prevista por la ley*, persigue un *objetivo legítimo* y la injerencia es proporcional a tales objetivos legítimos.

Por lo que se refiere al marco internacional, tanto *Reglas Mandela*, en la sección relativa a los contactos con el mundo exterior, como las Reglas Penitenciarias Europeas, en el art. 17, recogerían, no tanto un derecho, antes bien un principio programático dirigido a las administraciones penitenciarias para que, siempre que sea posible, deba ubicarse a los internos en las prisiones que estén situadas cerca de su domicilio o de su lugar de reinserción social⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ ATC 40/2017, de 28 de febrero (ROJ: ATC 40/2017 - ECLI:ES:TC:2017:40A).

⁵⁵⁷ SSTEDH de 23 de octubre de 2014, *asunto Vintman c. Ucrania*, §§ 77-78 y de 14 de febrero de 2016, *asunto Rodzevillo c. Ucrania*, § 84; Decisión de 7 de mayo de 2019, *asunto Fraile Iturralde c. España*.

⁵⁵⁸ MESTRE DELGADO, Esteban. "Traslados, desplazamientos y conducciones de presos". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, p. 117.

⁵⁵⁹ ROGRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "El derecho al cumplimiento de la pena en un lugar estable próximo al domicilio". En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 37, 2022, pp. 3-4.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁵⁶⁰ se decantó desde antiguo claramente en contra de un eventual cuestionamiento ante el Juez de Vigilancia del ejercicio de esta competencia de la Administración, por entender que la decisión sobre el centro de destino de los internos corresponde exclusivamente a ella, tal y como señalan los art. 79 LOGP y 31 RP⁵⁶¹. Este planteamiento es reconocido como válido en la STC 138/1986, de 7 de noviembre (ROJ: STC 138/1986 - ECLI:ES:TC:1986:138)⁵⁶², la cual se encuadra en la tesis de la STC 74/1985, de 18 de junio, pronunciamiento éste que entiende que el control judicial de los actos administrativos ex art. 106.1 CE a través de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, art.1.1 LJCA, excepto cuando el legislador lo haya atribuido expresamente al juez de Vigilancia conforme al art. 76.2 LOGP⁵⁶³.

Posteriormente, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en dos sentencias de 13 de octubre de 2004 y de 7 de noviembre de 2007⁵⁶⁴, rechaza la posibilidad de un

⁵⁶⁰ SSTCJ de 5 de diciembre de 1986, 14 de diciembre de 1990 y 8 de julio de 1991.

⁵⁶¹ Art. 31 RP

Conforme a lo establecido en el art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.

⁵⁶² STC 138/1986, de 7 de noviembre (ROJ: STC 138/1986 - ECLI:ES:TC:1986:138), FJ. 3º [“Delimitado de esta forma en su objeto y finalidad el presente recurso es evidente que no cumple los presupuestos de su admisión (arts. 43 y 50 LOTC), que en este momento procesal se han de considerar como causa de desestimación y denegación del amparo. Como bien observan el Fiscal y el Letrado del Estado, la Ley General Penitenciaria no atribuye al Juez de Vigilancia la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones de la Dirección General que afectan al traslado de los penados de un establecimiento a otro, traslado que es atribución de ese organismo, según el art. 80 RP. No obstante, el Juez se dirigió a ese efecto a la Dirección General, mas sin resultado. Consiguientemente, el penado debió instar la vía contenciosa para que, en el ámbito judicial propio y competente, se depuraran y se sanaran, en su caso, las presuntas ilegalidades que ahora, intempestivamente, se aducen...”].

⁵⁶³ BUENO ARÚS, Francisco. “Las competencias de los Jueces de Vigilancia y el destino de los internos a los establecimientos penitenciarios. (Comentario a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 138/1986, de 7 de noviembre, en el recurso de amparo 673/84)”. En: *Revista del Poder Judicial*. nº 5, marzo, 1987.

⁵⁶⁴ STCJ de 7 de noviembre de 2007 [“...Por otra parte carece de razón toda la argumentación de los Autos cuando se arrogan jurisdicción para resolver sobre el destino del penado a un centro penitenciario, porque la revisión de esa decisión no le compete por más que pretenda extender a ella sus facultades utilizando lo expuesto en el art. 76.1 y 2 de la Ley Orgánica Penitenciaria. En relación con el número 1 del precepto sus atribuciones se refieren al cumplimiento de la pena y a la resolución de los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar ese cumplimiento, así como a salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse y, por tanto, entre esas facultades no se encuentran las relativas al inicial destino del penado a un centro penitenciario porque esa decisión no guarda relación con el cumplimiento de la pena o sus modificaciones o los derechos de los penados recogidos en la legislación penitenciaria durante el cumplimiento de las penas en los centros en que las cumplan. Y tampoco se atisba a comprender concretando ya la Jurisdicción del Juez de Vigilancia Penitenciaria a los apartados f) y g) del artículo 76.2 de la Ley Orgánica, de qué modo el apartado f) que se refiere a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado puede amparar la intervención del Juez en relación con el destino inicial del penado a un centro concreto, y lo mismo puede decirse en cuanto al apartado f) que se ocupa de la peticiones y quejas que los internos formulen en relación con el régimen y tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos, cuando se trata del destino inicial a un centro penitenciario. Esa decisión no se explica de qué modo conculca un derecho fundamental del interno o un derecho o beneficio penitenciario del mismo que ha de ponerse en relación con el régimen y tratamiento penitenciario. Eso no significa que no pueda existir control sobre la actuación

eventual control por el Juez de Vigilancia de esta potestad administrativa, que se residencia en la Jurisdicción Contencioso-administrativa en todo caso; posicionamiento que luego se matiza en la de 29 de mayo de 2012, que deja abierta la posibilidad de control de la actuación administrativa por el Juez de Vigilancia en este campo cuando se vean afectados los derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios. Tal formulación es ratificada por el Tribunal Constitucional⁵⁶⁵ en la medida que considera que las decisiones administrativas de asignación de centro penitenciario solo adquirirían relevancia constitucional y entrarían en la esfera competencial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, conforme al art. 76.2 g) LOGP, en supuestos verdaderamente excepcionales en los que fuera detectable un ejercicio desviado de las potestades administrativas indicativo de una arbitrariedad constitucionalmente proscrita (v. gr. el traslado de centro como sanción encubierta).

De meridiana claridad es la STCJ 1/2020, de 12 de febrero, la cual afirma con rotundidad que el hecho de que el art. 76 LOGP atribuya al Juez de Vigilancia Penitenciaria la función de salvaguarda de los derechos de los internos y corrección de los abusos y desviaciones en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse y en particular que el art. 76.2 g) disponga que es de su competencia acordar lo que proceda sobre 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 beneficio penitenciarios de aquellos, no permite alterar sin más el régimen de competencia para el control de los actos administrativos que dicha Administración dicte y que tienen su cauce de planteamiento en el recurso contencioso-administrativo a la vista de lo establecido en el art. 79 LOGP. Existe, además, como señala, una procedimiento contencioso-administrativo específico para la defensa de los derechos fundamentales que está recogido en los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y concluye que la competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para proteger derechos fundamentales de los presos no se refiere a los casos en que su vulneración se produce mediante actuaciones de la Administración penitenciaria que tiene por cauce de impugnación la vía contencioso-administrativa.

En definitiva, si la competencia del Juez de Vigilancia en cuanto a las quejas de los internos los es con relación al régimen o al tratamiento, en la medida en que se vean afectados los derechos fundamentales y derechos y beneficios penitenciarios, art. 76.2 g) LOGP, no existiendo derecho fundamental o penitenciario alguno a estar en un determinado centro, falta el presupuesto básico de actuación. Pero incluso si hubiera un derecho fundamental en juego, si tiene un cauce específico de impugnación, en este caso la vía contencioso-administrativa, a ella es a la que hay que acudir.

No obstante, hay alguna resolución judicial aislada⁵⁶⁶, sino única -postura, asimismo mantenida por el Ministerio Fiscal-, que sostiene, sin cita de precepto legal

administrativa en este campo, sino simplemente que aquel no corresponde a la jurisdicción de vigilancia penitenciaria sino a la contencioso-administrativa”].

⁵⁶⁵ ATS 40/2017, de 28 de febrero (ROJ: ATC 40/2017 - ECLI:ES:TC:2017:40A).

⁵⁶⁶ AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A), postura contrapuesta a la recogida en los Autos de 17 de septiembre de 2019 y 5 de marzo de 2020 del JVP de Castilla y León nº 1 y de la AAP Ávila 231/2019, de 25 de octubre (ROJ: AAP

alguno, ni respaldo doctrinal o jurisprudencial al efecto, que los internos o, al menos algunos, tienen la potestad de elegir el centro de cumplimiento, planteamiento que solo puede responder a una confusión conceptual entre la potestad de elección de centro de ingreso, que no de destino, de los condenados que se presentan a cumplir voluntariamente su condena – art. 16 RP-, con la de asignación de centro de cumplimiento - art. 79 LOGP y 31 RP-, cuestiones que nada tienen que ver entre sí.

Tema conectado a la anterior cuestión es la referente a la asunción del coste del traslado de las pertenencias de los internos cuando hay un cambio de centro de destino; esto es, si aquel ha de ser sufragado por la Administración o bien por la persona privada de libertad, lo cual conduce a la duda en cuanto a la autoridad judicial en la cual se residencia la disputa.

El art. 318 RP fija el contenido del derecho susceptible de amparo ante el Juez de Vigilancia, que se concreta en que todo interno que sea trasladado a otro establecimiento penitenciario tendrá derecho a que la Administración penitenciaria realice el traslado de sus pertenencias personales por un peso que nunca podrá ser superior a los 25 kilogramos, siendo con cargo al interno el traslado de todo aquel material que exceda del peso indicado; para los casos excepcionales de internos sin medios económicos, se estudiarán por parte de la Junta Económico-Administrativa del establecimiento penitenciario las posibles medidas a adoptar, que deberán ser aprobadas por el Centro Directivo. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁵⁶⁷ que, unificando criterio frente a decisiones contradictorias de las Audiencias, ha entendido que ese precepto ha de interpretarse en sentido meramente cuantitativo y no cualitativo, rechazando la postura de la Administración⁵⁶⁸, que excluía ciertas pertenencias en atención a su naturaleza (televisores). El derecho del interno se fija así en que es la Administración quien debe encargarse del traslado de las pertenencias del interno cuando éstas no superen un determinado peso, sea cual sea su forma o volumen, siendo ella, la Administración quien ha de determinar el cómo se lleva a cabo, si por sus propios medios (furgones de la Guardia Civil – modo habitual-) o bien acudiendo a recursos ajenos (contratación de una empresa de transporte).

Sentado lo anterior, ha de precisarse qué ocurre cuando un interno satisface el importe del transporte de sus pertenencias y luego reclama la restitución de lo pagado a la Administración por entender que era ella quien correspondía hacerse cargo de tal servicio. Se hace esta puntualización porque precisamente hay pronunciamientos

AV 257/2019 - ECLI:ES:APAV:2019:257A) (*asunto Urdangarín*). Es significativo que el planteamiento de tal resolución y del Ministerio Fiscal es rechazado posteriormente por la propia Administración, la cual invoca que no es la voluntad del interno en orden a permanecer en un centro de mujeres aislado de todo interno la que determina la asignación de centro de cumplimiento, antes bien motivos de seguridad para garantizar la integridad del penado -escrito de 11 de agosto de 2020, nº de salida 1848, del Director General de Ejecución Penal y Reinserción Social de Instituciones Penitenciarias-.

⁵⁶⁷ STS 657/2018, de 14 de diciembre (ROJ: STS 4165/2018 - ECLI:ES:TS:2018:416).

⁵⁶⁸ I SGIP 6/2005.

judiciales, en el ámbito de la vigilancia penitenciaria, que condenan a la restitución de lo pagado por los internos en tales supuestos⁵⁶⁹.

Lo que el interno denomina una devolución de lo pagado es en realidad una reclamación de una indemnización por la infracción del eventual derecho del interno, cuyo *quantum* se cifra en el importe de lo satisfecho por el transporte realizado por un tercero de las pertenencias. No se reclama así que sea la Administración quien se haga cargo por el medio que elija del transporte de las pertenencias al centro penitenciario en el cual se encuentre el interno, antes bien que se le indemnice por haber tenido que encargarse y sufragar él tal acción⁵⁷⁰.

Se trata pues de una pretensión que escapa de las competencias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues no se reclama la realización del derecho (transporte de las pertenencias), antes bien el daño causado por no haberse respetado su derecho. Para solventar tal pretensión, el cauce correcto sería la reclamación en vía administrativa y, en su caso, agotada la misma, acudir a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, todo ello conforme al art. 67 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el art. 13 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por otra parte, de admitirse reclamaciones de esta clase, se estarían violando los más elementales derechos de defensa y audiencia del Estado, el cual no es parte ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria conforme a la DA 5ª LOPJ y jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁷¹.

3.3 El control apriorístico de las restricciones de derechos

Otro ámbito en el cual han surgido fricciones es aquel tocante a la admisibilidad de un control *a priori* por el Juzgado de Vigilancia de una eventual lesión de derechos de los internos por parte de la Administración antes de que la aquella haya tenido lugar. En este sentido es paradigmático el planteamiento del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁵⁷² en tres de sus pronunciamientos, en los cuales rechaza la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria con carácter preventivo en orden a evitar una posible vulneración de los derechos de los internos, esto es, antes de que ésta haya tenido lugar. El supuesto de hecho sometido a consideración era la constatación de la existencia de micrófonos ocultos en los locutorios de unos determinados establecimientos penitenciarios; tras recordar que a los Jueces de Vigilancia

⁵⁶⁹ Sirva de ejemplo el AAP Cádiz (1ª), de 8 de mayo de 2017; los de la AP Sevilla (4ª), de 15 de abril de 2008, y 18 de julio de 2017; en ellos se condenan a la Administración a pagar lo satisfecho por el interno para el transporte de sus pertenencias, como consecuencia de la infracción de su derecho.

⁵⁷⁰ Los AAP Segovia 99/2012, de 28 de diciembre y 5/2016, de 29 de enero, entienden que se trata de una cuestión ajena al ámbito de Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la medida en que, en estos supuestos, cuando lo que reclama el interno es el reintegro de un pago voluntariamente por él realizado no es sino una reclamación de responsabilidad civil del estado que se incardina en el ámbito administrativo y, en su caso, en la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁵⁷¹ STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

⁵⁷² SSTCJ de 7 (dos) y 28 de junio de 1995.

Penitenciaria corresponde, entre otras competencias, la protección de los derechos de los reclusos, señala el Tribunal de Conflictos que en la distribución de competencias entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Administración resulta diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de ambos, de modo que no se pueda, ni deba, producir una invasión de las competencias de la Administración por la de los Jueces de Vigilancia, ya que sería tanto como reconocer facultades de organización y dirección del establecimiento a la autoridad judicial. Tal atribución administrativa de las funciones de dirección, organización e inspección de los centros penitenciarios, en nada impiden, antes al contrario, que los Jueces penitenciarios por vía de proposición, art. 77 LOGP, no de orden, art. 76 LOGP, sometan a la dirección de la prisión la adopción de medidas en la organización y régimen penitenciario, dirigidas a la preservación del ámbito propio de los reclusos, como tales, pero también como ciudadanos con un ámbito restringido de actuación, que coadyuven a no hacer innecesariamente restrictivo el que como personas les corresponde.

3.4 El control de la inclusión en el fichero FIES

El Reglamento Penitenciario dedica el Capítulo III del Título Primero a la recogida, protección y gestión de los datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios. La redacción de esta norma es anterior a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, regulación que no es sino consecuencia del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE -Reglamento general de protección de datos-*, y de la LO 7/2021, de 26 de mayo, de *protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, y la LO 7/2021, de 26 de mayo, de *protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo*.

El art. 2.2.d Reglamento (UE) 2016/679 excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero cuando se lleva a cabo por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.

Por su parte el art. 2.3 LO 3/2018 dispone que los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679, por afectar a actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, se regirán por lo dispuesto en su legislación específica si la hubiere y supletoriamente por lo establecido en el citado reglamento y en esta ley Orgánica, especificando que se encuentran en esta situación, entre otros, por lo que aquí interesa, los tratamientos realizados en el ámbito de instituciones penitenciarias.

Con la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, se despeja toda duda en cuanto al marco en el cual se despliega la actuación de la Administración Penitenciaria, la cual queda sometida a lo en ella determinado⁵⁷³.

Volviendo a las menciones reglamentarias, el art. 6 RP impone a las autoridades penitenciarias responsables de los ficheros informáticos penitenciarios el deber de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal en ellos contenidos, así como para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, y estarán obligadas, junto con quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento automatizado de este tipo de datos, a guardar secreto profesional sobre los mismos, incluso después de que haya finalizado su relación con la Administración penitenciaria. Este enunciado, en realidad, respondía al desarrollo reglamentario en este campo específico penitenciario de lo dispuesto en los arts. 9 y 10 LO 15/1999, actualmente art. 5 y 28 LO 3/2018.

Los arts. 7 y 8 RP, relativos a la recogida y cesión de los datos de carácter personal de los internos, establecen dos categorías dentro de tales datos, estableciendo un régimen jurídico distinto en función de su naturaleza, en lógica coordinación con lo dispuesto en los antiguos arts. 6 y 7 LO 15/1999, art. 9 de la actual LO 3/2018: los relativos a opiniones políticas, a convicciones religiosas o filosóficas, al origen racial y étnico, a la salud o a la vida sexual; los datos de otra naturaleza.

En el primer caso, su recogida y cesión a otras personas solo puede realizarse con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado, salvo que medien razones de interés general y así lo disponga una ley. Como garantía adicional en favor de la protección de estos datos, cuando la petición de aquellos se hace a través de representante, se exige poder especial y bastante en el que conste expresamente el consentimiento del recluso.

Por lo que se refiere a los restantes datos, cabe la recogida y cesión a otras Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, para que éstas puedan ejercer sus funciones respecto de los internos en materia de reclutamiento para la prestación del servicio militar, servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores u otras análogas, o bien al Defensor del Pueblo o institución análoga de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias ejecutivas en materia penitenciaria, al Ministerio Fiscal o a los jueces o tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen

⁵⁷³ La DF 1ª de la LO 7/2021 modifica la LOGP remitiendo en cuanto al tratamiento de los datos personales de los internos a lo establecido en la nueva norma.

atribuidas, no precisa consentimiento. Tampoco se precisa consentimiento cuando se trate de cesión de datos de carácter personal relativos a la salud de los reclusos por motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos⁵⁷⁴.

Regula el Reglamento Penitenciario también las transferencias internacionales de datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios en los supuestos de prestación de auxilio judicial internacional, de acuerdo con lo establecido en los tratados o convenios en los que sea parte España⁵⁷⁵, así como la rectificación de los datos que resulten inexactos o incompletos⁵⁷⁶.

Especialmente conflictivo en este campo ha sido el denominado *Fichero de Internos de Especial Seguimiento* (FIES), singularmente con anterioridad a la reforma del Reglamento Penitenciario operada por el RD 419/2011, de 25 de marzo. La Administración penitenciaria, al amparo del art. 6.4 RP⁵⁷⁷, ha establecido el denominado *Fichero de Internos de Especial Seguimiento* (FIES), tendente a garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos, en la medida que con él se pretende atender la necesidad de tener una amplia información sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad o necesitados de especial protección, almacenándose datos referentes a su situación procesal, penal y penitenciaria.

Los denominados ficheros FIES fueron creados por la Circular de 13 de noviembre de 1989 DGIP, circunscribiéndose inicialmente a internos pertenecientes a bandas armadas y elementos terroristas; posteriormente se amplía su objeto por la Circular de 6 de marzo de 1991 DGIP, incluyéndose a internos especialmente peligrosos y narcotraficantes⁵⁷⁸.

A título de curiosidad, como señala BUENO ARÚS⁵⁷⁹, fue una proposición no de ley del Congreso de los Diputados, que encomienda a la Administración una regulación precisa del régimen jurídico de los internos llamados FIES y que se incluyera en el entonces Reglamento de 1981, el origen del actual Reglamento de 1996, si bien, no es menos sorprendente que en el nuevo texto no hay referencia alguna al motivo que le dio vida.

Para ARRIBAS LÓPEZ⁵⁸⁰, la aparición de los ficheros FIES y de toda la regulación normativa no reglamentaria del régimen cerrado en el sistema penitenciario español trae causa en el estado de conflictividad existente desde el año 1985 y especialmente entre los años 1989-1991, lo que da lugar a una serie de disposiciones con un claro objetivo prioritario de control y seguimiento de determinados internos y la intensificación de las medidas de seguridad, de modo que, de no haber mediado tales

⁵⁷⁴ *vid.* Art. 9.2.2 LO 3/2018 y arts. 219 y 220 RP, relativos a los estudios epidemiológicos.

⁵⁷⁵ Art. 7 RP.

⁵⁷⁶ Art. 9 RP.

⁵⁷⁷ Redacción dada por RD 419/2011, de 25 de marzo.

⁵⁷⁸ GONZALEZ COLLANTES, Tàlia. "Los ficheros de internos de especial seguimiento: Un ejemplo de la penetración de la *gmail* cultura de emergencia y la excepcionalidad en el ámbito penitenciario". https://congresos.adeituv.es/imgdb/archivo_dpo15098.doc. [Consulta 13/01/ 2018].

⁵⁷⁹ BUENO ARÚS, Francisco. "Novedades en el concepto... 2006... *op. cit.*, p. 24.

⁵⁸⁰ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "Fichero de internos de especial seguimiento (FIES) y régimen cerrado". En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 72, 2010.

incidentes, seguramente el desarrollo normativo hubiera sido otro. Sostendría que con la instauración de los ficheros FIES y al menos en relación a los internos en régimen cerrado, no se habría implantado un régimen especialmente estricto, antes bien se habría instaurado “un instrumento eficaz de seguimiento de determinados internos que, en sus estadios finales de desarrollo, en nada quebranta sus derechos, al tratarse, únicamente, en puridad, tanto de un instrumento de información acumulada como de otro director de algunas actuaciones con ciertos internos, actuaciones que regula, periodifica o matiza, no que innova”.

Tras la entrada en vigor el RP1996, estos ficheros fueron regulados por la I DGIP 21/96. En ella se hace una especial *clasificación* en cinco grupos⁵⁸¹ de ciertos internos, al margen de la clasificación tratamental -primero, segundo y tercer grado-; para ello se adoptan una serie de especiales medidas de seguridad y control al margen de aquella. Se pretende tener una amplia información, al tiempo que se va más allá en la medida en que como consecuencia de ello se implementan una serie de restricciones sobre los sujetos incluidos en los grupos establecidos en tales ficheros.

En el fichero se va a recoger los datos de filiación, antecedentes penales y procesales, datos penitenciarios, incidentes protagonizados, actividad delictiva y otros referentes a las comunicaciones con el exterior⁵⁸².

⁵⁸¹ La I DGIP 21/96 contemplaba las categorías siguientes:

FIES- 1 CD (control directo). Internos especialmente conflictivos y peligrosos, protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida e integridad de los Funcionarios, Autoridades, otros internos o personal ajeno a la Institución, tanto dentro como fuera del Centro con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos.

FIES- 2 NA (narcotraficantes). Internos presos o penados, presuntos o autores de delitos contra la salud pública (tráfico de drogas o estupefacientes) u otros delitos íntimamente ligados a éstos (evasión de divisas, blanqueo de dinero...), cometidos por grupos organizados nacionales o extranjeros, y aquellos que, a través de informes de la Fuerzas de Seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos.

FIES- 3 BA (bandas armadas). Internos ingresados por vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquellos que, a través de informes de las Fuerzas de seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos.

FIES- 4 FS (Fuerzas de Seguridad y funcionarios). Internos que pertenecen o han pertenecido a estos colectivos profesionales, al exigirse durante su internamiento ciertas particularidades, conforme a lo previsto en el art. 8. de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*.

FIES- 5 CE (características especiales). Diversos grupos de internos; temporalmente, aquellos que evolucionan de forma muy positiva en el colectivo *control directo*; internos vinculados a la delincuencia común de carácter internacional; autores o presuntos responsables de delitos extraordinariamente violentos contra la libertad sexual, que además hayan causado gran alarma social; y finalmente, los reclusos ingresados por negarse a realizar el servicio militar o rehusase realizar la prestación social sustitutoria.

⁵⁸² Según la I DGIP 21/96 se tenía que remitir información a la Subdirección de Gestión Penitenciaria sobre aspectos tales como: las propuestas de licenciamiento (cumplimiento) de condena, y de conclusión del expediente de libertad condicional; las excarcelaciones, bien sea por traslado a otra prisión o por traslado a un hospital; los ingresos producidos por traslado, sea éste en tránsito hacia otra prisión o definitivo en el mismo Centro Penitenciario; toda modificación de las situaciones procesales, penales o penitenciarias; los acuerdos que sobre el recluso hayan tomado los órganos colegiados, y las decisiones de los órganos unipersonales - lo relativo a las sanciones y su cancelación, los destinos dentro de prisión, los méritos y recompensas, las intervenciones de las comunicaciones (orales, escritas o telefónicas), las clasificaciones, y las sanciones consistentes en una estancia en régimen cerrado -; las comunicaciones con los abogados, y los nombres de éstos; cualquier incidente en el régimen penitenciario, o la sospecha de que pueda producirse; la participación en actividades programadas por el Centro

La Información tendría diversas fuentes, tanto penitenciarias (expediente, protocolo u otros informes), como extrapenitenciarias.

El fichero FIES se configura pues como una importante fuente de conocimiento de ciertos internos que pueden resultar potencialmente peligrosos para la seguridad del centro. Pero el problema viene en que en la I DGIP 21/96, junto a este acopio de información, se establecen una serie de medidas de control que afectan a aspectos tales como intervención de las comunicaciones; intervención de libros, revistas...; cambios de celda, requisas, cacheos...; asignación de destinos, entre otras. Esto es, con fundamento en este instrumento de mera gestión administrativa, se implanta de una u otra forma un específico régimen de vida para estos internos.

La STS (3ª) de 17 de marzo de 2009 (ROJ: STS 2555/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2555), va a declarar la nulidad de pleno derecho de todo el apartado referente a *Normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados*, lo cual deja vacía de toda eficacia la citada Instrucción. Dictamina la Sala que ha habido un exceso por parte de la Administración en la medida en que se ha ido más allá de un mero ejercicio de la facultad organizativa, antes bien se ha hecho de ella una auténtica regulación de derechos y deberes de los internos, al margen del dictado de una disposición de carácter general.

Se aborda así de forma novedosa la consideración de que la I DGIP 21/1996 regula realmente la restricción de derechos para un colectivo de internos concreto, que con ello se trasciende la finalidad de los reglamentos meramente administrativos y, por último, que su categoría jurídica no se adecua a la relevancia de su contenido, infringiendo la reserva de ley. Como precedente de tal pronunciamiento judicial, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2004, la cual declara nulo de pleno derecho el apartado de la I DGIP 21/1996 que regulaba la duración de las comunicaciones de convivencia para este colectivo, fijándola en una cifra notoriamente inferior⁵⁸³.

Como consecuencia de tal pronunciamiento, el RD 419/2011, citado anteriormente, va a modificar el Reglamento Penitenciario en dos aspectos. Por un lado, dando un marco normativo a la recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros -art. 6.2 RP- y por otro lado contemplando la posibilidad de establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, si bien se fija como límite, para evitar el riesgo de incurrir en nulidad, que la inclusión en éstos de un interno, por sí misma, pueda suponer un régimen de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda –art. 6.4 RP-. Pero especialmente significativa es la modificación del art. 65 RP, dándose una nueva redacción al párrafo primero e

Penitenciario; las solicitudes de permisos de salida, antes de que sean estudiadas por el Equipo Técnico - se ha de indicar el domicilio en el que se residiría en caso de obtener el permiso de salida- ; resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por quejas, siempre que éstas puedan afectar al régimen penitenciario; cualquier otra información.

⁵⁸³ SOLAR CALVO, María del Puerto. “Fichero FIES y LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Una oportunidad para su legalización”. En: *Diario La Ley*. nº 9365, 2019.

introduciéndose paralelamente otros dos apartados, todo ello en orden a posibilitar una especial adecuación de la intensidad de las medidas de control y seguridad que se establecen en relación a la eventual peligrosidad de cada interno, con especial referencia a los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, delincuencia organizada o casos de peligrosidad extrema⁵⁸⁴. Ahora bien, se fija como límite, como no puede ser de otro modo, los principios propios de toda restricción de derechos, esto es necesidad, idoneidad y proporcionalidad⁵⁸⁵.

En el breve *Preámbulo* de la reforma reglamentaria se hace referencia a la causa de la nueva redacción que se introduce de ciertos preceptos y que no es otra si no que, en un instrumento sin carácter normativo, la Instrucción 21/1996 DGIP, no se pueden regular aspectos referentes a los derechos y deberes de los internos, motivo por el cual la STS (3ª) de 17 de marzo de 2009 (ROJ: STS 2555/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2555) había declarado la nulidad de todo el apartado primero de aquella, lo cual de facto produjo el efecto de vaciamiento de todo contenido práctico.

ARRIBAS LÓPEZ⁵⁸⁶ cuestiona la necesidad de la reforma pues “si, como respuesta a la STS de 17-03-2009 —que, no lo olvidemos, lo que cuestionó realmente es que la Administración penitenciaria, fuera de los cauces legales y reglamentarios y a base de instrucciones y circulares, pudiera crear un régimen específico de derechos y deberes de algunos internos— una de las cosas que la Administración hace es legalizar reglamentariamente un Fichero, ¿no está dando pie a pensar que con el mismo queda establecido un régimen particular de derechos y deberes? Realmente, puede pensarse que sí”.

No es de extrañar que el nuevo tenor del art. 6.4 RP habilita expresamente a la Administración penitenciaria para establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos; y se enfatiza el texto destacando que tales ficheros no determinarán por sí misma un régimen de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda. No obstante, la nueva redacción ha de ponerse en relación con otro

⁵⁸⁴ Art.65 RP.

1. Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento.

2. La intensidad de las medidas señaladas en el apartado anterior se ajustará a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, respetándose, en todo caso, los principios a que se refiere el artículo 71.

3. Al fin señalado en el apartado anterior, la Administración penitenciaria podrá constituir grupos especializados de funcionarios.

⁵⁸⁵ Art. 71 RP

Las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico.

⁵⁸⁶ ARIBAS LÓPEZ, Eugenio. “Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): Incidencia de la reforma del reglamento penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior”. En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 96-97, 2012.

precepto que se modifica, el art. 65.2 RP, el cual permite una especial intensidad de las medidas de seguridad interior (cacheos, registros, cambios de celda...) en conexión a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema.

Conviene así hacer mención del porqué de la reforma y, en definitiva, de la existencia de estos ficheros. La posibilidad de establecer unas especiales medidas de seguridad y control en relación con determinados internos especialmente peligrosos es una posibilidad admitida por la STC 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119), siempre que tales medidas tengan un amparo normativo y responda a una finalidad penitenciaria, como lo es la relativa a la retención y custodia de los internos y, por ello, la seguridad y el buen orden regimental, no siendo la resocialización y la reinserción social un fin exclusivo y excluyente de la pena privativa de libertad⁵⁸⁷. Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en este mismo sentido⁵⁸⁸.

En la actualidad, en desarrollo del precepto reglamentario citado, está la I SGIP 12/2011, que regula el correspondiente FIES. Aquel no es sino una base de datos creada por la necesidad de disponer de una amplia información sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad, en atención a la gravedad de su historial delictivo o su trayectoria penitenciaria, o bien por estar necesitados de protección especial.

Claramente señala la I SGIP 12/2011, en su epígrafe primero, que una cosa es la inclusión en estos ficheros y otra bien distinta son las medidas restrictas de derechos o limitaciones reglamentales que se puedan adoptar sobre el interno, las cuales no responden a esta inclusión, antes bien a la necesidad de proteger otros derechos o de preservar la seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento, derivadas de las circunstancias personales del interno afectado.

El epígrafe segundo se dedica a la organización administrativa de estos ficheros y su gestión. En este sentido, la Instrucción va a mantener el esquema de cinco grupos de internos o colectivos, con un esquema muy similar al de la I SGIP 21/96, si bien se

⁵⁸⁷ STC 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119), Fto. Jco. 4º ["La orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social es también objeto de invocación frente al régimen de vida penitenciario que se impuso a los internos recurrentes. Debe oponerse al respecto, sin embargo, que a los efectos de la cuestión que ahora se suscita, este principio no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también "fin primordial" de la instituciones penitenciarias de "retención y custodia de detenidos, presos y penados" (art. 1 LOGP), que comporta "garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro" (SSTC 57/94, 129/95, 35/96). Este último objetivo es el que expresamente persiguen las restricciones a las que se atribuye su nula orientación hacia la reeducación y reinserción social, con patente desconocimiento de la carencia de exclusividad de este fin en la ejecución de la pena privativa de libertad (SSTC 19/88, 28/88, 150/91, 55/96)"].

⁵⁸⁸ Entre otras, las SSTC 18/1988; 19/1988, de 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19); 28/1988, de 23 de febrero (ROJ: STC 28/1988 - ECLI:ES:TC:1988:28); 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150); 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119); y 120/2000, de 10 de mayo (ROJ: STC 120/2000 - ECLI:ES:TC:2000:120).

adapta a las posteriores reformas del Código Penal y a las nuevas realidades de la criminalidad. Es especialmente significativo el FIES-5 CE (características especiales)⁵⁸⁹.

El epígrafe tercero, al margen de los ficheros propiamente tales, conectando con el art. 65 RP -en su nueva redacción-, va a regular las medidas de seguridad relativas al control de internos vinculados a grupos terroristas y otras organizaciones o grupos de delincuencia organizada, de modo de que las medidas de control y seguridad se ajustarán a la intensidad de la peligrosidad de los internos, sin que ello se constituya propiamente en un nuevo régimen de vida, que en esencia no podrá verse afectado por aquellas. Es decir, si la peligrosidad del interno no se ajusta a su clasificación, la respuesta ha de venir dada en este último campo, vía la correspondiente regresión de grado.

No obstante la nueva regulación, señala RODRÍGUEZ YAGÜE⁵⁹⁰, se sigue cuestionando tanto la cobertura normativa, que debería recogerse en la ley, tal y como preveía el *Anteproyecto de Reforma de la Ley Penitenciaria* de 2009, como porque la existencia de estos ficheros supone una modulación del sistema de individualización científica, pues a partir de determinadas categorías de delincuentes y no sobre la evolución individualizada del sujeto, de facto implica restricciones en la forma de cumplimiento de la pena dentro del grado asignado, que afectan a cuestiones sustanciales, tales como destino, comunicaciones o realización de actividades en común.

El fichero FIES, señala BARAS GONZÁLEZ⁵⁹¹, en principio únicamente debería hacer referencia a la situación penal, procesal y penitenciaria de los internos, con lo cual aquel no tendría que tener relación alguna con el régimen penitenciario, como así lo indicaría el propio Reglamento Penitenciario reformado *ex profeso* para hacer contar tal premisa. La finalidad del fichero sería garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento y la integridad de los internos, a lo cual habría que cuestionar cómo es posible ello con una inclusión en una base de datos, sin que tenga repercusión en el régimen de vida o régimen penitenciario. Este planteamiento sería imposible, porque la inclusión en tal fichero necesariamente tiene efectos regimentales y puede afectar en una u otra medida a sus derechos. Sería más que razonable que la Administración quiera controlar a los internos responsables de delitos especialmente graves, pero no a cualquier precio, ni con un fin no amparado por el ordenamiento jurídico. La regulación del fichero debería hacerse en normas legales y reglamentarias y no en mera instrucciones o circulares.

⁵⁸⁹ I SGIP 12/2011 Colectivo FIES-5 CE (CARACTERÍSTICAS ESPECIALES). Se incluyen diversos grupos de internos que dadas sus características criminológicas o penitenciarias, precisan de un especial seguimiento, por razones de seguridad: internos con un historial penitenciario de alta conflictividad, evasiones o violencia grave; autores de delitos graves contra las personas, la libertad sexual o relativos a la corrupción, que hayan generado gran alarma social; pertenecientes o vinculados a colectivos o grupos violentos; internos que sin estar procesados o condenados por terrorismo islamista, destaquen por su fanatismo radical, por su afinidad al ideario terrorista y por liderar o integrar grupos de presión o captación en el centro penitenciario; condenados por el Tribunal Penal Internacional; colaboradores con la Justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales.

⁵⁹⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El Sistema Penitenciario español...* op. cit., p. 148.

⁵⁹¹ BARAS GONZÁLEZ, Marcos. "El régimen penitenciario..." op. cit., pp.142-143.

Las novedades de la reforma del Reglamento Penitenciario, considera CERVELLÓ DONDERIS⁵⁹², son bienvenidas, pero el legislador se queda corto en la protección de las garantías, pues en el aspecto formal, debería haberse regulado en una ley, y, en lo material, se aprecia un abuso de expresiones indeterminadas tales como potencial peligrosidad, extrema, intensidad de las medidas o extrema peligrosidad, con lo cual se deja un amplio margen de decisión a la Administración a la hora de restringir derechos.

Por su parte, SOLAR CALVO⁵⁹³ entiende que ni la reforma reglamentaria, ni una nueva Instrucción, es norma bastante en orden al establecimiento del fichero FIES; y aunque, en general, no puede afirmarse que la inclusión en él determine por sí modificaciones regimentales, insistiéndose en la individualización de las medidas, en tanto que se divide a los internos en grupos, facilita su adopción con tal referencia grupal y ello se traduce, en la práctica, en mayores restricciones, amén que también tiene repercusión en el inicio de la trayectoria de reinserción.

De lo expuesto cabe colegir que, aunque la existencia de un fichero de esta clase es admisible y necesario, sin embargo, puede ser un serio riesgo para los derechos de los internos si, de forma indirecta se pretende con él hacerlo única fuente de la fundamentación de decisiones restrictivas de aquellos o que con trascendencia tratamental. Es así pues no tanto su realidad, con el eventual uso que se vaya a hacer de ellos donde surge el riesgo.

La competencia en cuanto al control de la inclusión en el Fichero tampoco ha sido un tema pacífico. Así la Jurisdicción Contencioso-administrativa se decantó por considerar que se trata de una materia propia del conocimiento del Juez de Vigilancia⁵⁹⁴, invocándose que es a él al que corresponde la tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, al amparo de los arts. 76.1 LOGP y 94.1 LOPJ.

En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS⁵⁹⁵, con relación a la anterior normativa de protección de datos, considera que la inclusión en estos ficheros supone el almacenamiento de datos de carácter personal de tipo personal, penal y penitenciario, por lo que, conforme al art. 6.2 RP quedan sujetos a la legislación en materia de protección de datos de carácter personal, con lo cual ha de comunicarse al interno dicha inclusión y la posibilidad de ejercer su derecho de rectificación y queja, conforme a la normativa de protección de datos. En un primer planteamiento, esta autora defendía que de esta forma se podría así pronunciar la Agencia de Protección de Datos se sobre la eventual cesación o cancelación del tratamiento de los datos incluidos en los ficheros FIES, si no se ajustan a las limitaciones de la legales, mas, en lo que se refería a la aplicación práctica o individual, en la medida en que afecte a los derechos de los internos, se podría acudir al Juez de Vigilancia en orden a suspender las restricciones

⁵⁹² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 242.

⁵⁹³ SOLAR CALVO, María del Puerto. *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*. Madrid: BOE, 2019, pp. 170-171.

⁵⁹⁴ STS (3ª) de 29 de junio de 2015 (ROJ: STS 2865/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2865).

⁵⁹⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES". En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 72, 2010.

establecidas por la inclusión en los FIES por su vulneración a los principios constitucionales de libertad, intimidad y reinserción social. Posteriormente ⁵⁹⁶ considerará que la posibilidad de ejercer el derecho de rectificación y queja, lo es ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Frente a este planteamiento ha de remarcarse que una cosa es la inclusión en estos ficheros y otra bien distinta son las medidas restrictas de derechos o limitaciones regimentales que se puedan adoptar sobre el interno, las cuales no responden, al menos según la letra de la ley a esa inclusión, antes bien, a la necesidad de proteger otros derechos o de preservar la seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento, derivadas de las circunstancias personales del interno afectado. Estas restricciones, de existir, no cabe duda, su cuestionamiento, entra plenamente en la competencia del Juez de Vigilancia, Art. 76.2 g) LOGP, dado que afectan, bien a derechos fundamentales, generalmente el derecho a la intimidad (intervención de comunicaciones, cacheos...), bien a derechos penitenciarios (restricciones de actividades...); pero el control de la inclusión o no en un fichero, su atribución competencial al orden penal, al Juez de Vigilancia, es cuestionable ya que lo que se ventila es exclusivamente el derecho a la intimidad del art. 18 CE, en su faceta del tratamiento de los datos personales, no otros aspectos de la vida o derechos del interno; hay que insistir, por definición, el art. 6.4 RP, la inclusión en los ficheros penitenciarios, no pueden dar lugar a un régimen de vida distinto al que le corresponda.

Precisamente por ello, compartimos la aseveración de ARRIBAS LÓPEZ ⁵⁹⁷ cuando afirma que no existe un *régimen de vida FIES*, pues no hay más regímenes de vida que el abierto, el ordinario y el cerrado establecidos en la legislación penitenciaria.

Con la LO 15/2018, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, expresamente se incluye en su ámbito de aplicación el tratamiento de datos por parte de la Administración penitenciaria ⁵⁹⁸, con lo cual el cuestionamiento del tratamiento de tales datos habrá de realizarse conforme a lo previsto en aquella.

Pero, es más, desde la realidad práctica, es que antes de esta nueva norma, ya la Agencia Española de Protección de Datos se venía pronunciado sobre los ficheros informáticos penitenciarios, como materia objeto de su control y competencia ⁵⁹⁹.

El planteamiento jurisprudencial citado, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, olvida que el art. 76.2 g) LOGP, que es el que concreta el marco general competencial del Juez de Vigilancia como garante de los derechos fundamentales, expuesto de manera genérica en el art. 76.1 LOGP, no lo es, como no

⁵⁹⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 243.

⁵⁹⁷ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "La seguridad en los establecimientos penitenciarios". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 297.

⁵⁹⁸ Art. 2.3 Ley Orgánica 15/2018, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁵⁹⁹ Sirva de ejemplo, R/02286/2011, de 19 de octubre de 2011, y R/00319/2008, de 24 de marzo de 2008.

podía ser de otra manera, con una vocación absoluta, comprensiva de toda materia, antes bien, toma como referencia el tratamiento y el régimen penitenciario.

Definido el régimen penitenciario “como 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”⁶⁰⁰ y no pudiendo por definición los ficheros FIES determinar por sí mismos un régimen de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda, como se vienen insistiendo, art. 6.4 RP, antes bien ese efecto no es de la inclusión en aquellos, sino precisamente de las diversas medidas regimentales (régimen de vida, limitaciones regimentales... y, más en general, las distintas medidas de seguridad interior ex art. 65RP), lo susceptible de control ante el Juez de Vigilancia son éstas y no la inclusión en fichero alguno, pues de él, legalmente no puede derivarse tal efecto ordenador de la vida en prisión.

Sostener que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de la inclusión en un fichero que carece, por definición, de trascendencia regimental, es obviar la configuración de la atribución competencial de aquel en la ley penitenciaria, la cual toma inequívocamente como concreto marco de referencia los aspectos regimentales o tratamentales, que es lo que justifica su intervención.

El pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desconoce, como de forma clara expone la STCJ 1/2020, de 12 de febrero, que la competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para proteger derechos fundamentales de los presos no se refiere a los casos en que su vulneración se produce mediante actuaciones de la Administración penitenciaria que tiene por cauce de impugnación la vía contencioso-administrativa.

En conclusión, una cosa es el cuestionamiento de la inclusión en tal fichero que, pese al pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo expuesto, no cabe entender que su conocimiento corresponda al Juez de Vigilancia y, otra diversa, la adopción de medidas que afecten a derechos de los internos o impliquen un régimen de vida diverso al que les corresponda, competencia que indiscutiblemente se residencia en él, al amparo, esta vez sí, de los arts. 76.1 LOGP y 94.1 LOPJ. Quizás el planteamiento del Tribunal Supremo responda a que habitualmente, en el foro, se mezclan en las reclamaciones que se ventilan ambos aspectos, pero ello no es justificación para atribuir la competencia al Juez de Vigilancia, antes bien, han de delimitarse claramente las dos cuestiones.

Pero si alguna duda quedaba sobre la ausencia de competencia objetiva del Juzgado de Vigilancia para pronunciarse sobre la inclusión en el fichero, aquella queda despejada tras la LO 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, la cual, en su art. 1, dispone que su objeto es establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de

⁶⁰⁰ Art. 71 LOGP y 73 RP.

infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública; siendo su ámbito de aplicación, conforme al art. 2, el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, realizado por las autoridades competentes, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública; designándose como autoridad competente en la materia, por lo que aquí interesa, en el art. 4.1 b), a las Administraciones Penitenciarias. Precisamente por ello dicha norma modifica la LOGP en la DF 1ª introduciendo el art. 15 bis, el cual expresamente se remite en cuanto al tratamiento de los datos personales de los internos a la LO 7/2021.

En dicha norma se fija, en su art. 48, como autoridades de protección de datos independientes a la Agencia Española de Protección de Datos y a las autoridades autonómicas de protección de datos, exclusivamente con relación a aquellos tratamientos de los que sean responsables en su ámbito de competencia. Ente sus funciones, conforme al art. 49, está tramitar y responder las reclamaciones presentadas por un interesado; siendo competente, conforme al art. 55, la Jurisdicción Contencioso-administrativa para la resolución de los correspondientes recursos.

3.5 La relación laboral especial penitenciaria

El trabajo, dentro de la sistemática de la pena, siempre ha tenido una especial significación, oscilando desde su consideración como una pena en sí -trabajos forzados-, a una forma de sustitución -trabajo bajo vigilancia judicial-, o bien como elemento integrante de la ejecución de la pena privativa de libertad, bien en sentido negativo -prevención del ocio, disciplinario, expiación-, bien en sentido positivo -tratamiento-⁶⁰¹. Precisamente, en esa última acepción, la LOGP, su art. 26, configura el trabajo de los internos como un derecho y un deber y elemento fundamental del tratamiento. Esta disposición recogería de manera irreversible los progresivos planteamientos iniciados por Montesinos, dejando a un lado la concepción del trabajo como sanción y reafirmando su concepción como medio e instrumento útil para los internos en orden a la reinserción⁶⁰².

DE LA CUESTA ARZAMENDI⁶⁰³, al referirse al trabajo en el medio penitenciario, subraya que pocos temas suscitan mayor unanimidad doctrinal en cuanto a su centralidad en la vida penitenciaria, por la especial trascendencia que el desarrollo de una actividad laboral por parte de los internos alcanza en orden a la adecuada

⁶⁰¹ BUENO ARÚS, Francisco. "Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario". En: *Estudios Penales y Criminológicos*. nº 2, 1977-1978, p. 257.

⁶⁰² SUÁREZ TASCÓN, José. "El trabajo penitenciario". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 205.

⁶⁰³ CUESTA ARZAMENDI, José Luis. de la. "El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español". En *Derecho penitenciario. Cuadernos de Derecho Judicial*. nº 33. Madrid: CGPJ, 1995.

organización de la vida prisional y para la preparación del interno a la vida en libertad, confluyendo así en él los dos aspectos fundamentales del sistema penitenciario.

El trabajo remunerado de los condenados tiene un preponderante reconocimiento constitucional. El art. 25 CE lo eleva a la categoría de derecho fundamental de nivel superior en la medida en que se recoge en la Sec. 1ª, Cap. 2º, Tít. I de aquella, lo que le confiere la máxima protección al tener acceso al recurso de amparo, art. 53.2 CE, a diferencia del que corresponde a los ciudadanos no privados de libertad, que se recoge dentro en la Sec. 2ª, art. 35 CE y, por ello, al margen de tal instrumento tuitivo.

Sin embargo, tan ambiciosa proclama, ha sido rebajada en sus metas y ajustada a la realidad por la doctrina del Tribunal Constitucional⁶⁰⁴, al afirmar que no se trata de un verdadero derecho subjetivo del interno frente a la Administración, ni tampoco una mera declaración dirigida a destacar la obligación positiva de la Administración penitenciaria de procurar al interno el efectivo disfrute de ese derecho, predominando su carácter de *derecho a prestación* en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de prestación, debiéndose distinguir dos aspectos: la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente.

De esta forma la mera reclamación de un puesto de trabajo remunerado con tal referencia constitucional no es suficiente para que tenga que ser acogida, antes bien es necesario que exista aquel en el centro penitenciario y el interno quejoso tenga preferencia conforme a los criterios de asignación. En tal sentido, es el art. 3.2 del RD 782/2001, de 6 de junio, *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 comunidad*, atribuye a la Junta de Tratamiento, como órgano administrativo competente, la adjudicación de los puestos a los internos, siguiendo el específico orden de prelación en él establecido⁶⁰⁵.

Por ello, solo cuando se aprecie desviación respecto de tales parámetros de asignación de puestos de trabajo remunerados, cabe cuestionar la actuación administrativa al amparo del art. 76.2 g) LOGP.

Pero si la eventual vulneración del derecho del interno en la asignación sí tiene acogida en el ámbito penitenciario, el cese en la relación es una cuestión puramente laboral, a tenor del art. 1 RD 782/2001, pues se establece que las cuestiones litigiosas

⁶⁰⁴ STC 172/1989, de 19 de octubre (ROJ: STC 172/1989 - ECLI:ES:TC:1989:172), y 17/1993, de 18 de enero (ROJ: STC 17/1993 - ECLI:ES:TC:1993:17).

⁶⁰⁵ Los criterios de prelación son los siguientes: 1º. los internos en cuyo programa individualizado de tratamiento se contemple el desarrollo de una actividad laboral; 2º. los internos penados sobre los preventivos; 3º la aptitud laboral del interno en relación con las características del puesto de trabajo; 4º la conducta penitenciaria; 5º el tiempo de permanencia en el establecimiento penitenciario; 6º las cargas familiares; y 7º la situación prevista en el artículo 14.1 de este Real Decreto, que se refiere al caso de los traslados entre centros.

derivadas de los conflictos individuales que se promuevan por los internos trabajadores encuadrados en la relación laboral especial penitenciaria se regirán por el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Este planteamiento reglamentario tiene su sentido, en primer lugar, porque lo que se está ventilando no es ya el derecho al trabajo, el acceso a él, sino meras cuestiones propias del Derecho Laboral -salarios, condiciones...-, y ello aunque algunas de las causas de extinción de la relación estén ligadas aspectos tratamentales, regimentales o disciplinarios⁶⁰⁶; por otro lado, en segundo lugar, no existe cauce procedimental alguno en el ámbito penitenciario para hacer valer las pretensiones; y, por último, sus consecuencias, que pueden conllevar contenido económico -sirva de ejemplo salarios no percibidos...-, no se pueden ventilar ante un órgano, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, ante el cual, ha de recordarse una vez más, la Administración no es parte, con lo cual ésta no podría defenderse.

4. CONFLICTOS CON LOS ÓRGANOS SENTENCIADORES

4.1 La fijación del límite máximo de cumplimiento

Del mismo modo que han surgido puntos de fricción con la Administración, también ha ocurrido lo propio con los jueces sentenciadores, generalmente con relación al campo compartido de la materia de ejecución.

El primer conflicto Juez de Vigilancia/sentenciador surge en torno a la fijación del límite máximo de cumplimiento, pues a tenor del art. 76.2 a), correspondería al primero “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”, con lo cual, en una primera interpretación amplia de esta competencia de ejecución, cabría entender comprendida en ella la aplicación del límite de cumplimiento, actualmente regulada en el art. 76 CP; mas la jurisprudencia⁶⁰⁷ va a dar prevalencia al art. 988 LCRM, en tanto que tal precepto establece que cuando “el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el art. 17 de esta Ley el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla 2.ª del art. 70 del Código Penal, concluyendo que contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley”. Se invocaría que, frente a la claridad de la norma procesal, el art. 76 LOGP no menciona

⁶⁰⁶ Art. 10.2 RD 782/2001.

⁶⁰⁷ AATS 1082/1989, de 7 de abril (ROJ: ATS 1159/1989 - ECLI:ES:TS:1989:1159A); 2553/1989, de 14 de octubre (ROJ: ATS 756/1989 - ECLI:ES:TS:1989:756A); y 1581/1990, 4 de mayo (ROJ: ATS 1607/1990 - ECLI:ES:TS:1990:1607A); relativos a la atribución al sentenciador de la fijación del límite máximo de cumplimiento al amparo del entonces art. 70 CP1973.

expresamente entre las atribuciones propias de Juez de Vigilancia la de *refundición de condenas*⁶⁰⁸ al amparo de la regla 2.ª del art. 70 del Código Penal. Por otra parte, la DT 1.ª de la citada Ley Orgánica General Penitenciaria tampoco cita expresamente el art. 988 LCRM. De ahí que se subraye, por tanto, que el Juez de Vigilancia se mueve, aparte de las atribuciones de amparo de los internos y control de la Administración, en el ámbito de la ejecución de las penas, sin que pueda extenderse su función a valorar, a efectos penales, los hechos motivadores de las condenas, por lo que al implicar la fijación del límite máximo de cumplimiento un juicio sobre la conexidad de los hechos que han servido de base a las distintas condenas penales, sopesando, en los términos del art. 17 LCRM, las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes dentro de una actividad declarativa o de enjuiciamiento, se excede de la de ejecución que compete a tales Juzgados.

4.2 Órdenes de reingreso

Un nuevo conflicto surge en cuanto a quién corresponde cursar las órdenes necesarias para el reingreso en prisión en caso de evasión, fuga o quebrantamiento de condena, habiéndose decantado el Tribunal Supremo por atribuir la competencia al sentenciador, pues el penado lo sería por resolución de aquel, al que además correspondería la aprobación de la liquidación de condena, acordar el inicio del cumplimiento y el ingreso en prisión, la declaración del licenciamiento definitivo; sería el que ordena la excarcelación por cumplimiento, la extinción por muerte, indulto, cumplimiento de la pena, o prescripción de la misma; de ahí que ante un quebrantamiento de la pena deba ser el que ordene y acuerde la vuelta a la prisión ⁶⁰⁹.

4.3 Pena de trabajos en beneficio de la comunidad

Otro punto de enfrentamiento surge con relación a la confusión en torno a qué es propiamente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pues en el Código Penal se emplea el término de forma equívoca. En unos casos es una condición de la suspensión, art. 84 CP -con anterioridad a la LO 1/2015, también de la sustitución de penas, antiguo art. 88 CP-, además de una forma de hacer efectiva la responsabilidad personal por impago de la pena de multa, art. 53 CP, mientras que en otros es una pena como tal, cuando así se impone en respuesta a una conducta delictiva, en cuyo caso opera plenamente el art. 49 CP. También es una pena propiamente cuando se trata del supuesto de sustitución legal del art. 71.2 CP para las penas de prisión inferiores a seis meses. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶¹⁰ se ha decantado por entender que

⁶⁰⁸ Aunque las resoluciones referidas usan el término *refundición*, sería más correcto hablar de acumulación jurídica de penas.

⁶⁰⁹ ATS de 5 de marzo de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A).

⁶¹⁰ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018; STS 603/2018, de 28 de noviembre (ROJ: STS 4027/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4027); y los AATS

solo cuando la legislación se refiere a los trabajos en beneficio de la comunidad como pena en sentido propio y no como condición, es cuando la competencia para su seguimiento es del Juez de Vigilancia Penitenciaria, siendo, en los otros casos una cuestión que se reside en el conocimiento del sentenciador.

4.4 Medidas de seguridad

Materia de disputa en cuanto al reparto de competencias lo ha sido también la de las medidas de seguridad, por cuanto el Juez de Vigilancia tiene ciertas atribuciones en el seguimiento de aquellas, fundamentalmente con relación a las privativas de libertad, art. 98 CP, hoy en día clarificadas tras la LO 1/2015, pero que con anterioridad dieron lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Supremo⁶¹¹ ante las pretensiones de algunos sentenciadores de entender que la competencia del Juez de Vigilancia en seguimiento comprendía toda clase de medidas de seguridad, privativas y no privativas de libertad.

También en este ámbito, ha sido precisa la intervención del Tribunal Supremo⁶¹² para clarificar quién es el competente en orden a aprobar las salidas terapéuticas en las medidas de seguridad privativas de libertad, ante la ausencia de referencia concreta alguna al efecto, habiéndose entendido que no son sino unos instrumentos similares a los permisos ordinarios y, por ello, se encuadran dentro de las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Queda pendiente de resolver la controversia en cuanto a seguimiento de la libertad vigilada postpenitenciaria. Una primera duda surge con relación al tenor literal del art. 105.2 CP, que se refiere a los casos en los cuales el Juez o Tribunal *deberá* imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada, de lo cual cabe colegir que la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciario solo tiene lugar en los casos en los cuales el Código Penal establece imperativamente esta medida. Si la razón de la atribución del seguimiento de la medida lo es el conocimiento penitenciario del condenado que implica el cumplimiento previo de la pena privativa de libertad, no tiene sentido alguno la discriminación entre supuestos en los cuales la imposición de ella es imperativo o potestativo.

Un segundo problema surge cuando se ha suspendido la pena de prisión, pues en ese caso caben dos posibles interpretaciones. La primera, considerar que dado que no media ingreso en prisión, el seguimiento por el Juez de Vigilancia Penitenciaria carece de todo sentido en atención a que no hay conocimiento alguno del condenado, que es la razón que subyace en su intervención. O bien, que, dado que el Tribunal

de 3 de junio de 2016 (ROJ: ATS 6543/2016 - ECLI:ES:TS:2016:6543A) y 4 de marzo de 2020 (ROJ: ATS 2239/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2239A).

⁶¹¹ AATS 31 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 7761/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7761A) y de 14 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 5438/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5438A).

⁶¹² AATS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: ATS 17256/2009 - ECLI:ES:TS:2009:17256A); de 22 de febrero de 2017 (ATS 1398/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1398A).

Supremo⁶¹³ ha entendido que la suspensión es una forma de cumplimiento, por una interpretación literal del art. 105.2 CP, el seguimiento por parte de Juez de Vigilancia Penitenciaria resulta procedente. Esta segunda opción carece de toda lógica, si bien encuentra acomodo en el texto legal⁶¹⁴.

Por último, un tercer problema vendría dado por cuál es el Juez de Vigilancia Penitenciaria territorialmente competente. Las posibles soluciones serían dos: bien que el que hace la propuesta inicial mantiene la competencia para el seguimiento, como ocurre en la libertad condicional; bien entender que el seguimiento lo va a llevar cabo el del domicilio del sujeto a la medida⁶¹⁵. Esta última postura es por la que se decanta el Tribunal Supremo⁶¹⁶, en el entendimiento de que no es posible esa vigilancia a distancia, sin intermediación y operatividad.

4.5 El conocimiento de los recursos en materia de clasificación

Aunque no se trata propiamente de un conflicto de la figura del Juez de Vigilancia con el sentenciador, sin embargo, en cierta forma lo es, en la medida que se refiere a la determinación en cuanto a quién conoce del recurso de apelación frente a sus decisiones, el sentenciador o bien la Audiencia del lugar.

Las discrepancias interpretativas surgen de la confusa redacción de la DA 5ª LOPJ, la cual distingue a la hora de determinación del *juez ad quem* según sea materia de ejecución o las restantes; en el primer caso el conocimiento del recurso sería del sentenciador, mientras que en la restantes es competencia de la Audiencia del lugar.

El tema fue resuelto en el Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 en el que se declara que "las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de lo juzgado (Art. 117.3 CE) y Art. 3, 1 y 2 C Penal) son competencia del tribunal sentenciador. Y si esto ha de ser así con carácter general, más cuando la resolución de que se trate pueda llevar consigo la libertad condicional y, por consiguiente, la eventual aplicación de medidas previstas en el Art. 105 C Penal"; criterio que es inmediateamente recogido en la STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111).

Pero delimitar qué es ejecución y qué no, no es precisamente una tarea fácil, de ahí que de nuevo surge el conflicto con relación al régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP. La cuestión ha sido resuelta en los AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 -

⁶¹³ STS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716).

⁶¹⁴ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "De las medidas de seguridad". En *Comentarios al Código Penal*. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 439.

⁶¹⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, y ANDRÉS LASO, Antonio. "La libertad vigilada postpenitenciaria y su aplicación". En: *Guía práctica de Derecho penitenciario*. dir. LEÓN ALAPONT, José. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022, pp. 573-574.

⁶¹⁶ ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*) en favor del sentenciador.

Pero el más reciente conflicto tiene por objeto la aplicación del control telemático en el tercer grado, art. 86.4 RP. De nuevo se considera que es ejecución por el Tribunal Supremo en los AATS 25 de mayo (ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A) y 8 de septiembre 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A).

5. EL JUEZ DE VIGILANCIA Y LA JUSTICIA JUVENIL

5.1 Delimitación de competencias entre el Juez de Vigilancia y el Juez de Menores

Aunque en principio pudiera pensarse que el Juez de Vigilancia Penitenciaria es un *aliud* con relación a la legislación juvenil, nada más lejos a la realidad, pues los arts. 14.2 y 3 LRPM⁶¹⁷ contemplan la posibilidad de que las medidas de internamiento en régimen cerrado se lleven a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Presupuesto fáctico de tales situaciones es la constatación del fracaso de la ejecución de la condena conforme a la normativa juvenil, en el entendimiento de que la normativa penitenciaria puede resultar más conveniente para la reinserción del menor. No deja esta solución de ser controvertida, pues una y otra regulación tienen caracteres distintos: la primera, aunque sancionadora-educativa, prima en ella el superior interés del menor, nota ésta de la cual adolece la segunda.

Quizás haya pesado en la mente del legislador a la hora de diseñar esta solución la posición diferenciada que tienen los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno (excepcionalmente hasta veinticinco), en la regulación penitenciaria, de forma

⁶¹⁷ Art. 14 LRPM.

...

2. Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

que en la ejecución de la pena en ellos prevalece una orientación formativa y educativa⁶¹⁸.

La posibilidad de que las medidas de internamiento en régimen cerrado se lleven a cabo en un centro penitenciario da lugar a divergentes interpretaciones, según se admita un mayor o menor grado de equiparación, de facto, más allá del mero nominalismo, de la medida con la pena de prisión, lo cual que se traduce en un debate sobre el alcance de las atribuciones del Juez de Vigilancia en tales casos.

Una primera posición lleva a la asimilación, sino transmutación, de la medida de internamiento en régimen cerrado y la pena de prisión. Así, LEGANÉS GÓMEZ⁶¹⁹ afirma que el joven que ingresa en un centro penitenciario para cumplir una medida de internamiento de las previstas en la normativa de menores queda sometido, según el art. 14.3 LORPM, a la legislación penitenciaria, por lo cual le es aplicado el sistema penitenciario de adultos, y es la Administración penitenciaria la responsable para la ejecución de la medida, siendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el competente para controlarla, sin perjuicio de algunas competencias que conserva el Juez de Menores. Este órgano judicial conserva las funciones propias de cualquier juez sentenciador -aprobación de la liquidación de condena y el licenciamiento definitivo-, pero además tiene las funciones propias reguladas en los arts. 13 y 51 de la LORPM -revisar la modificación, sustitución o suspensión de la medida-, para lo cual es necesario que sea informado de forma periódica por el Equipo Técnico del centro penitenciario donde se encuentre el joven cumpliendo la medida. Esto supone que el control de la legalidad de la ejecución por parte de la Administración penitenciaria le va a corresponder al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en tanto que el Juez de Menores conservará las competencias propias de la jurisdicción de menores que tienen que ver con la flexibilidad propia de las medidas, pues en función de la evolución del sujeto tendrá que decidir la pervivencia, modificación o sustitución de la medida. La eventual sustitución de la medida de internamiento en régimen cerrado por otra en régimen abierto o semiabierto, libertad vigilada, o cualesquiera otras, es del Juez de Menores y no cabría el acceso a la libertad vigilada, que sigue a toda medida de internamiento, sin que previamente acuerde aquel la modificación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

NISTAL BURÓN⁶²⁰ va más allá, pues, con apoyo en que es el Juez de Vigilancia quien ejerce las funciones de fiscalización de la legalidad sobre la Administración penitenciaria, concluye que ha de ser esta jurisdicción de vigilancia y no la de menores quien ejerza dicho control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación de la Administración que ejecuta la medida -la Administración penitenciaria-; y que es este Juez el que debe conocer de las peticiones, quejas y recursos sobre todo lo que afecte a los derechos o intereses del joven que cumple la medida en un centro penitenciario

⁶¹⁸ El art. 9 LOGP contempla la separación de este grupo de internos con relación al resto de la población reclusa. Y el art. 173 RP contempla esta forma de cumplimiento como una de las especiales por razón de los particulares principios que la inspiran.

⁶¹⁹ LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. "Jóvenes en prisión". En: *La Ley Penal*. nº 85, 2011, pp. 11-13.

⁶²⁰ NISTAL BURÓN, Javier. "El cumplimiento en un centro penitenciario de adultos de las medidas de internamiento previstas en el Ley Orgánica 2/2000, de 12 de enero, regulador de la responsabilidad penal de los menores: problemática jurídica". En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. año 58, nº 1958, pp. 359-360.

de adultos en cualquier materia, tanto en relación con el régimen como con el tratamiento -clasificación penitenciaria en grados de tratamiento, régimen de vida propio de cada grado de tratamiento, acceso a los beneficios penitenciarios contemplados en la normativa penitenciaria, régimen disciplinario, permisos de salida...- lo cual vendría corroborado porque algunas de las funciones que la Ley 5/2000, atribuye en su articulado al Juez de Menores tendrían difícil encaje en la distribución de competencias prevista en el artículo 76 LOGP para la jurisdicción de vigilancia ya, que muchas de ellas, tienen su razón de ser, precisamente, en el hecho concreto de que la medida se ejecuta en un centro específico, pero no tendrían esa misma justificación si la medida se cumpliera en un centro penitenciario de adultos. Se rechaza así que haya que distinguir la a la hora de atribuir la competencia a uno u otro Juez entre cuestiones tratamentales o regimentales.

En esta línea ORNOSA FERNÁNDEZ⁶²¹ entiende que la competencia sobre las incidencias de la ejecución corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme a su regulación, pudiéndose aplicar de forma inmediata lo en ella previsto respecto a la progresión de grado.

COLÁS TURÉGANO⁶²², por su parte, entiende que, dado que la ahora la ley habla de régimen general, parece más adecuado considerar que la Administración penitenciaria, teniendo en cuenta los informes de la Entidad de procedencia del joven, procederá a su clasificación en el grado que resulte más adecuado a sus circunstancias.

Para CÁMARA ARROYO⁶²³, en la medida en que la LO 8/2006 reformó el art. 15 LORPM sustituyendo la referencia al *régimen ordinario* por la expresión *régimen general*, ello implica una remisión al régimen penitenciario en bloque -ordinario, abierto y cerrado-, si bien matiza que atendiendo a la edad de la comisión de los hechos y al interés superior del menor, el régimen de internamiento cerrado debe corresponderse como máximo con el régimen de vida ordinario, quedando vetada la clasificación inicial en primer grado, pues dado el especial régimen de permisos y salidas del régimen cerrado de internamiento, más benévolo que el régimen cerrado penitenciario, otra cosa sería una *reformatio in peius*.

Un segundo posicionamiento rechaza esa equiparación implícita entre la medida de menores que se cumple en el establecimiento penitenciario y la pena de prisión. Como presupuesto de este planteamiento ha de partirse que conforme al art. 7.1 a) LORM, la medida de internamiento en régimen cerrado significa que las personas sometidas a ella residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Hay pues, en cuanto al contenido material de esta medida, un paralelismo en la forma de su cumplimiento y el cumplimiento de la pena de prisión en régimen ordinario.

⁶²¹ ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario. *Derecho Penal de Menores*. 4ª ed. Barcelona: Bosch, 2007, pp. 258-259.

⁶²² COLÁS TURÉGANO, Asunción. "Cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas en su aplicación práctica". En: *Revista General de Derecho Penal*. Nº14, 2010.

⁶²³ CÁMARA ARROYO, Sergio. *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Madrid: Ministerios del Interior-Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2011, p.673.

Así, GARCÍA PÉREZ⁶²⁴ considera que el enunciado del art. 14.3 LORPM no significa que la medida de internamiento en régimen cerrado cambie su naturaleza y se convierta en una pena de prisión, lo cual sería inadmisibles por vulnerar el principio de culpabilidad, ya que a la comisión de un delito por parte de un menor se estaría respondiendo con una pena de adultos y, aunque pena de prisión y medida de internamiento son privaciones de libertad, lo diferencial entre una y otra es precisamente el régimen de ejecución. Precisamente recogería la objeción al respecto que la reforma del precepto se hizo en los votos particulares al Informe del CGPJ⁶²⁵.

Es esclarecedor el planteamiento de BUENO ARÚS⁶²⁶, que, aunque referido a la redacción original del art. 15 LORPM⁶²⁷, cuyo contenido tras la reforma operada por LO 8/2006 pasa al actual art. 14 con ciertas modificaciones, su argumentación sigue siendo plenamente válida para la actual dicción. Jurisdicción de vigilancia y jurisdicción de menores, aunque especializadas las dos, tienen un sentido muy distinto, pues mientras en la primera tiene un papel preponderante la defensa de los derechos de los internos, no siendo sino un perfeccionamiento en una etapa ordinaria más de la pena en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho, aspecto pues puramente cuantitativo, en la segunda media un régimen cualitativamente diferente respecto de los que es el sistema penal en atención a las cualidades de los menores de cierta edad y sus oportunidades de orientarse hacia la reeducación y reinserción social con mayores posibilidades que los adultos. Es por ello que las medidas aplicables están impregnadas de una orientación pedagógica o correccional antes que sancionadora y la elección de la medida y su variabilidad está en función de la personalidad del menor, antes que en la culpabilidad y gravedad del hecho, siendo el fin primordial el superior interés del menor. Por ello la Jurisdicción de menores sería omnicomprensiva de todas las fases de enjuiciamiento y ejecución, por lo que la intromisión del Juez de Vigilancia sería un elemento perturbador por diferente orientación. Se delimitarían así dos ámbitos competenciales, uno el referente a modificaciones de la medida y aspectos tratamentales, competencia del Juez de Menores, y otro referente a lo puramente

⁶²⁴ GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Las medidas y su ejecución en el sistema de Justicia Penal Juvenil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 150.

⁶²⁵ Informe del CGPJ de 23 de noviembre de 2005 al *Anteproyecto de Ley* por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

⁶²⁶ BUENO ARÚS, Francisco. "Conexión entre la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria y la Jurisdicción de Menores". En *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2003 pp. 193-198.

⁶²⁷ Art. 15. Mayoría de edad del condenado, LO 5/ 2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (redacción original)

Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad o, habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven dicha edad, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 51 de la presente Ley, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

regimental, sirva de ejemplo lo disciplinario, que sería atribución del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La remisión a la aplicación de la Ley Orgánica General Penitenciaria no transmuta la naturaleza de la medida en pena, pues son los aspectos accesorios que integran lo que es el mero cumplimiento los que son aplicables, mas no los aspectos sustanciales y propios del tratamiento, lo cual, por otra parte, tampoco quiere decir que sea algo tan sencillo de delimitar. Así, una cuestión relativa al régimen disciplinario, el eventual conocimiento de aquella, es materia propia del Juez de Vigilancia; pero, por ejemplo, una denegación, restricción o intervención de comunicaciones, ex art. 43 RP, si la decisión adoptada por la Administración se funda en una cuestión tratamental, más bien parece propia del Juez de Menores. O un permiso, los cuales no son sino instrumentos del Tratamiento en orden a la preparación de la vida en libertad y, aunque tienen rasgos regimentales -el grado de cumplimiento y la concurrencia de buena conducta-, los aspectos a considerar, son puramente tratamentales, lo cual nos lleva a entender que la decisión a tomar corresponde al Juez de Menores.

En estos casos la clasificación es meramente instrumental en orden a la aplicación del régimen ordinario, mas en puridad no es tal, pues cualquier cambio en ella en orden a gozar de mayor ámbito de autogobierno, es un cambio en la medida en ejecución, decisión que corresponde al Juez de Menores y no a la Administración, como tampoco la eventual revisión de la decisión tomada por esta última al Juez de Vigilancia. Supone pues hacer, desde el punto de vista competencial, una clara delimitación de lo estrictamente regimental, cuyo conocimiento corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, de los aspectos tratamentales y clasificatorios, respecto de los cuales sigue vigente, en plenitud, la potestad del Juez de Menores.

En esta formulación, delimitando claramente los ámbitos de actuación de una y otra instancia judicial, se respeta nítidamente la naturaleza de la sanción en ejecución, no se produce cambio alguno en ella, sino que en esencia y contenido sigue siendo una medida propia de la Jurisdicción de menores, sin perjuicio que los aspectos materiales o accesorios del entorno en el cual se lleva a cabo son los propios penitenciarios y, por ello, quedan sujetos a la jurisdicción que mejor la conoce y que le es más propia. Sin embargo, como luego se expondrá, este planteamiento da lugar a importantes problemas prácticos difíciles de sortear.

La tesis primera expuesta supone que, manteniendo formalmente la separación nominal en la respuesta penal para menores y mayores, medida/pena, sin embargo, de facto las identifica en su contenido, un auténtico fraude de etiquetas. Si Administración penitenciaria y su correlato en lo jurisdiccional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, tienen las mismas atribuciones que aquellas que les corresponde en el cumplimiento penitenciario de las penas privativas de libertad, operando plenamente el mecanismo clasificatorio, nada impide que el menor sea clasificado en tercer grado, con el régimen abierto de vida que comporta, que incluso puede significar un mero control telemático, art. 86.4 RP, o el acceso a la libertad condicional, lo cual no deja de ser llamativo. En definitiva, no pasa de ser un eufemismo seguir llamando a la restricción de libertad que se ejecuta medida de internamiento en régimen cerrado, pues nada tiene que ver con su definición conforme al art. 7.1 a) LORM: *Las personas sometidas a esta medida*

*residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio*⁶²⁸. En tercer grado y en libertad condicional es obvio y evidente que ni se reside en ningún centro, solo limitadamente en el primer caso, y desde luego no se desarrollan en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

La única diferencia que existiría con una pena no sería el contenido, antes bien las posibilidades de modificación, sustitución o suspensión al amparo de los arts. 13.1 y 51.1 LORPM, mas, ello es un título insuficiente para poder afirmar que se está respetando el principio de culpabilidad. El menor, no ha de olvidarse, está exento de responsabilidad conforme al Código Penal, pero este texto no hace sino regular como respuesta sancionadora única y exclusivamente a las penas y medidas de seguridad; penas privativas de libertad se ejecutan conforme a la LOGP. Salvo que se quiera hacer una abstracción entre la denominación y el contenido de la sanción penal, como si fueran cosas ajenas y distintas, afirmar que una medida de menores que se ejecuta como una pena de prisión es algo distinto de ella no pasa de ser una falacia.

Es más, por un elemental respeto al principio vinculación del juez a la ley, art 117 CE, que implica que este actúe conforme a criterios de legalidad y no de oportunidad, no se entiende el motivo, salvo que se desconozca la evolución del condenado, por el cual se elude el uso de la potestad de modificación, suspensión o sustitución de la medida cuando el sujeto condenado, antes menor, experimente una progresión que incluso puede llevarle a la libertad condicional.

Es más, conforme a la DA 5ª LOPJ, el órgano al cual corresponde resolver el eventual recurso de apelación en materia de clasificación contra la decisión del Juez de Vigilancia sería el Juez de Menores, con lo cual resultaría que de ser procedente la progresión al tercer grado o libertad condicional no atendida en primera instancia, acceder en apelación a ella sería un auténtico cambio de contenido de la medida, en este caso por una vía indirecta, el vaciamiento del contenido de una medida de menores privativa de libertad de cumplimiento en régimen cerrado impuesta por quien ahora resuelve y que tiene las potestades modificativas. Resulta un tanto incongruente que se estimara pertinente la libertad condicional y no el cambio de medida.

La postura que defiende la aplicación en bloque de la legislación penitenciaria, conduce además a una significativa paradoja que suele olvidarse; en los casos más graves de condenas conforme a la LORM, que pueden llegar incluso a medidas de

⁶²⁸ Este es el planteamiento recogido en el AJM de León de 3 de mayo de 2021 -dictado en resolución de un recurso de apelación en calidad de Juzgado sentenciador-, el cual considera que es aplicable en bloque la legislación penitenciaria, aunque ello signifique que se clasifique al interno en tercer grado, lo cual comporta el régimen de vida abierto, aunque en el caso sometido a consideración desestimara la progresión. Tal resolución incluso va más allá, pues invoca como una de razones de la denegación de la progresión los periodos de seguridad del art. 36.2 CP propios de la pena de prisión, que forman parte del cumplimiento de esa respuesta penal, de su grado de contenido afflictivo, STS 748/2006, de 12 de junio (ROJ: STS 4583/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4583); periodos de seguridad que, por cierto, no coinciden en su configuración legal con aquellos otros de modificación de la medida de internamiento en régimen cerrado del art. 10.2 b) LORM, lo cual implica afirmar a las claras, que la medida se ha transformado en una pena por el hecho del cumplimiento de la mayoría de edad. Tal resolución se dicta con relación a otro del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Castilla y León de 11 de febrero de 2021 que mantenía la tesis contraria, esto es que no cabe el tercer grado en una medida de menores de internamiento en régimen cerrado ejecutada conforme a la legislación penitenciaria.

internamiento en régimen cerrado de ocho años de duración, conforme a esa normativa tienen periodo de seguridad, no pueden modificarse sino una vez alcanzada la mitad de la condena; ahora, al pasarse a cumplir conforme a la legislación penitenciaria, lo cual puede acontecer antes de alcanzar la mitad de cumplimiento, ese límite deja de operar, pues la forma de vida del tercer grado, que puede ser incluso la del art. 86.4 RP, conforme a esta tesis no es una modificación de medida. No cabe invocar en este caso los periodos de seguridad del art. 36 CP, pues son propios de las penas, no de las medidas de menores; amén que, en el caso de los potestativos, no existiría pronunciamiento obviamente en la sentencia. En estos casos, será incluso el propio condenado que no tenga favorables perspectivas conforme a la legislación de menores el primer interesado en eludir los obstáculos legales en ella existentes para lograr un modo de vida con mayores cotas de autogobierno y pedirá el cumplimiento conforme a la legislación penitenciaria, en la cual no median aquellos⁶²⁹.

La segunda postura, si bien es plenamente respetuosa con la diversa naturaleza y fundamentos de la pena y de las medidas de menores, además de coherente con el principio de culpabilidad, presenta sin embargo problemas prácticos, especialmente en el caso de concurrir en el cumplimiento con otras penas, como luego se expondrá.

Frente a estas dos posturas cabe, sin embargo, un tercer posicionamiento. Admitiendo y afirmando la diferencia cualitativa entre pena y medida de menores, que no pueden identificarse por respeto al principio de culpabilidad, cuando se dispone que el menor pasa a cumplir una medida conforme a la legislación penitenciaria, ello no afecta propiamente a los aspectos que conforme a aquella se consideran ejecución, que seguirían siendo competencia del Juez de Menores. Así, en estos casos, el proceso clasificatorio no cumple más función que la meramente formal o instrumental de asignar al condenado una modalidad de vida, excluyéndose, en todo caso, el régimen abierto, pues este sustancialmente afectaría a la naturaleza de la medida de internamiento en régimen cerrado. Además, nunca sería factible la opción de la libertad condicional, último escalón del sistema penitenciario, pues faltaría el presupuesto de ella, una pena de prisión en cumplimiento.

Hay que hacer una matización. La asignación de régimen de vida para el cumplimiento de la medida puede ser en la legislación penitenciaria tanto el ordinario como el cerrado, pues ambos se ajustan a la definición de la medida de cumplimiento en régimen cerrado: el condenado en ambos casos reside en el centro y desarrolla en él las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Por ello, aunque en la legislación penitenciaria la clasificación en primer o segundo grado es materia de ejecución, en la medida en que ello no afecta a la una modificación de la naturaleza de

⁶²⁹ Precisamente en el asunto examinado en el AJM de León de 3 de mayo de 2021, antes citado, es el propio condenado, al cual le era aplicable el periodo de seguridad propio de la medida de internamiento en régimen cerrado, con lo cual no podía acceder a una medida de internamiento en régimen semiabierto o abierto hasta cumplir la mitad de la condena, el que solicitó cumplir conforme a la legislación penitenciaria, para eludir así el obstáculo legal, recurriendo su clasificación en segundo grado tan pronto ésta tuvo lugar en orden a intentar lograr el acceso a un régimen de semilibertad bajo la forma del tercer grado.

la medida de menores, la competencia sería, en caso de recurso, del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Los demás aspectos que afectan al cumplimiento, los que no se consideran ejecución, caso de los permisos de salida, así como los puramente regimentales - comunicaciones, régimen disciplinario, etc.-, sí entrarían en la forma ordinaria de cumplimiento penitenciario.

El Juez de Menores sería, no obstante, para el Juez de Vigilancia algo más que lo que es para él el Juez sentenciador, pues seguiría conservando el núcleo duro de sus competencias, no solo la declaración de la extinción de la medida, sino también la de su modificación, pero no en un sentido meramente nominal, sino material y sustancial, con lo cual no cabría una excarcelación de facto al margen de su intervención. Lo que es propiamente aspectos de ejecución, con la puntualización que antes se hizo, quedarían al margen de la función del Juez de Vigilancia.

En definitiva, en este planteamiento, poniéndose en conexión el contenido esencial de la medida de internamiento en régimen cerrado, considerando los otros modos de internamiento propios de la legislación de menores -el internamiento en régimen semiabierto y abierto- y lo que son los tres regímenes de vida penitenciarios - cerrado, ordinario y abierto-, resultaría que solo el régimen cerrado y el ordinario penitenciarios satisfacen el núcleo esencial de la medida de internamiento en régimen cerrado; el régimen abierto penitenciario, por el contrario, dado su contenido, lo supera, afectando a la esencia de la medida, a la ejecución, pues supone una modificación de aquella, lo cual comporta la necesaria intervención del Juez de Menores.

Pero se opte por uno otro de los planteamientos expuestos, lo que siempre sería factible es la aplicación a quien cumple la medida de internamiento del régimen de vida propio de los internos clasificados en primer grado, de concurrir los requisitos precisos para su consideración⁶³⁰.

5.2 La problemática de la refundición de la medida de internamiento en régimen cerrado y la pena de prisión

En caso de concurrir una medida de menores de cumplimiento penitenciario y una pena prisión, conforme al art. 47.7 LRPM primero se cumple la medida y, solo después, la pena de prisión. Pero surge la duda en cuanto si es posible la refundición penitenciaria del art. 193.2 RP y un eventual pronunciamiento del Juez de Vigilancia sobre la libertad condicional con alcance sobre la medida de menores.

NISTAL BURÓN⁶³¹, con relación al citado precepto reglamentario recuerda que establece un principio básico en el Derecho Penitenciario -la denominada ejecución

⁶³⁰ El art. 92.4 RP, que fue objeto de reforma por RD 419/2011, establece un especial régimen de revisión, tanto para la modalidad de vida, como para el grado, en el caso de los menores de 21 años.

⁶³¹ NISTAL BURÓN, Javier. "El cumplimiento en Centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad. Problemática jurídica (A propósito del nuevo art. 14 introducido por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica

única-, la cual respondería al fin de la reeducación y reinserción social del interno, siendo la inclusión de todas las penas en una misma unidad de ejecución un requisito indispensable para el tratamiento penitenciario, pues sería absurdo tratar al interno atendiendo a sus responsabilidades penales por separado, amén que de no considerarse aquel, antes bien la unidad de cada pena, el interno iría abandonando y regresando al establecimiento penitenciario de acuerdo con la obtención de libertad en cada una de las sanciones impuestas. Se trataría ésta, según señala el autor citado, de una competencia jurisdiccional del Juez de Vigilancia en materia de ejecución del art. 76.2 a) LOGP, pero cuando concurra con una medida del ámbito de la legislación de menores, será preciso contar también con la autorización del Juez de Menores, al ser también competencia suya, art. 44 LRPM.

Frente a este planteamiento, sin poner en duda de la utilidad e incluso necesidad del principio invocado, cabe decir que salvo que se admita plenamente el fraude de etiquetas, pena y medida de internamiento son cosas distintas, que lo único que comparten es el objeto, la libertad, en cuanto que formas de restricción, rigiéndose una y otra por principios diversos. No hay por ello unidad tratamental, pues el tratamiento en uno y otro caso responde a principios distintos, unos esquemas normativos que tienen diverso grado de rigidez. Darles una respuesta única supone desnaturalizar la medida, que de facto pasaría a ser pura y simplemente una pena. Ni formalmente, incluso, cabe invocar el art. 193.2 RP, pues aquel está recogido en el ámbito de la libertad condicional, instituto del todo punto ajeno a la medida impuesta conforme a la legislación de menores pues su presupuesto es la existencia de una pena de prisión.

La solución a este problema no es precisamente fácil, casi se torna en un imposible al haberse mezclado en la legislación entes jurídicos distintos. De llevarse la delimitación pena/medida al máximo, segunda postura expuesta, medida y pena llevarán vidas separadas y sucesivas y lo que acontezca en cada una de ellas corresponderá a entes judiciales distintos, que operarán al margen uno del otro. De esta forma, cuando se pase a cumplir la pena se partiría desde cero en cuanto al cumplimiento de los requisitos puramente objetivos, como lo son los cronológicos, en los institutos en los cuales tienen relevancia, si bien con relación a los criterios valorativos tratamentales es obvio que van a desplegar sus efectos. Una buena evolución en el cumplimiento de la medida repercute en el ulterior cumplimiento de la pena, de forma que puede favorecer al acceso, por ejemplo, a un tercer grado.

De decantarse por la postura intermedia, esto es el Juez de Menores es competente para aspectos sustanciales, modificación de la medida o acordar su extinción, afirmando que las cuestiones tratamentales que no afecten a tales extremos, caso de los permisos de salida, son competencia del Juez de Vigilancia, sería admisible considerar todo el tiempo de cumplimiento, ya sea bajo la forma de medida, ya bajo la de pena, como comprendido en el requisito cronológico en tal figura.

Ahora bien, considerar el tiempo de duración de la medida, como de cumplimiento a los efectos del cómputo de un eventual periodo de seguridad del art.

la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)". En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales). nº 1, 2007, pp. 1852-1862.

36.2 CP, en el caso tenerlo la pena de prisión concurrente, o a los efectos de la libertad condicional, resulta más problemático, pues el cumplimiento del tiempo de la medida no es cumplimiento de una pena, con lo cual resulta complicado justificar que es uno lo que ontológicamente no lo es. Lo mismo ocurre con las medidas de seguridad, cuyo cumplimiento no se computa a estos efectos.

6. CUESTIONES DE COMPETENCIA TERRITORIAL

Más allá de los conflictos con otros órganos del orden penal, también la imprecisa regulación competencial ha dado lugar a conflictos, ya superados, principalmente en dos ámbitos. El primero con relación a la competencia territorial para conocer los recursos en materia de clasificación, en el cual, tras un vacilante posicionamiento del Tribunal Supremo⁶³², definitivamente se ha decantado por entender que es la actuación de la Junta de Tratamiento la que fija el fuero, esto el Juez de Vigilancia competente lo es el que ejerce su jurisdicción sobre el del establecimiento de aquella y no el del establecimiento del momento en el cual el interno formula el recurso -se entendía en esta última postura ahora superada que lo relevante era el objeto del recurso, el pronunciamiento del Centro Directivo y, por ello, no una actuación de un establecimiento penitenciario en concreto-.

El segundo habría surgido en torno a la determinación de la competencia territorial con relación al seguimiento de la libertad vigilada postpenitenciaria, pues cabría entender que, o bien se trata de un supuesto similar a la libertad condicional, en cuyo caso el Juez de Vigilancia competente sería el que hace la primera propuesta, o bien la semejanza se daría con relación a las medidas de seguridad privativas de libertad, en las cuales la competencia se fija en cada momento en función del lugar de internamiento, criterio por el cual se ha decantado el Tribunal Supremo⁶³³.

Quedan sin resolver cuestiones tales cómo quién hace la propuesta inicial en la libertad vigilada postpenitenciaria cuando no hay ingreso en prisión, lo cual acontece cuando se acuerda la suspensión de condena⁶³⁴; en estos casos, al no iniciarse el cumplimiento en un establecimiento penitenciario, que es la referencia del art. 106.2 CP, pueden considerarse dos eventuales soluciones, la primera considerar que como lo que justifica la intervención del Juez de Vigilancia es el previo cumplimiento penitenciario, al no existir éste, la cuestión de la libertad vigilada y sus concreción es cosa del sentenciador, o bien, atenerse a la literalidad de la norma y considerar que el Juez de Vigilancia ha de hacer la propuesta aunque esté *in albis* frente al penado. En este segundo caso queda también en el aire cuál es el Juez de Vigilancia territorialmente

⁶³² Así frente al criterio sostenido en el ATS 16 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 3833/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3833A) posteriormente se adopta el contrario a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2015.

⁶³³ ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

⁶³⁴ STS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716), entiende que la suspensión de condena es una forma de cumplir la pena y, en consecuencia, cuando procede, debe ir seguida de la medida de libertad vigilada.

competente, si el del lugar del sentenciador o bien, el que parece más lógico, el del domicilio del penado.

No está resuelto tampoco qué Juez de Vigilancia es competente en los casos de enajenación mental sobrevenida del art. 60 CP en los cuales no media ingreso en prisión, bien porque, aunque la pena es privativa de libertad, la situación se plantea antes de dar comienzo al cumplimiento de la pena, o bien porque se trata de otro tipo de penas. Los criterios posibles son los dos expuestos en el caso anterior.

Por último, en los supuestos en los cuales el Juez de Vigilancia Penitenciaria actúa como autoridad de emisión de instrumentos en el ámbito de la LRM surgen situaciones de difícil solución. Es el caso de cuando el penado que pide el traslado a su país de origen no se encuentra en España, pues en este caso falta el punto de conexión con un establecimiento penitenciario que es la referencia que de ordinario se toma para fijar el fuero del Juez de Vigilancia, con lo cual dado que ni siquiera media domicilio en nuestro país, el único punto de conexión viene a ser el del lugar del sentenciador. También puede ocurrir que el penado, estando ingresado en España, haya quebrantado la condena y estado ingresado en un establecimiento penitenciario de otro Estado, bien por esta causa, bien por otra distinta, solicite el traslado de su condena a aquel; en este supuesto cabe tomar como punto de conexión o bien el expuesto en el anterior caso, lugar del sentenciador, o bien el del establecimiento en el cual se encontraba cumpliendo condena cuando quebrantó. Pero también es posible que estando cumpliendo en España, se proceda a una entrega temporal a otro Estado, de forma que cuando está en aquel, se solicita la transmisión de la condena; en este supuesto el problema puede venir porque el establecimiento donde estaba cumpliendo condena puede ser que no sea el último en el que estuvo el penado, pues es habitual trasladarlo previamente a uno próximo al lugar desde donde tiene lugar la salida de España, con lo cual tendríamos dos posibles Jueces de Vigilancia competentes territorialmente.

La conclusión es pues que las indefiniciones de las normas vigentes, que no contemplan multitud de supuestos, ni contienen referencias claras para la solución de los problemas que surgen, crean una innecesaria inseguridad jurídica que produce un trasiego de expedientes y consiguientes retrasos, a pesar de los intereses en juego, la libertad en muchas ocasiones, materia por ello especialmente sensible.

7. LA COMPETENCIA PARA FORMULAR PROPUESTAS A LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA DEL ART. 77 LOGP

Recoge el art. 77 LOGP una particular competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en orden a formular propuestas a la Administración penitenciaria - Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en la letra de la ley- 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 genera a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Tal actividad atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria una naturaleza de órgano consultivo respecto de determinadas materias que no figuran entre la enumeración de sus competencias⁶³⁵.

Esta potestad es ciertamente peculiar, pero no por ello desconocida en otros ámbitos jurisdiccionales y con otras finalidades. Así, en el ya derogado Código Penal de 1973⁶³⁶, se recogía en el art. 1.2 como potestad de todo tribunal la de poner en conocimiento del Gobierno todo hecho que se estimara digno de represión y que no estuviera penado, así como cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito, planteamiento que se recoge en el Código Penal vigente en el art. 4.2 y 3.

Para ALONSO DE ESCAMILLA⁶³⁷ el origen de esta competencia estaría en la legislación francesa, la cual, desde 1970, confiere al Juez de ejecución esta misión de consulta y su capacidad de dirigirse a otras autoridades para la mejora del sistema.

Sin embargo, la potestad de postulación tiene una honda tradición en nuestro Derecho, que arranca del Real Decreto de 14 de diciembre de 1855, *por el que se crean en las Audiencias y en Ceuta, Juntas inspectoras penales dependientes del Tribunal Supremo*, las cuales además de tener entre sus funciones la realización de visitas a las cárceles, se les reconocía en lo que no era de su competencia, el régimen interior y la administración económica, la potestad de formular propuestas al Ministerio de Gracia y Justicia por conducto del Tribunal Supremo.

Esta configuración del Juez de Vigilancia como agente generador de propuestas no solo se da en cuestiones penitenciarias, sino que se ha ido potenciando en lo jurisdiccional cuando en el art. 98 CP, en el ámbito de las medidas de seguridad, se le atribuye la formulación de propuestas en el seguimiento de algunas de ellas.

El art. 77 LOGP conectaría con al art. 97 CE, que atribuye al Gobierno la dirección de la Administración Civil y el ejercicio de la función ejecutiva y de la potestad reglamentaria, lo que significa que toda la normativa penitenciaria se ha de interpretar respetando la existencia de un marco administrativo ajeno a la competencia del Juez de Vigilancia, cuya actuación individualizada es consecuencia de un segundo límite, la carencia de potestad reglamentaria, por lo que no pueden dirigir circulares a la Administración penitenciaria, aunque sí enviar comunicaciones para subsanar defectos que observen o para pedir información, como tampoco la Administración penitenciaria debe elevar consultas a los Jueces de Vigilancia⁶³⁸.

Así, junto a competencias de carácter estrictamente jurisdiccional, que dimanen del art. 117.3 CE y que se configuran en el art. 76 LOGP, el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene otra competencia no decisoria, recogida en el art. 77 LOGP, de

⁶³⁵ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Comentarios... op. cit., p. 244; LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "El juez de vigilancia ... op. cit., p. 424.

⁶³⁶ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, *por el que se publica el Código Penal*, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

⁶³⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Los orígenes y la puesta... op. cit.

⁶³⁸ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. "Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 79-80.

propuesta a la Administración penitenciaria y que versan sobre la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia y todas las demás que, en el mencionado artículo, con rasgos de lista abierta, se enumeran en el mismo. Queda fuera del ámbito imperativo todo cuanto se refiere a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios, materia que competencialmente no corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien, en consecuencia, solo puede trasladar a la Administración penitenciaria información, propuestas, sugerencias⁶³⁹.

Tiene pues el Juez de Vigilancia Penitenciaria una configuración en lo normativo un tanto diversa de aquella que corresponde a otros órganos integrados en el Poder Judicial, de ahí que no sea de extrañar toda la polémica que ya se expuso en cuanto a su naturaleza jurídica.

Obviamente, se trata de una facultad desprovista de toda fuerza vinculante para la autoridad a la cual se dirige, la cual es libre de adoptar la decisión que entienda pertinente, acogiendo la propuesta o desentendiéndose de ella.

Esta potestad postuladora se enmarca en lo regimental, aquellos aspectos de la vida en prisión, respecto de los cuales el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por su labor diaria, es conocedor, de ahí que se articule una vía para compartir su experiencia y puesta en conocimiento de quien es competente en orden a solventar una eventual deficiencia.

En el ámbito de lo tratamental, también se recoge, de una forma más reglada esa atribución, circunscrita ahora al marco de los beneficios penitenciarios, en la propuesta de indulto particular del art. 206 RP.

⁶³⁹ STCJ de 8 de julio de 1991 y 20 de diciembre de 1993.

CAPÍTULO VI. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (I): EL ART. 76.2 A) Y C) LOGP Y EL ART. 58.2 CP

1. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA EN LA FIJACIÓN DE LOS LÍMITES DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA
2. LA REFUNDICIÓN PENITENCIARIA
3. LA APROBACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS
4. EL ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DISTINTA A AQUELLA EN LA CUAL SE GENERÓ
 - 4.1 Introducción
 - 4.2 Requisito cronológico
 - 4.3 Prevalencia del abono de la prisión preventiva a la propia causa
 - 4.4 Dobles abonos de periodos de privación de libertad
 - 4.5 Abono del tiempo de privación de libertad derivado de medidas de prisión provisional acordadas en otros países
 - 4.6 Abono de la medida de prisión provisional acordada en un proceso de extradición pasiva/orden de detención europea (OED)
 - 4.7 Abono a la pena privativa de libertad de otras medidas cautelares distintas de la prisión provisional
5. LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD
 - 5.1 Introducción
 - 5.2 Delimitación del ámbito competencial
 - 5.3 Contenido de la competencia

1. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA EN LA FIJACIÓN DE LOS LÍMITES DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Como concreción del enunciado del art. 76.1 LOGP, que proclama de forma genérica que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, el apartado a) del art. 76.2 LOGP establece que aquel tendrá la potestad para dictar 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.

En, principio, tras una primera lectura de tal proclama, pudiera pensarse que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se ha convertido en un órgano de ejecución en sentido estricto, un juzgado de ejecutorias. Nada más lejos de la realidad, antes bien, el art. 15 LOGP establece que el ingreso en prisión se hace mediante mandamiento u orden a la autoridad competente, lo cual refirma la vigencia de los correspondientes

preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁴⁰, y la excarcelación, en el caso de la libertad definitiva, mediante la correspondiente aprobación por parte del sentenciador, art. 17.3 LOGP⁶⁴¹.

Con razón se ha dicho que este primer apartado del numeral segundo admite dos posibles interpretaciones en cuanto a la competencia conferida en este punto al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Una primera, más amplia, conforme a la cual, todas las competencias establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Código Penal a favor de los sentenciadores corresponden ahora a aquel otro. Y una segunda, más restrictiva, de forma que tal atribución comprendería no la totalidad de las competencias que hasta entonces habían correspondido a los Juzgados y Tribunales sentenciadores, sino tan solo las precisas para tomar las decisiones necesarias para que se lleven a cabo los pronunciamientos condenatorios en las penas privativas de libertad, planteamiento que conduce al problema de la determinación de cuáles son aquellas, con la consiguiente fuente de conflictos entre los diversos órganos jurisdiccionales implicados⁶⁴².

En este sentido, poco ayuda la DT 1ª LOGP, no muy afortunada en su redacción, en la medida en que establece que con respecto al Juez de Vigilancia se atenderá, hasta que se dicten las normas referidas en el art. 78 LOGP -esto es las cuestiones orgánicas y los procedimientos de actuación-, a los arts. 526, 985, 987 y 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tales preceptos, salvo el primero, relativo a las visitas a detenidos y presos, no se refieren cuestiones de procedimiento u orgánicas, antes bien se establecen criterios de competencia que poco tienen que ver con esas otras materias. Pudiera pensarse que se ha optado por vaciar de competencias al sentenciador, en favor del Juez de Vigilancia, con fundamento en el enunciado de los arts. 76.1 y 76.2 a) LOGP, conclusión que no pasa de ser un espejismo⁶⁴³.

La jurisprudencia, frente a una eventual interpretación extensiva de estos preceptos, opta por una visión taxativa, justo la contraria a la que cabría intuir *ab intio*, como veremos, inclinándose por mantener las competencias del sentenciador en la ejecución en tanto no conste claramente la atribución al Juez de Vigilancia.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la cuestión parecía que iba desenvolverse por otros derroteros; así las *Prevenciones de la Presidencia del Tribunal Supremo* de 1981 se inclinaban por entender que la remisión que se hacía en la nueva norma lo era en bloque a todo el régimen de ejecución penal, lo cual supondría asumir las competencias que correspondían hasta entonces a los jueces y tribunales sentenciadores; criterio de fondo que fue también asumido por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su Primera Reunión de abril de 1982⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Arts. 988 y 990 LCRM.

⁶⁴¹ En este mismo sentido, TÉLLEZ AGUILERA, Abel. "El control jurisdiccional... op. cit., pp. 92-93.

⁶⁴² PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 187-188.

⁶⁴³ En una primera reunión de los Jueces de Vigilancia se reflejó la imposibilidad de asunción de tal tarea con los medios existentes. En CARMENA CASTRILLO, Manuela. "El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, nº 33, 1995, p. 105.

⁶⁴⁴ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 190-191.

Pero si se anunciaba que iba a seguirse una interpretación amplia en favor de la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el tiempo lo iba a desmentir. Así, un primer debate surge en cuanto a quién corresponde fijar el límite máximo de cumplimiento en caso de concurrencia de penas, al cual ya se hizo referencia al tratar la cuestión de los conflictos entre el Juez de Vigilancia y los órganos sentenciadores⁶⁴⁵, decantándose la jurisprudencia por entender que tal potestad radicaba en los últimos citados.

Hay, no obstante, algún pronunciamiento aislado que, *obiter dicta*, se aparta de la línea jurisprudencial señalada, y se inclina por una interpretación más global de las atribuciones ejecutivas del Juez de Vigilancia, en atención a los supuestos en los cuales se va más allá de una ejecución concreta y se proyecta de manera multidireccional, caso del abono de la prisión preventiva a causa distinta en la cual se generó y la fijación del límite máximo de cumplimiento⁶⁴⁶.

Fuera del ámbito de la acumulación jurídica de penas, el Tribunal Supremo se ha reafirmado en su criterio restrictivo respecto de la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria a la hora de decidir a quién le corresponde acordar la orden de busca y captura en los casos de quebrantamiento de condena o el no reingreso del penado al establecimiento penitenciario tras el disfrute de un permiso. Así, entiende que hay que distinguir una competencia interna, que se proyectarán sobre la forma de ejecución de la pena, que corresponde al Juzgado de Vigilancia, y otra externa, que se refiere a las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad que sean ajenas a lo anterior, que corresponden al sentenciador. De este modo, acordar el reingreso del penado que quebranta la pena se entiende que es una cuestión que constituye materia propia y genuina de ejecución que escapa a la finalidad auténtica de reeducación y resocialización, no estando atribuida tal competencia al Juez de Vigilancia de forma específica en la ley penitenciaria⁶⁴⁷.

El sentenciador conserva atribuciones genuinas como las derivadas de suspensiones, sustituciones, solicitudes de indultos, expulsiones de extranjeros, causas de extinción de la responsabilidad criminal e incluso refundiciones que varíen los límites de la pena concreta si hubiese sido el último en dictar sentencia, de lo cual se deduce que la expresión *todas* del art. 76.2 a) LOGP no excluye la concurrencia de atribuciones específicas del tribunal sentenciador en relación con la ejecución de la pena privativa de libertad⁶⁴⁸.

Este criterio de interpretación restrictiva de las competencias de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se extiende además al ámbito de las medidas de seguridad, en tanto que, con notoria claridad, el Tribunal Supremo ha afirmado que, si bien es cierto que éstos órganos tienen competencia para ciertas cuestiones en materia de medidas de seguridad por lo dispuesto de modo genérico en el art. 94 LOPJ y conforme a lo

⁶⁴⁵ *vid.* Capítulo V, § 4.

⁶⁴⁶ ATS 1752/1991, de 7 de mayo (ROJ: ATS 1986/1991 - ECLI:ES:TS:1991:1986A).

⁶⁴⁷ ATS de 5 Mar. 2009, cuestión de competencia núm.20495/2008.

⁶⁴⁸ ATS de 4 de mayo de 2012 (ROJ: ATS 5667/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5667A).

ordenado en los arts. 97, 98 y 105 CP, aquellas son muy específicas que no pueden ser objeto de interpretación extensiva⁶⁴⁹.

Como nota discordante, por no decir falta de conocimiento de las normas, cabría citar un curioso Acuerdo del Ministerio de Justicia en el cual se reconoce una indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia atribuido a un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria porque, tras un abono de prisión preventiva en causa distinta a la cual se generó, no acordó la puesta en libertad del penado por cumplimiento de la condena; tan heterodoxo planteamiento, que no se razona, más bien parece responder a un desconocimiento de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que a un sesudo estudio de la cuestión, pues es evidente que ningún Juez de Vigilancia tiene competencia para acordar el licenciamiento, pues no es a él al que se refiere el art. 17 LOGP⁶⁵⁰.

Cabe plantear pues a qué se constriñe el contenido competencial recogido en este precepto, lo cual no es fácil de resolver, pues poco campo queda. Podría citarse, no obstante, dos supuestos, el primero de los cuales sería un ámbito en el cual existe una notoria confusión terminológica y que incide muy seriamente, desde el punto de vista práctico, en la ejecución, la llamada refundición penitenciaria, la cual nos lleva al denominado principio de unidad de ejecución; y, en segundo lugar, el abono de prisión preventiva en causa distinta a aquella en la cual se generó, institución ésta regulada en el art. 58.2 CP.

2. LA REFUNDICIÓN PENITENCIARIA

Se trata ésta de una figura que, siendo crucial en la ejecución de la pena privativa de libertad, imprescindible para dar una elemental coherencia al sistema de cumplimiento penitenciario de las penas privativa de libertad, sin embargo, no ha merecido la mínima atención por parte del legislador, que no la recoge en precepto con rango de ley alguno, antes bien, la legislación tan solo hace una mención, de pasada, en una institución muy concreta, la libertad condicional, a nivel reglamentario, el art. 193 RP⁶⁵¹. Sí es, sin embargo, acogida en la jurisprudencia que reconoce, como no podía ser de otra forma, la operatividad de tal principio, que se liga a la necesidad de que el

⁶⁴⁹ ATS de 31 marzo 2000, cuestión de competencia núm. 3330/1999.

⁶⁵⁰ Acuerdo del Ministro de Justicia de 24 de abril de 2018, Expt. 447/2016.

⁶⁵¹ Artículo 193. Cómputo del tiempo cumplido.

Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

1.ª El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración.

2.ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

tratamiento penitenciario opere sobre la totalidad de las penas impuestas y no sobre la individualidad de ellas⁶⁵².

La inclusión de todas las penas en una misma unidad de ejecución es requisito indispensable para el tratamiento, pues “sería absurdo clasificar y tratar al reo atendiendo a sus responsabilidades penales por separado”⁶⁵³. Se ha señalado que no existe una correlación entre el tratamiento y la pena impuesta como consecuencia de un concreto hecho delictivo, sino que la correlación se produce entre el tratamiento y la concreta persona del penado, siendo una característica del tratamiento el estar personalizado, de modo que a un recluso le corresponde un determinado tratamiento; de este modo el tratamiento sería la respuesta del ordenamiento jurídico a un sujeto que ha sido condenado penalmente a una privación de libertad, de lo que se deduce que no tendría ningún sentido que el tratamiento para un mismo sujeto fuera diferente en función de cada pena que le hubiere sido impuesta⁶⁵⁴.

La utilidad de la figura va más allá de lo tratamental y se proyecta sobre otras facetas de la vida penitenciaria, sobre el propio régimen de vida de los internos, pues solo considerando una la totalidad de la condena se puede articular aquel.

En lo terminológico, tradicionalmente vienen utilizándose en el mundo del Derecho las palabras *acumulación* y *refundición* para referirse a sumas o limitaciones de penas o condenas, con efectos penales y penitenciarios, gozando hoy, sin duda, de un fuerte arraigo en la doctrina científica y entre los jueces y tribunales, posiblemente por la sencillez aparente de los términos y la comodidad de su utilización. Sin embargo, también originan importantes problemas de comprensión, no solo porque su semántica no permite inferir la institución concreta a la que hacen referencia, sino también porque su uso no es uniforme ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, lo cual hace que no sea sencillo averiguar a qué se está refiriendo exactamente el operador jurídico que hace uso de las palabras indicadas. La doctrina, en su práctica totalidad, denomina al sistema elegido por el legislador español para regular las consecuencias del concurso real de delitos como *acumulación*, ya sea en su vertiente material o aritmética, referida al cumplimiento simultáneo o sucesivo de las penas –arts. 73 y 75 CP–, según los casos; con el término *acumulación jurídica*, sin embargo, se pretende describir la operación consistente en limitar el cumplimiento sucesivo de las penas –art. 76 CP–⁶⁵⁵.

⁶⁵² SSTS 29 de septiembre de 1992 (ROJ: STS 7336/1992 - ECLI:ES:TS:1992:7336) y 24 de junio de 1994 (ROJ: STS 4912/1994 - ECLI:ES:TS:1994:4912).

⁶⁵³ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso *Parot*”. En: *Diario La Ley*. nº 6443, 2006.

⁶⁵⁴ CUERDA RIEZU, Antonio. “El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”. En: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: GCPJ, nº 7, 2006, p. 263.

⁶⁵⁵ DÍAZ GÓMEZ, Andrés. “Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos”. En: *REDUR* 10, diciembre 2012, pp. 311-314.

No obstante, no es extraño encontrar alguna resolución judicial que prescinde de la acotación terminológica antes expuesta⁶⁵⁶.

Conviene puntualizar que la refundición penitenciaria, siendo una cuestión de ejecución de pena, no transmuta la naturaleza e individualidad de aquellas condenas que se integran en el proyecto de refundición, que no se ven alteradas; y ello en contraposición a la llamada acumulación jurídica, art. 76 CP, de la cual resulta una limitación cuantitativa de la pena. La refundición, por ello, no pasa de ser una mera suma matemática de sus cuantías con referencia a las liquidaciones de condena practicadas por los sentenciadores⁶⁵⁷.

Esta consideración como una única pena de la suma de todas la penas privativas de libertad que está cumpliendo un interno tiene una triple proyección: por un lado todas aquellas instituciones que tienen entre sus consideraciones criterios cronológicos, no solo por tanto libertad condicional, antes bien también los permisos ordinarios de salida, toman como referencia esa suma global de las condenas; por otro, un efecto crucial, cual es dejar, de facto, en suspenso la relación entre el orden de cumplimiento de las penas del art. 75 CP conforme a su gravedad y el licenciamiento definitivo de cada una de ellas de forma particular, conforme al art. 17 LOGP, que queda diferido al cumplimiento del total de aquellas; y, por último, en lo puramente penitenciario, el tratamiento, como se dijo, toma en consideración todas las condenas y no la individualización de cada una.

No obstante, desde el punto de vista de la práctica forense, aun reconociendo la operatividad del principio, su utilidad, ante la ausencia de una norma legal expresa que lo acoja, surgen problemas prácticos. En primer lugar, en el territorio de la SGIP⁶⁵⁸, la Administración penitenciaria elabora los correspondientes proyectos de refundición una vez ha recibido todas las liquidaciones de condena, elevándolos al Juzgado de Vigilancia correspondiente en orden a su aprobación; tal proceder no deja de ser anómalo, pues el pronunciamiento del órgano judicial es de futuro, para cuando haya de pronunciarse sobre la concesión de la libertad condicional, momento en que aquel tendrá efectividad a la hora de verificar la concurrencia del requisito cronológico. Esta manera de actuar responde a la necesidad de comunicar esa voluntad, una vez aprobado el proyecto de refundición, a los diversos sentenciadores para que, conforme al orden de cumplimiento del art. 75 CP, no licencien individualmente las penas, antes bien esperen a la fecha de extinción de la última de ellas; no hay que olvidar que es la Administración quien de facto propone los licenciamientos definitivos a los sentenciadores, de ahí que se justifique con esta resolución del Juez de Vigilancia que no lo haga sino al final del cumplimiento total. En el ámbito de la Administración catalana,

⁶⁵⁶ Sirva de ejemplo el numeral 16 del voto concurrente -suscrito por seis miembros de la Sala- de la STS 467/2022, de 15 de mayo (ROJ: STS 2007/2022-ECLI:ES:TS:2022:2007), en el cuales se emplea el término refundición para referirse a la acumulación jurídica.

⁶⁵⁷ AAP Valladolid (2ª) 534/2010, de 25 de noviembre (ROJ: AAP VA 752/2010 -ECLI:ES:APVA:2010:752A).

⁶⁵⁸ La Administración vasca, que tiene transferidas las competencias penitenciarias, no se aparta de esta práctica.

la cual tiene competencias en materia penitenciaria, no existe esta práctica de aprobación judicial.

Un segundo problema viene dado porque cabe la posibilidad que un juzgado o tribunal sentenciador, por propia iniciativa o incluso a propuesta de la Administración penitenciaria, desconozca el proyecto de refundición e individualmente licencie la condena por él impuesta, al margen de las restantes penas, en claro detrimento del penado en la mayoría de los casos; como también puede ocurrir que un interno tenga una situación mixta, penado y preventivo, y que, en determinado momento, cese la primera situación al decretarse licenciamiento de la pena, quedando por ello solo subsistente la medida cautelar personal.

Para resolver estas anormales situaciones se han propuesto tres posibles soluciones⁶⁵⁹: que el propio centro penitenciario solicite al tribunal sentenciador, la anulación del licenciamiento definitivo indebidamente instado por la Administración, a los efectos de permitir la refundición de dicha condena con la otra u otras pendientes de cumplimiento y ello en tanto en cuanto la situación de privación de libertad haya sido ininterrumpida, es decir, que no haya existido excarcelación⁶⁶⁰; que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria anule el acto administrativo (acuerdo de la Junta de Tratamiento) por el que se instaba el licenciamiento definitivo al tribunal sentenciador a efectos de que la Junta de Tratamiento solicite a éste la revocación del licenciamiento, sobre la base de dicha resolución; y, en tercer lugar, entender que resulta posible realizar la refundición comprendiendo las causa/s licenciada/s, en los casos en que el interno no ha salido de prisión, atendiendo a la incidencia que ello puede producir a los efectos de libertad condicional o que, a efectos del cómputo de los plazos establecidos para la obtención de permisos y libertad condicional, éste se realice como si la causa indebidamente licenciada no lo hubiera sido⁶⁶¹. Este último criterio se sustenta, bien considerando una mera cuestión cronológica, esto es que cuando recae la segunda sentencia cuya refundición penitenciaria se pretende, se estaba cumpliendo la primera⁶⁶², que luego resulta licenciada; bien alegándose la doctrina del Tribunal Supremo relativo a la acumulación jurídica de penas, art. 76 CP, por entender que aunque existan condenas licenciadas, éstas deben incluirse para fijar el límite de cumplimiento y así se señala que “el hecho de que se haya concedido al penado el licenciamiento definitivo por casi todas las penas cuya acumulación se pretende, no constituye obstáculo insalvable para la limitación penológica solicitada, en caso de que realmente procediese la refundición, pues la dispersión de los procesos de los que traen causa las condenas y la mayor o menor celeridad en su tramitación, no puede dificultar o impedir el beneficio normativo que supone rebajar el límite temporal de máxima

⁶⁵⁹ AJCVP de 14 de abril de 2014.

⁶⁶⁰ A favor de este planteamiento, TÉBAR VILCHES, Beatriz. “El modelo de libertad condicional español”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº Extra15, 2006, pp.148-149.

⁶⁶¹ AAP Huesca (1ª) 20/1996, de 18 de marzo (ROJ: AAP HU 36/1996 - ECLI:ES:AP HU:1996:36A); AAP Alicante 90/1997, de 21 de marzo; Salamanca (1ª) 356/2011, de 8 de noviembre (ROJ: AAP SA 384/2011 - ECLI:ES:APSA:2011:384A); y AAP Alicante 534/2017, de 30 de junio.

⁶⁶² El ATS 1220/2016, de 7 de julio (ROJ: ATS 7749/2016 - ECLI:ES:TS:2016:7749A), inadmite un recurso de casación para la unificación de doctrina por entender que no hay contradicción entre lo resuelto en el caso planteado y lo resuelto en otras resoluciones, las cuales recogían el criterio expuesto.

cumplimiento de las penas”; o, bien, por último, la unidad de ejecución que trae causa en la unidad del tratamiento penitenciario.

Las dos primeras posturas parten de un error, cual es que se puede anular una resolución judicial al margen de lo preceptuado en la LOPJ, pues que se haya elevado una propuesta de licenciamiento indebidamente no encaja en ninguno de los supuestos del art. 238 de aquella norma como causa de nulidad, salvo que no se haya notificado el licenciamiento a las partes por el sentenciador. La segunda incurre en un exceso con relación a las propias competencias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues las cuestiones relativas a liquidaciones de condena y licenciamientos definitivos son ajenas a éste órgano conforme a los art. 15 y 17.3 LOGP; las actuaciones de la Administración penitenciaria en ese tema, ni afectan a un derecho fundamental, ni generan derecho penitenciario alguno, entre otras cosas porque son una mera propuesta carente de valor sin la ratificación judicial -sentenciador- y, por lo tanto, no se enmarcan en el ámbito del art. 76.2 g) LOGP, lo cual implica que falte por ello el presupuesto de actuación. Tras ambas tesis parece subyacer, en cierta forma, la consideración de que el licenciamiento definitivo es una decisión no definitiva, como de mero trámite, aspecto este que luego se analizará.

En cuanto a la tercera propuesta, por lo que al argumento puramente cronológico se refiere, se olvida del tenor literal del precepto, el art. 193 RP, que se refiere inequívocamente a condenas en cumplimiento, de ahí que se recurra a una ficción. Quien decide si una causa está en cumplimiento o está extinguida -licenciada- no es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes bien el juez o tribunal sentenciador; si conforme al art. 76.2 a) LOGP es al Juez de Vigilancia Penitenciaria al que le corresponden las decisiones necesarias para que se lleven a cabo los pronunciamientos condenatorios en las penas privativas de libertad, mas, sin embargo esas decisiones no lo son todas, correspondiendo la relativa a la vigencia de la condena al sentenciador en ejercicio legítimo de sus potestades, art. 17 LOGP, por lo cual el Juez de Vigilancia no puede desconocer aquello por él resuelto. Si bien las decisiones sobre liquidaciones de condena y acumulaciones jurídicas no generan efecto de cosa juzgada⁶⁶³, tal planteamiento no se proyecta sobre las resoluciones que aprueban el licenciamiento definitivo, que no es una mera formalidad, antes bien supone la comprobación de que se ha cumplido la condena, de forma que el expediente histórico-penal del recluso se considera vivo en tanto en cuanto no recaiga auto de licenciamiento definitivo y este adquiera firmeza⁶⁶⁴. Y si este Auto, que ha de notificarse a las partes y al Ministerio Fiscal, llega a tal estado, siendo consentido, la condena está extinguida y no cabe considerarla a los efectos que aquí nos ocupa, pues es el interesado el que debería haber combatido la situación que ahora invoca como perjudicial. Otro planteamiento choca de pleno con la seguridad jurídica y la consecuencia típica de ella, la cosa juzgada.

⁶⁶³ SSTS 343/2011, de 3 de mayo (ROJ: STS 2864/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2864); 874/2014, de 27 de enero (ROJ: STS 471/2014 - ECLI:ES:TS:2014:471); y 515/2020 octubre de 2020 (ROJ: STS 3617/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3617).

⁶⁶⁴ ATS de 7 de abril de 2008 (ROJ: AAP VA 141/2008 - ECLI:ES:APVA:2008:141A) y STS 734/2008, de 14 de noviembre (ROJ: STS 6254/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6254).

En cuanto al paralelismo que se alega entre acumulación jurídica y refundición penitenciaria, cabe oponer que son instituciones que tienen fundamento y fines diversos, la primera el humanitarismo en el cumplimiento de las penas en orden a impedir condenas de cuantía excesiva, mientras que la segunda nada tiene que ver con ello, antes bien es la plasmación del principio de unidad de ejecución como exteriorización de la unidad del tratamiento. Esto es, en un caso son cuestiones de mero contenido aflictivo de la pena, mientras que en otro es un criterio funcional propio de la dinámica penitenciaria. Acumulación jurídica y refundición penitenciaria en su esencia, salvo que operan sobre una pluralidad de condenas, poco tienen que ver entre sí.

Mayor solidez tiene el argumento de la unidad de ejecución en aras de la unidad de tratamiento, mas, solo en los casos en los cuales no hay interrupción de la situación de internamiento y siempre que ello lo sea en cualidad de penado. No cabría en el caso de coincidencia con periodos en situación de prisión preventiva, pues en esos casos falla el sustento argumental, la tantas veces citada unidad de tratamiento, pues ésta no se daría ya que el tiempo en el cual el sujeto está preventivo, por imperativo legal, está excluido de él⁶⁶⁵.

Este debate ha quedado resuelto por las SSTS 685/2020, de 10 de septiembre (ROJ: STS 4445/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4445), y 374/2021, de 5 de mayo (ROJ: STS 1670/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1670)⁶⁶⁶, las cuales rechazan cualquier paralelismo entre la acumulación jurídica, art. 988 LCRM, y la refundición penitenciaria, al tener la primera un carácter sustantivo y tener por razón de ser evitar largas estancias en prisión o razones humanitarias, mientras que la segunda tiene un carácter aritmético en orden a facilitar el cálculo de los plazos en la libertad condicional u otros institutos penitenciarios, véase permisos, de ahí que no pueden extrapolarse los principios que se aplican en una u otra institución, en definitiva, finalidades diversas.

Se entendería por el Tribunal Supremo que la mención reglamentaria del art. 193 RP relativa a que el penado *supra* dos o más condenas debe ser concebida no solamente como el dictado de dos o más sentencias de contenido condenatorio y que éstas sean firmes, sino que se encuentre cumpliendo coetáneamente todas ellas, sin perjuicio de admitirse en beneficio del reo incluir las ya impuestas firmemente que no se cumplen por razones ajenas a su disponibilidad para ello, no siendo posible el enlace de penas cuando la relación de sujeción penitenciaria del interno se ha extinguido al comenzar a cumplirse la segunda pena.

Se señalaría, en concreto, que el licenciamiento acordado en una ejecutoria no debe impedir, *per se*, su inclusión en un proyecto de refundición de condenas del art. 193.2 RP para su ejecución unificada con otras responsabilidades; y aunque lo procedente es que la anulación del licenciamiento se haga por el sentenciador que lo acordó, ello no sería obstáculo para que el juez de vigilancia, a los solos efectos de ejecución unificada, acordase su inclusión en el proyecto de refundición. De esta forma podrían incluirse en la refundición, por un lado, la sentencia firme ya existente cuando se produjo el licenciamiento indebido por otra responsabilidad, se haya acordado o no la revocación de dicho licenciamiento; y, por otro, la sentencia dictada después del

⁶⁶⁵ Art. 64 LOGP.

⁶⁶⁶ Dictadas en unificación de doctrina.

licenciamiento correctamente acordado, si el penado ha continuado en prisión como preventivo hasta la firmeza de la nueva resolución, siempre que aquella se refiera a hechos anteriores al ingreso en prisión.

Como razón de la última puntualización relativa a la data de los hechos de la segunda condena, que se reitera, han de ser anteriores a la entrada en prisión, se invoca que solo en ese caso es cuando el licenciamiento de la primera ejecutoria sin que se haya alcanzado firmeza en la segunda cabe entender que se ha producido una dilación indebida sufrida en la causa que ha dado lugar a la segunda ejecutoria, mas no cuando lo que hay es un nuevo comportamiento del interno que comete un segundo delito en el curso de la ejecución del primero frustrando así las expectativas y valoraciones del tratamiento.

Se recoge en este criterio así únicamente los supuestos en los cuales el sujeto estando preventivo, cumple otras responsabilidades, o cuando, estando en cumplimiento una de ellas, se acuerda la medida cautelar personal en una causa en trámite por hechos anteriores. Queda así excluida la refundición las causas por hechos posteriores al ingreso en las cuales se acuerda la medida de prisión provisional, en definitiva, aquellas seguidas por hechos cometidos una vez privado de libertad. En estos casos, aunque hay continuidad en la relación de sujeción, no se admite por entenderse frustrados ya los fines tratamentales que justifican el instituto de la refundición.

Resulta así una solución cuando menos difícil de entender, pues si no se hubiera producido el indebido licenciamiento, esa nueva causa por hechos posteriores al ingreso sí se habría incluido en la refundición, por mucho que exteriorice un fracaso tratamental. Da la impresión de que, tras el establecimiento de este límite en la solución del Tribunal Supremo, de forma subconsciente, se hace un cierto paralelismo, sin pretenderlo, si no con la acumulación jurídica de penas, de la cual se ha hecho un expreso repudio, sí con el abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en la cual se generó.

La respuesta jurisprudencial es pues una ficción de corto recorrido -el supuesto que la sustenta acontece rara vez en la práctica-, pues su resultado no alcanza los efectos que deberían haberse producido de no mediar un licenciamiento de una condena realizado de forma indebida.

En los supuestos en que el licenciamiento supone la salida de prisión, estando pendiente el juicio o el recurso contra la sentencia por otra causa por la que se produce luego el reingreso, además de ser improcedente la revocación del licenciamiento, también lo es la refundición de condena conforme al art. 193.2 RP, por no haber en ese momento condenas a enlazar, ni concurrir el presupuesto excepcional de mantenimiento de la relación de sujeción especial que justifica la interpretación extensiva del precepto realizada en el párrafo anterior. Se tiene en cuenta, en este aspecto, un criterio puramente material de continuidad en la privación de libertad.

La consideración de condenas licenciadas como vigentes a efectos de los diversos institutos penitenciarios conduce a importantes consecuencias en lo procesal y sustantivo, si se quiere ser consecuente con el concepto de ejecución unificada que sustenta la ficción, pues la ejecución ahora debería ser tanto de la causa viva, como de la licenciada, a todos los efectos.

Comenzando por las primeras, dado que bien pudiera resultar que la condena licenciada fuera de mayor entidad que la penada vigente, si conforme a la DA 5ª LOPJ el conocimiento de los eventuales recursos de apelación en materia de ejecución (clasificación y libertad condicional) corresponden al juzgado o tribunal que impuso la de mayor entidad, en coherencia con la consideración de la condena extinta como viva, el llamado a resolver un eventual recurso sería aquel que tendría archivado el procedimiento por el licenciamiento definitivo de la causa.

Por otro lado, si la condena indebidamente licenciada lo es impuesta por la Audiencia Nacional, ello comporta que todas las incidencias penitenciarias deberían pasar a ser del conocimiento del Juzgado Central de Vigilancia.

Es más, de no hacerse así, se pondría en riesgo un principio constitucional elemental y básico, el juez ordinario predeterminado por la ley. El llamado a resolver dependería de la contingente decisión de quien licenció la causa indebidamente, pues aquel resultaría uno u otro, conforme se ha expuesto, según este último anulara el licenciamiento, o bien, prescindiendo de su obligación -las resoluciones citadas del Tribunal Supremo señalan que ese es el recto proceder-, mantuviera lo improcedentemente acordado, obligando a acudir a la ficción jurídica.

Por último, en tanto que el efecto de un eventual recurso frente a una decisión judicial que implique excarcelación varía según la naturaleza del delito, su consideración de grave o menos grave conforme a los arts. 13 y 33 CP, si se entiende vigente esa condena extinguida, que bien pudiera serlo por un delito grave, no parece que pueda eludirse ahora este otro efecto suspensivo.

Pero, si esos efectos resultan en los procesal, también en lo material hay importantes consecuencias. Si se quiere ser coherente con el fundamento de la solución, dado que han de considerarse las causas extintas a los efectos del cómputo cronológico por ese invocado respeto al principio de unidad de ejecución, habrá que asumirlo a todos los efectos, que desde el punto de vista penitenciario no son tan asépticos como pareciera suponer en un principio. Pudiera resultar que esas causas licenciadas que se consideran ahora contuvieran elementos relevantes desde la perspectiva clasificatoria, sirva de ejemplo, el requisito del art. 72.5 LOGP, estar al corriente en el pago de las responsabilidades civiles. Esto es, es perfectamente posible que, si es la unidad de ejecución, la unidad del tratamiento, lo que da razón de ser a la postura señalada, en buena lógica, los fracasos en el cumplimiento de esas condenas formalmente extinguidas tendrán que considerarse en las nuevas, aunque, como en el ejemplo expuesto, el impago de la responsabilidad civil, lleven aparejado la imposibilidad de la progresión al tercer grado y la denegación de la libertad condicional.

Dicho de otra forma, la solución de tener por viva la causa licenciada habrá de operar para lo bueno y para lo malo.

De ello derivaría además otro problema, que el penado esté interesado en el licenciamiento de alguna causa en concreto por los efectos adversos anteriormente expuestos. Piénsese un supuesto en el cual haya responsabilidad civil en una de las causas y no concorra el requisito del art. 72.5 LOGP – voluntad de pago-, con lo cual al penado le conviene que se extinga esa causa, eliminando así el obstáculo legal a sus

pretensiones. La admisión de esta posibilidad casa mal con la esencia del principio analizado y que considera que el tratamiento se proyecta sobre la totalidad de las condenas.

Dicho de otra forma, la ficción que resulta del pronunciamiento del Tribunal Supremo, ya que se asume, debe operar con plenos efectos, tanto en lo material, cómputo cronológico, como para lo procesal, pues precisamente las especificidades en ese ámbito lo son y derivan de los aspectos cuánticos y materiales de las condenas que se contemplan a la hora de resolver.

3. LA APROBACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Fija el art. 76.2 c) LOGP como competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria la de aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

El término beneficios penitenciarios, su significado y alcance, no es pacífico ni en la legislación, ni en la doctrina española. La propia expresión *beneficios penitenciarios* sería, desde una óptica semántica, entiende MAPELLI CAFFARENA⁶⁶⁷, inapropiada para significar los institutos jurídicos que permiten introducir cambios sustanciales en la ejecución de la pena con el objetivo de empoderar los programas de reinserción social; como inapropiado considera el término *beneficio* porque situaría al interno en una relación de sumisión con el benefactor, de quien depende discrecionalmente la decisión de concederlo. La concesión de un *beneficio* no sería un acto de beneficencia, ni de caridad, ni siquiera de solidaridad filantrópica, sino que es un derecho que el ordenamiento jurídico otorga a los privados de libertad en el proceso de ejecución de la pena⁶⁶⁸.

Para MANZANARES SAMANIEGO⁶⁶⁹, los beneficios penitenciarios en sentido estricto, tal y como aparecen en la LOGP, tendrían mucho de entelequia. El art. 76.2 c) LOGP los identifica como aquellos que pueden suponer acortamiento de la condena; pero luego, ni el RP1981, ni el actual, desarrollan alguno con tal contenido, pues no produciría tal efecto la mera posibilidad de solicitar un indulto, ni lo sería el adelantamiento de la libertad condicional que no sería sino simple cambio en el grado de cumplimiento, por lo que no acorta la condena propiamente dicha.

⁶⁶⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, p. 35.

⁶⁶⁸ El término sería de cuño reciente, propio de las legislaciones penitenciarias actuales, a partir del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, no estando presente ni en la obra de Cadalso, que concibe la libertad condicional como recompensa, al igual que Bentham; ni en el Congreso Internacional de Londres (1872), ni en los posteriores de Estocolmo (1878) y de Roma (1885). Tampoco estaría presente en Dorado Montero, que optaba por términos como *tratamiento* o *asistencia*. En MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Algunas cuestiones... op. cit., p. 36.

⁶⁶⁹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Los beneficios penitenciarios de los terroristas" (El comunicado de los presos de ETA)". En: *Diario La Ley*. nº 8227, 2014.

Como señala FUENTES OSORIO⁶⁷⁰, los beneficios penitenciarios se refieren, en un sentido estricto, a los instrumentos que permiten al recluso alcanzar la libertad antes de que haya transcurrido la totalidad de la condena impuesta, lo cual se consigue mediante el acortamiento de la duración de la condena privativa de libertad lo que, en un sentido estricto, en la actualidad solo se produce, eliminada la reducción de condena por el trabajo, mediante el indulto. No obstante, en sentido amplio, por beneficios penitenciarios se entenderían los instrumentos que, sin producir un acortamiento de la pena, afectan a las condiciones de su ejecución para conseguir reducir el periodo de cumplimiento efectivo de la privación de libertad, lo cual se consigue especialmente mediante la libertad condicional y el tercer grado y, en menor medida, con los permisos de salida.

En el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 con la expresión *beneficios penitenciarios* se hacía referencia a la redención de penas por el trabajo; en la Ley Orgánica General Penitenciaria tan solo hay dos menciones, una en el art. 29 al referirse a su compatibilidad con los supuestos de exención de la obligación de trabajar y otra relativa a las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el art. 76.2 c) y g); en el Reglamento de 1981, junto a los que pudieran suponer un acortamiento de la condena, se recogía en su Título VI, exclusivamente el adelantamiento de la libertad condicional y la solicitud de indulto particular; el Código Penal de 1995, en su redacción original, hacía mención a los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, estableciéndose que se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y a aquel⁶⁷¹.

El Reglamento Penitenciario, por su parte, sí que da una configuración clara de lo que considera beneficios penitenciarios en los arts. 4.2 h), 202 y 203, tanto en su concepto -medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento-, fundamento -responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno-, objetivo -están encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad- y naturaleza jurídica -un derecho del interno-.

Para BUENO ARÚS⁶⁷² dentro de tal concepto se podría haber incluido también los permisos de salida y la prisión abierta, en la medida en que reducen el tiempo de estancia en los muros del establecimiento, si bien desde el punto de vista normativo se ha seguido un concepto más estricto.

Los beneficios penitenciarios, configurados en la legislación como un derecho subjetivo – art. 4.2 h) RP- se convierten en eficaces instrumentos que pretenden

⁶⁷⁰ FUENTES OSORIO, José Luis. “Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida”. En: *Comentario a la reforma penal del 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 125.

⁶⁷¹ BUENO ARÚS, Francisco. “Los Beneficios Penitenciarios”. En: *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria y Bibliografía)*. Madrid: CGPJ, 1993, p.199. En el mismo sentido, GALLEGO DÍAZ, Manuel. “Los beneficios penitenciarios y el tratamiento”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 64, 2011 pp. 254-257.

⁶⁷² BUENO ARÚS, Francisco. “Los Beneficios Penitenciarios... op. cit., p.199.

incentivar la evolución positiva del penado⁶⁷³ y conectan con la finalidad primordial atribuida constitucionalmente a la privación de libertad⁶⁷⁴.

BUENO ARÚS⁶⁷⁵ recuerda que, frente a una conceptualización de éstos en otros tiempos como concesiones graciabiles, ya en el régimen político anterior tanto la redención de penas por el trabajo, como la libertad condicional constituían derechos subjetivos del penado que reuniera las condiciones previstas en el Código Penal y el Reglamento de Servicio de Prisiones. Tal cuestión que estaría meridianamente clara en la actualidad en la medida en que el interno puede acudir al cauce jurisdiccional en orden a su autorización. Serían, de esta forma, derechos subjetivos condicionados, por no ser de aplicación automática por el mero hecho de estar cumpliendo condena, sino supeditados a la concurrencia de los presupuestos establecidos por las normas, sin perjuicio que su consideración exige, en ocasiones, la valoración de circunstancias subjetivas, pero sin que la actividad técnica que ello representa sea susceptible de calificación como arbitraria, ni siquiera discrecional. Se trataría así de una actividad reglada, cuya ejecución exigiría conocimientos técnicos, susceptible de control judicial. Tales derechos se enmarcarían en la propia función de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social, conectando con una individualización de la condena que tendría en cuenta la personalidad del interno, al tiempo que ofrecería a éste estímulos gratificantes para lograr su adhesión a comportamientos que indiciariamente reflejen una evolución positiva, de ahí que en la regulación para su concesión se considere elementos tales como la buena conducta, el trabajo y la participación en las actividades establecidas para tal fin, ligándose en definitiva con el concepto de tratamiento penitenciario.

A mayor abundamiento, SANZ DELGADO⁶⁷⁶ considera que “este tipo de medidas atenuatorias o específicos beneficios penitenciarios, como hoy son entendidos, cuando supongan un efectivo acortamiento de la duración de la condena impuesta o del tiempo de internamiento, fueron los mecanismos articulados, con carácter individualizador, con anterioridad incluso a la introducción de los criterios de acumulación jurídica en el Código Penal, para evitar el cumplimiento íntegro de las penas impuestas y previstas en la rigurosa legislación penal; orientados entonces a criterios como la enmienda y corrección de los penados, humanizándose en multitud de ocasiones la rigurosa previsión de la ley penal por la vía de la ejecución penitenciaria. Hoy los criterios son diversos, adecuados a los principios constitucionales que informan la pena privativa de libertad, fundamentados en la consecución de la reeducación y la reinserción social de los penados”. Su naturaleza jurídica los configuraría como auténticos derechos y por ello renunciabiles y susceptibles de reclamación ante la autoridad judicial, si bien habría un sector doctrinal minoritario que consideraría que tendrían un carácter premial o gracial, en línea con una secular tradición penitenciaria que enlazaría con un cariz discrecional en su concesión.

⁶⁷³ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “Beneficios penitenciarios y violencia de género: a vueltas con la concesión del indulto particular”. En: *Diario La Ley*, nº 9075, 2017.

⁶⁷⁴ SANZ DELGADO, Enrique. *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*. Madrid: DGIP, 2007.

⁶⁷⁵ BUENO ARÚS, Francisco. “Los Beneficios Penitenciarios... op. cit., pp. 200-203.

⁶⁷⁶ SANZ DELGADO, Enrique. “Los Beneficios penitenciarios. En: *La Ley Penal*. nº 8, 2004.

Con la expresión *beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena* la Ley Orgánica General Penitenciaria se está refiriendo a la antigua redención de penas por el trabajo del art. 100 del Código Penal de 1973, vigentes al tiempo de su promulgación, tanto a la ordinaria, como la extraordinaria, recogida ésta en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956. En la legislación actual no existe beneficio penitenciario alguno que suponga ese efecto, al prescindirse de tal instituto en el Código Penal de 1995, por lo que, en concordancia con aquel, el Reglamento de 1996 va a precisar que beneficios penitenciarios son exclusivamente el adelantamiento de la libertad condicional y la propuesta de indulto particular, conforme a los arts. 202 a 206 RP. En definitiva, el art. 205 RP – y el art. 91 CP - no constituyen sino una flexibilización de la libertad condicional y, por su parte, el art. 206, una modalidad en la tramitación del indulto que lleva consigo la garantía de incorporar a la misma al Juez de Vigilancia⁶⁷⁷.

El primero, el adelantamiento de la libertad condicional encaja en la fórmula de beneficio penitenciario como acortamiento del tiempo efectivo de privación de libertad, en la medida en que se anticipa la excarcelación, mas no de acortamiento de la duración de la pena, que no se ve modificada, sino que simplemente pasa a estar suspendida hasta que transcurra el plazo establecido al efecto, momento en el cual, si se dan las condiciones, será licenciada.

En cuanto a la propuesta de indulto, responde a la concepción de éste como concesión de un premio en aquellos casos en los que se observa un cambio de comportamiento o un avance significativo en el proceso de rehabilitación del penado⁶⁷⁸. Así, dispone el art. 206 RP que la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurren, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las circunstancias de buena conducta, desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad y la participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

Pero este beneficio no pasa de ser eso, una mera propuesta, solo afecta a la duración de la pena si la autoridad competente, Consejo de Ministros⁶⁷⁹, aprueba aquel, por lo que el efecto extintivo no deriva de la decisión judicial. La principal particularidad que presenta esta modalidad de indulto es su causa y la iniciativa en su tramitación; la primera se centra en la actividad penitenciaria tratamental; y la segunda corresponde a la Administración penitenciaria y a la autoridad judicial, Juez de Vigilancia. Precisamente por este último dato se ha señalado que, al contar con el respaldo de estos operadores, los visos de prosperabilidad de esta iniciativa frente a los indultos solicitados directamente por parte del penado o de sus familiares o por cualquier otra persona en su nombre son, en principio, superiores.

⁶⁷⁷ GALLEGO DÍAZ, Manuel. "Los beneficios penitenciarios... op. cit., p. 259.

⁶⁷⁸ MADRID PÉREZ, Antonio. "Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012". En: *Revista Crítica Penal y Poder*. nº 6, 2014, p. 115.

⁶⁷⁹ Art. 30 Ley de 18 de junio de 1870.

Por otra parte, que la iniciativa parta de la Administración penitenciaria y la propuesta se formule al Juez de Vigilancia no significa que sea vinculante para él⁶⁸⁰, máxime cuando en esta materia conserva plenamente su potestad jurisdiccional revisoría de las decisiones administrativas, tal y como señala la STC 163/2002, de 16 de septiembre (ROJ: STC 163/2002 - ECLI:ES:TC:2002:163), no tratándose en este caso ante una competencia exclusiva de naturaleza administrativa.

Dado que se trata de una cuestión que afecta a la libertad como valor superior del ordenamiento, es por lo que la decisión judicial al respecto ha de cumplir con el parámetro de un deber de motivación reforzado ⁶⁸¹.

Sobre si es un indulto de carácter diverso al general regulado en la Ley de 1870, existe cierta discrepancia, pues mientras que alguna resolución judicial exige la concurrencia de los requisitos establecidos en aquella⁶⁸² -en concreto no ser reincidente el interno-, sin embargo, cabe entender que ambas clases de indulto cumplen finalidades diversas, debiéndose proyectar el penitenciario hacia el futuro, con una minimización de los criterios pertenecientes al pasado del interno, siendo lo relevante la evolución presente⁶⁸³.

En cuanto a los concretos requisitos, es conflictivo el relativo a la buena conducta, mas, en la medida en que la exigencia es que concurra de forma extraordinaria, ello ha de comportar la exclusión en el periodo a considerar, desde luego y en todo caso, la existencia de cualquier sanción.

Por lo que se refiere al contenido concreto de la propuesta, el art. 206 RP no establece parámetro alguno, lo que aconsejen las circunstancias⁶⁸⁴.

Estando configurados los beneficios penitenciarios como derecho del interno, ello comportaría que son renunciables, pues no se trataría con ello reconocer el derecho a estar en prisión, sino el derecho a que la estancia en la misma se haga, en algunos aspectos, en consonancia con los intereses personales del penado⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰ SANZ DELGADO, Enrique. "Los Beneficios penitenciarios... op. cit.

⁶⁸¹ SSTC 163/2002, de 16 de septiembre (ROJ: STC 163/2002 - ECLI:ES:TC:2002:163), y 226/2015, de 2 de noviembre (ROJ: STC 226/2015 - ECLI:ES:TC:2015:226).

⁶⁸² AJVP Málaga de 5 de marzo de 2014. Citado por SOLAR CALVO, María del Puerto. "El indulto penitenciario. Una perspectiva práctica". En: *Guía práctica de Derecho penitenciario*. dir. LEÓN ALAPONT, José. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022, p. 669.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 683.

⁶⁸⁴ En este sentido la I SGIP 17/2007, sobre *Beneficio penitenciario de indulto particular*, recoge que será un máximo de tres meses por año de cumplimiento.

⁶⁸⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Algunas cuestiones... op. cit., p. 45.

4. EL ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DISTINTA DE AQUELLA EN LA CUAL SE GENERÓ

4.1 Introducción

La naturaleza y finalidad constitucional diversa de la detención/prisión provisional y de las penas privativas de libertad no ha sido óbice para que desde antiguo tanto el legislador, como la jurisprudencia, hayan admitido la posibilidad del abono del tiempo de tales medidas cautelares a la pena privativa de libertad que luego resulta impuesta. Fue el Código Penal de 1822, su art. 98, el que por primera regula la materia; será el de 1928, su art.114, el siguiente en recoger la institución⁶⁸⁶, que ya se mantendrá en los textos sucesivos de 1932 y 1944, ampliándose, por primera vez, a una medida privativa de derechos - retirada del permiso de conducir- en la reforma de este último operada por Ley de 24 de abril de 1958.

Tras el abono de medidas cautelares a las penas posteriormente impuestas subyace un claro fundamento de equidad; en este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado la analogía o semejanza sustancial entre la privación provisional de libertad y la derivada de una sentencia condenatoria -SSTC 32/1987, de 12 de marzo (ROJ: STC 32/1987 - ECLI:ES:TC:1987:32), y 128/1995, de 26 de julio (ROJ: STC 128/1995 - ECLI:ES:TC:1995:128)- ⁶⁸⁷.

El Código Penal de 1932 introdujo la redacción que luego se plasma en el párrafo primero del art. 33 de Código Penal de 1973. Según tal precepto, el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de la pena impuesta. La especial mención que hacía al tiempo sufrido *durante la tramitación de la causa* podía suscitar dificultades en orden a tal cómputo respecto de una pena impuesta en un proceso diferente. Será la jurisprudencia la que, acudiendo a los principios generales que rigen en la materia, amplió la solución, con gran amplitud y generosidad a favor del reo, en aquellos supuestos de ulteriores sentencias absolutorias o cuando la pena privativa de libertad impuesta sea inferior al tiempo transcurrido en prisión preventiva, pues no tiene sentido acudir a un sistema de indemnizatorio cuando dentro del propio ámbito penal puede obtenerse una reparación⁶⁸⁸. Como señala DÍAZ-

⁶⁸⁶ Al margen del Código Penal, la Ley de 17 de enero de 1901, *ley sobre abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales*, retoma el instituto. Esta ley formalmente no ha sido derogada, si bien en los aspectos materiales cabe considerarla no vigente, al haberse regulado su objeto en los sucesivos códigos, no así lo procesales, que siguen desplegando su eficacia, STS de 16 de noviembre (ROJ: STS 3753/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3752).

⁶⁸⁷ ROSA CORTINA, José Miguel de la. *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2015, pp. 443-445.

⁶⁸⁸ SSTs 13 de noviembre de 1958 (ROJ: STS 1002/1958 - ECLI:ES:TS:1958:1002); 15 de enero de 1991 (ROJ: STS 101/1991 - ECLI:ES:TS:1991:101); 6 de marzo de 1991 (ROJ: STS 9340/1991 - ECLI:ES:TS:1991:9340); 12 de septiembre de 1991 (ROJ: STS 4526/1991 - ECLI:ES:TS:1991:4526); 2 de julio de 1993 (ROJ: STS 4787/1993 - ECLI:ES:TS:1993:4787); 1319/1998, de 4 de noviembre (ROJ: STS 6433/1998); 808/2000, de 11 de mayo (ROJ: STS 3880/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3880); 2394/2001, de 18

MAROTO Y VILLAREJO⁶⁸⁹, hay un principio general del derecho que lleva a decantarse, ante un mal, por la reparación en forma específica, con preferencia a la solución indemnizatoria.

Una de las novedades introducidas por la LO 15/2003, que reforma, entre otros el art. 58 CP, es la atribución, con la nueva redacción del párrafo segundo, al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la competencia para resolver sobre los eventuales abonos de prisión provisional en causa distinta a aquella en la cual se generó⁶⁹⁰. El abono de la prisión provisional en la propia causa, a que se refiere el párrafo primero del mismo precepto, sigue siendo competencia del propio sentenciador en su ejecutoria⁶⁹¹.

De esta forma, el art. 58.2 CP dispone que el abono de prisión provisional en causa distinta de aquella en la cual 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. Solo 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.

MANZANARES SAMANIEGO⁶⁹² destaca que esta nueva previsión competencial en favor del Juez de Vigilancia Penitenciaria resulta razonable, si bien entiende que únicamente afecta a quienes cumplen pena de prisión.

Del tenor del art. 58.2 CP cabe entender que la competencia objetiva del Juez de Vigilancia Penitenciaria se establece con relación a una pena en cumplimiento, pues se especifica que el conocimiento del asunto corresponde territorialmente a aquel que ejerza su función en el centro en el cual está ingresado el penado. Este último aserto lleva a excluir la intervención de este órgano judicial cuando aún no ha mediado el ingreso, esto es, en esos casos en los cuales no hay una pena de prisión activa, bien porque se trata de una pena de prisión suspendida o bien porque estamos ante una

de diciembre (ROJ: STS 9978/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9978); 1108/2003, de 21 de julio (ROJ: STS 5252/2003 - ECLI:ES:TS:2003:5252); y ATS 2004/2003, de 18 de diciembre (ROJ: ATS 13416/2003).

⁶⁸⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "El abono de prisión preventiva". En: *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. dir. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Civitas: Madrid, 2011, p. 204.

⁶⁹⁰ Como antecedente de la nueva atribución competencial recogida en la LO 15/2003 está el ATS 1752/1991, de 7 de mayo (ROJ: ATS 1986/1991 - ECLI:ES:TS:1991:1986A), el cual, resolviendo una cuestión de competencia, considera que los temas de abono de prisión preventiva sufrida en una causa a otra, los problemas derivados de la aplicación del art. 70 del Código Penal y otros similares que excedan de una ejecución concreta y se proyecten de manera multidireccional, corresponde su conocimiento a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, a lo cuales la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye la función de adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se llevan a cabo asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores, lo que se ratifica en el art. 94.1 LOPJ.

⁶⁹¹ El *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, en su art. 903.1, vuelve a residenciar íntegramente la competencia al sentenciador, tanto en el abono en la propia causa, como en causa distinta, planteamiento más que discutible en el caso de penados con pluralidad de condenas susceptibles de tal abono, lo cual no puede sino generar disfunciones a la hora de determinar qué tribunal es el competente para conocer de la cuestión.

⁶⁹² MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas". En: *Diario La Ley*. nº 8293, 2014.

pena de prisión en la cual quepa prever que, de producirse el abono, podría resultar agotada; en estos casos se trataría de una mera incidencia más en la ejecutoria. No hay que olvidar que la competencia del Juez de Vigilancia en ejecución de penas, a que se refiere el art. 76.2 a) LOGP -y ésta es una de tales cuestiones-, es excepcional, con lo cual interpretaciones que hagan exclusión de tal referencia carcelaria no resultan coherentes con el sistema. Es más, si la figura del Juez de Vigilancia cobra su pleno sentido con relación a las penas privativas de libertad, siendo éste su ámbito más propio y específico, el ingreso en prisión para cumplir la pena sobre la que opera el abono resulta una exigencia lógica y certera, pues, en definitiva, el tiempo que se pretende descontar, derivado de otra privación de libertad, va a proyectarse sobre esa pena en ejecución.

No obstante, DEL MORAL GARCÍA⁶⁹³, tras reconocer que es imprescindible decidir quién ha de encargarse de ese abono cuando la pena no se ha empezado a cumplir porque puede estar ya cubierta por el tiempo de prisión abonable, considera muy dudosa la fijación clara de un criterio competencial. Entendería que las opciones interpretativas son varias, no habiendo argumentos legales que permitieran decantarse entre el juez o tribunal sentenciador, el Juez de Vigilancia del domicilio del penado o el Juez de Vigilancia del ámbito territorial en el que recayó la sentencia. Pero, en todo caso, considera que lo que no podría exigirse es el ingreso en un centro solo para resolver el problema competencial.

En cuanto al objeto del abono, el tiempo de privación cautelar de libertad, lo es en su cuantía natural, esto es por días naturales de 24 horas, siendo rechazable la pretensión de una equivalencia superior de tiempo por razón de una eventual mayor penosidad de la medida cautelar frente al cumplimiento⁶⁹⁴.

4.2 Requisito cronológico

Para que opere el abono de la prisión preventiva a una causa distinta a aquella en la cual se acordó se establece un límite temporal: que los hechos que hubieren dado lugar a la condena sobre la que se pretende opere el abono, se hubieran producido con anterioridad al ingreso en prisión. Se trata con ello de evitar que estas situaciones se convirtieran en una patente de impunidad para la comisión de nuevos hechos delictivos⁶⁹⁵, en definitiva, impedir que tales situaciones se conviertan en un factor criminógeno.

⁶⁹³ MORAL GARCÍA, Antonio del. "La última expansión de las competencias de los Jueces de Vigilancia penitenciaria (Ley Orgánica 15/2003 de modificación del Código Penal)". En: *Jueces para la democracia*. nº 58, 2007, p. 109.

⁶⁹⁴ Los AATS de 24 de febrero de 2020 (3)(ROJ: ATS 2231/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2231A; 2449/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2449A; 2450/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2450A) rechazan la pretensión de abono de 36 horas a la condena, en vez de 24 por cada día de prisión provisional y ello por razón tanto de la intuición y la matemática, como la letra de la Ley y una inveterada práctica de cientos de años.

⁶⁹⁵ STS 383/1998, de 23 de marzo (ROJ: STS 1917/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1917).

La dicción literal del art. 58.3 CP, que pone en conexión los hechos de la causa penada con la fecha de ingreso en prisión, en su sentido estricto, podría llevar a soluciones excesivamente rigurosas en perjuicio del reo, por lo que la jurisprudencia ha ido más allá, estableciendo como momento relevante otro posterior, el conocimiento por el condenado de su absolución o imposición de una pena por tiempo inferior al de la prisión preventiva⁶⁹⁶.

La corrección de tal formulación es confirmada por el Tribunal Constitucional, con el mismo argumento e incluso terminología que el Tribunal Supremo, rechazo de la patente de impunidad que resultaría, no admitiéndose los eventuales abonos a causas por hechos posteriores al conocimiento de la sentencia absolutoria⁶⁹⁷.

Tal criterio, con relación a la figura del delito continuado, ha de tenerse en cuenta también cuando con relación a alguna de las conductas que la integran tiene lugar con esas referencias; esto es, si parte de los actos que forman parte de él se producen antes de tener conocimiento de la resolución absolutoria o equivalente, cabe el abono⁶⁹⁸.

4.3 Prevalencia del abono de la prisión preventiva a la propia causa

La redacción originaria del art. 58.1 CP establecía claramente que 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. Se partía así de la consideración de la imposibilidad de abono en la propia causa en la cual se acordó la medida cautelar, abono que sería factible a otra causa siempre y cuando esta última tuviere por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión, evitándose de este

⁶⁹⁶ SSTS 2394/2001, de 18 de diciembre (ROJ: STS 9978/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9978) y 808/2000, de 11 de mayo (ROJ: STS 3880/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3880). Este planteamiento es, de nuevo, ratificado en la STS 660/2021, de 8 de septiembre (ROJ: STS 3291/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3291), dictada en unificación de doctrina, la cual pone de manifiesto que dada la finalidad de la prevención del art. 58.3 CP, evitar que el *saldo penitenciario favorable* resultante de la medida cautelar adoptada en la causa en la cual luego resulta absuelto pueda contribuir a la promoción o favorecimiento de nuevas conductas delictivas, ello debe ser interpretado en el sentido de que los nuevos hechos determinantes de la condena hubieran tenido lugar con posterioridad a que su autor hubiera venido en conocimiento de que la causa en la que se determinó su privación de libertad cautelar había concluido ya por el dictado de una sentencia absolutoria o de cualquier otra resolución que pusiera término al procedimiento sin declaración de responsabilidad (o por el dictado de una sentencia condenatoria firme en la que se le impusiera una pena inferior a la duración de la privación de libertad acordada cautelarmente), pues solo a partir de ese momento podrá resultar consciente del nacimiento a su favor de aquel.

⁶⁹⁷ ATC 160/2004, de 4 de octubre (ROJ: ATC 160/2004 - ECLI:ES:TC:2004:160A).

⁶⁹⁸ STS 660/2021, de 8 de septiembre (ROJ: STS 3291/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3291), dictada en unificación de doctrina.

modo la injusticia producida cuando la condena era inferior al tiempo de duración de la medida cautelar o cuando mediaba sentencia absolutoria⁶⁹⁹.

La redacción dada al precepto por la LO 15/2003 omite toda referencia expresa a una eventual imposibilidad de abono en la propia causa. En esa misma línea, la redacción actual introducida por la LO 5/2010, nada dice o matiza al respecto, pues esta reforma se centra, en esta materia, únicamente en incluir una referencia a la imposibilidad de dobles abonos de un mismo periodo de privación de libertad, zanjando con este postulado la polémica suscitada por la STC 57/2008, de 28 de abril de 28 de abril (ROJ: STC 57/2008 - ECLI:ES:TC:2008:57).

Según ha señalado el Tribunal Supremo -en referencia al texto ya modificado del Código Penal-, en todo caso, el abono de la prisión preventiva en causa distinta de aquella en la cual se decretó es procedente en dos supuestos, a saber, cuando el acusado es absuelto, o bien cuando la pena privativa de libertad impuesta resulta de menor duración que la prisión preventiva, pues, de no hacerse así, se causaría un indudable perjuicio al penado, que, de no tener otra u otras ejecutorias pendientes, podría demandar una indemnización. El abono de la prisión preventiva en la propia causa en la que se decretó tal medida cautelar constituye una regla de aplicación absoluta, que opera *ope legis*, de forma automática⁷⁰⁰; y ello incluso, aunque en el fallo de la sentencia condenatoria no se consigne de modo expreso⁷⁰¹. El tema es relevante tanto en aquellos casos en los cuales la pena prescribe luego⁷⁰², como en los que la pena es suspendida, pues al ser ambas situaciones posteriores a la sentencia condenatoria, habiéndose producido automáticamente ese abono, no cabe admitir pretensiones de abono de los eventuales periodos de prisión preventiva derivados de tales causas a otras condenas.

En los supuestos de suspensión ordinaria o extraordinaria de la condena conforme los arts. 80 (y siguientes) y 87 CP, como del mismo modo sucede en el caso de la prescripción, no procede abono alguno a causa distinta toda vez que el presupuesto legal no sería en ningún caso el art. 58.2 y 3 CP, sino el art. 58.1 CP, más aún, siendo como es, revocable el beneficio de la suspensión y, en todo caso, no antes del licenciamiento definitivo⁷⁰³.

A pesar de la claridad del criterio expuesto, existen pronunciamientos de Audiencias Provinciales que abiertamente se apartan de él so pretexto de que la argumentación expuesta parte del supuesto hipotético de que la suspensión de la

⁶⁹⁹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "Prisión provisional y régimen penitenciario". En: *Prisión Provisional, Detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1997, p. 192.

⁷⁰⁰ STS 70/2007, de 31 de enero (ROJ: STS 485/2007 - ECLI:ES:TS:2007:485).

⁷⁰¹ STS 360/1966, de 17 de noviembre (ROJ: STS 2462/1966 - ECLI:ES:TS:1966:2462).

⁷⁰² Como pone de manifiesto con relación a la prescripción de la pena las SSTs 70/2007, de 31 de enero (ROJ: STS 485/2007 - ECLI:ES:TS:2007:485) y 547/2019, de 12 de noviembre (ROJ: STS 3695/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3695), "la firmeza de la sentencia conlleva el abono automático de la prisión provisional sufrida por el condenado para el cumplimiento de las penas impuestas, de tal modo que la ulterior prescripción de dichas penas alcanzaría únicamente a la parte pendiente de cumplimiento".

⁷⁰³ SSTs 70/2007, de 31 de enero de 2007 (ROJ: STS 485/2007 - ECLI:ES:TS:2007:485); 951/2008, de 18 de diciembre (ROJ: STS 7142/2008 - ECLI:ES:TS:2008:7142).

ejecución de la pena pudiera ser revocada, frente a lo cual se opone que también cabe la posibilidad de que el penado no delinca en el período de gracia y se acuerde la remisión definitiva de la pena; al tiempo se añade que ninguna disfunción se produce pues, en todo caso, si tal revocación se produjera, el período de prisión preventiva cuyo abono se reclama no se aplicaría a la causa de la cual proviene, al haber sido abonada ya a otra, en cumplimiento de la previsión al efecto del propio precepto⁷⁰⁴.

Si la causa que justifica la existencia del abono de la privación de libertad en causa distinta a la cual se generó no es sino que no resulta razonable acudir a un expediente indemnizatorio cuando la reparación puede obtenerse de forma específica en supuestos de ulteriores sentencias absolutorias o cuando la pena privativa de libertad impuesta sea inferior al tiempo transcurrido en prisión preventiva, es obvio que cuando hay condena y luego no se cumple, bien por el instituto de la remisión condicional, bien porque prescriba la pena, esa ratio no concurre, pues sería absolutamente inviable cualquier indemnización. En lógica coherencia, admitir abonos a causas distintas en tales casos conllevaría, para el supuesto de no existir otra condena por hechos anteriores, proclamar el derecho a la indemnización de quien ha estado sujeto a una medida cautelar y es condenado, mas, luego no cumple la pena por haber obtenido el beneficio de la remisión condicional o porque prescriba, lo cual es absurdo y va contra un elemental sentido de justicia.

Aunque la STS 951/2008, de 18 de diciembre (ROJ: STS 7142/2008 - ECLI:ES:TS:2008:7142) deja abierta la puerta a considerar ese eventual abono en caso de suspensión, solo y exclusivamente cuando se haya acordado ya la remisión definitiva de la pena, el ATS 440/2022, de 31 de marzo (ROJ: ATS 6575/2022 - ECLI:ES:TS:2022:6575A), perfila claramente el instituto del abono de la prisión preventiva en causa distinta aquella en la cual se generó y lo admite exclusivamente en los casos de mediar sentencia absolutoria o exceso de cumplimiento, rechazando los supuestos de prescripción o suspensión o sustitución.

Si bien, como se ha expuesto, el abono de la prisión provisional acordada a la propia causa, art. 58.1 CP, es preferente frente al abono a causa distinta ex art. 58.2 CP, se ha planteado por alguna resolución judicial esta última posibilidad tomando como única referencia el criterio cronológico, haciéndose así abstracción del motivo del no abono en la propia; en concreto, aunque la causa en la cual se acordó la medida cautelar siga viva y por ello no sea posible temporalmente realizar el abono en ese momento, se diría que en la medida en que el precepto no exige que se haya constatado que esa prisión cautelar fue injusta por culminación de la causa en que se ordenó mediante resolución absolutoria o de condena a pena inferior a la duración de la privación cautelar de libertad, cabría su abono a una condena por hechos anteriores⁷⁰⁵. En favor de este planteamiento, enlazando con el fundamento de la institución, se invoca que el abono es una medida de justicia que favorece al que la sufre antes de que una sentencia declare su responsabilidad penal en la causa en que se decreta, ante la eventualidad o

⁷⁰⁴ AAP Gerona (4ª), 247/2017 y AAP Cuenca 396/2018.

⁷⁰⁵ AAP Pontevedra (2ª) 245/2006, de 30 de mayo (ROJ: AAP PO 499/2006 - ECLI:ES:APPO:2006:499A); AAP Tarragona (4ª) 39/2018, de 30 de enero (ROJ: AAP T 266/2018 - ECLI:ES:APT:2018:266A).

realidad de que esta responsabilidad no llegue a ser declarada, por lo cual admitir estos abonos evita eventuales indemnizaciones. Por otro lado, se dirá que es clara la prioritaria conveniencia del privado de libertad en serlo a título de condenado respecto de la de serlo a título de preso provisional.

Frente a este planteamiento cabe alegar que el orden sistemático del precepto sigue estableciendo en primer lugar y como regla general, el abono en la propia causa donde la privación de libertad fue sufrida. A ello ha de añadirse que la condición del elemento cronológico recogido en el 58.3 CP se entiende partiendo del presupuesto de que la causa que motivó la privación provisional de libertad hubiera concluido por resolución que no permita el abono en ella, lo cual responde a un principio de política criminal, evitar un *cheque en blanco para delinquir*. La admisión de tales abonos tendría relevantes incidencias en el cumplimiento de las penas y que por ello iría acompañado de otras previsiones normativas, como por ejemplo su articulación con el periodo de seguridad que para los delitos más graves del art. 36.2 CP; o si puede el penado elegir las condiciones del abono, en cuanto a su destino, la acumulación de solo alguna de las prisiones provisionales sufridas con reserva de otras para aplicar a otra pena futura por hechos anteriores, o si debe el Juez de Vigilancia recabar de oficio la información precisa para abonar todos los periodos de posibles prisiones provisionales sufridas con posterioridad a los hechos, en cualesquier otras causas en trámite⁷⁰⁶.

Podría añadirse otro argumento en contra de la solución expuesta, pues si se admite el abono de la prisión provisional derivado de causas en trámite, dado que el art. 59 CP permite el abono de medidas de diversa naturaleza, se daría entrada en el Derecho Penal en el momento del cumplimiento de la pena a un peculiar principio dispositivo al quedar en manos de sujeto afectado elegir que esa privación cautelar de derechos en causa no juzgada se abonara en forma de privación de libertad, lo cual casa mal con la naturaleza de Derecho necesario y público de esta rama del ordenamiento; esto es, sería la sola voluntad del encausado no juzgado la que determinaría que, por ejemplo, una medida cautelar de retirada de pasaporte se transformara en privación de libertad, lo cual no dejaría de ser sorprendente y anómalo, además de incrementar la inseguridad jurídica, máxime cuando no hay parámetros claros de compensación. Tal situación es claramente heterodoxa en nuestro ordenamiento, pues ni siquiera en los casos en los cuales se impone la pena con intervención de la voluntad del condenado, caso de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, es esa voluntad, a diferencia de lo que aquí ocurriría, el único fundamento de la elección de ésta, antes bien se parte de la previa decisión de la autoridad judicial que dispone la conveniencia de aquella y por tanto da la opción. En estos supuestos no habría margen judicial alguno, antes bien el Derecho Penal, su respuesta quedaría en las manos del penado.

Por su parte el Tribunal Supremo⁷⁰⁷ se ha decantado por rechazar tal posibilidad de abonar periodos de prisión preventivas con origen en causas pendientes al considerar que esa pretensión carece de sustento, pues la prisión provisional acordada

⁷⁰⁶ Voto Particular, AAP Pontevedra (2ª) 245/2006, de 30 de mayo (ROJ: AAP PO 499/2006 - ECLI:ES:APPO:2006:499A).

⁷⁰⁷ ATS 1631/2014, de 9 de octubre (ROJ: ATS 8911/2014 - ECLI:ES:TS:2014:8911A).

en el procedimiento pendiente habrá de ser abonada en su totalidad "para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada" como determina el art. 58 CP, "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", lo cual, entiende, no ha acontecido en la medida en que el procedimiento se encuentre en trámite. En definitiva, se ratifica la regla de prevalencia del abono a la propia causa, frente a un hipotético abono a causa distinta, lo cual conecta con un concepto material y no meramente procesal, esto es que la imposibilidad no lo sea por una mera eventualidad ligada a la tramitación de la causa, antes bien por una cuestión de fondo de la que deriva una situación de injusticia que ha de ser compensada de alguna forma, en este caso, no como indemnización, antes bien como cumplimiento válido para otra pena.

Criterio que ha sido definitivamente establecido por la STS 547/2019, de 12 de noviembre (ROJ: STS 3695/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3695), dictada en recurso para unificación de doctrina, la cual tras hacer referencia al origen histórico de la institución, que se remonta al Código Penal de 1822, considera que corresponde al sentenciador y no al Juez de Vigilancia el abono en su *totalidad* del tiempo sufrido de privación provisional de libertad, con lo que solo el del sobrante será competencia de aquel otro, situación que solo se producirá una vez haya recaído sentencia o resolución de sobreseimiento firmes en la causa correspondiente, por lo cual no cabe hacer consideración alguna en tanto en cuanto el procedimiento siga abierto. Expresamente recoge los riesgos de seguir otro criterio, cuales serían "alterar las consecuencias de instituciones como el indulto o la suspensión de la ejecución de la pena, donde uno de los motivos que incide frecuentemente en su concesión, es el tiempo privado de libertad en la causa correspondiente".

En el caso del cómputo de los períodos de prisión preventiva en los supuestos de acumulación de condenas del art. 76 CP, el Tribunal Supremo⁷⁰⁸ entiende que la aplicación del tiempo sufrido en diferentes prisiones preventivas se hará en cada una de las penas impuestas en sus respectivos procedimientos y no sobre el total del máximo de cumplimiento, pues este límite resultante no es una nueva pena, sino simplemente un máximo en un cumplimiento sucesivo de las diversas comprendidas en la acumulación⁷⁰⁹. El efecto de la acumulación jurídica de condenas es solamente el establecimiento de una limitación del cumplimiento de varias penas hasta el límite máximo, no el nacimiento de una pena nueva, de modo que se inicia el cumplimiento de una en una, una vez queda extinguida la anterior y así sucesivamente, hasta alcanzar las limitaciones que establece el art. 76 del CP.

⁷⁰⁸ SSTS 208/2011, de 28 de marzo (ROJ: STS 1877/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1877); 329/2011, de 5 de mayo (ROJ: 3849/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3849); 759/2011, de 30 de junio (ROJ: STS 4840/2011 - ECLI:ES:TS:2011:484); 906/2011, de 20 de septiembre (ROJ: STS 5919/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5919); 1060/2011, de 21 de octubre (ROJ: STS 7030/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7030); 942/2012, de 28 de noviembre (ROJ: STS 8278/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8278).

⁷⁰⁹ STS 197/2006, de 28 de febrero (ROJ: STS 753/2006 - ECLI:ES:TS:2006:753).

4.4 Dobles abonos de periodos de privación de libertad

El módulo de abono, cuando procede, es un día de privación, un día de cumplimiento, rechazándose cualquier otra variable valorativa diversa de aquella y, en concreto la especial penosidad o aflicción del tiempo pasado en situación de preventivo en orden a obtener una mayor compensación⁷¹⁰.

La STC 57/2008, de 28 de abril de 28 de abril (ROJ: STC 57/2008 - ECLI:ES:TC:2008:57), dictada con relación al art. 58.1 CP significó que, hasta la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010, en aquellas situaciones en las cuales en una persona privada de libertad concurría la doble cualidad de preventivo y penado, ante la imprevisión del legislador, el tiempo transcurrido en tal situación era susceptible de ser abonado doblemente, por un lado, a la causa penada y, por otro, a la causa en la cual se acordó la medida cautelar, una vez fuera condenado en aquella. La finalidad distinta que cumple en este caso una y otra privación de libertad justificó, dada la redacción original del precepto, esa solución. La medida cautelar de prisión provisional tendría carácter excepcional, subsidiario, necesario y proporcionado a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo de proceso y la ejecución del fallo, así como de evitar el riesgo de reiteración delictiva; o dicho de otra forma, la prisión provisional tiene por objetivo evitar la fuga del reo durante el proceso y tras el dictado de una sentencia no firme, asegurar la instrucción de los hechos y evitar la ocultación de pruebas, impedir la reiteración delictiva por parte del sujeto considerado peligroso o satisfacer la demanda social de seguridad. La pena de prisión, por su parte, responde a lo dispuesto, con carácter general, a la finalidad reeducadora y reinsertadora, que conecta con el art. 25.2 CE. De ello se colige que, en la medida en que concurren ambas situaciones, se causa un serio daño al cumplimiento de la pena, pues los institutos establecidos en su forma de cumplimiento (clasificación, permisos...), no están operativos, de ahí que, ante la ausencia de previsión legislativa, no quepa dar una respuesta restrictiva, lo que conduce como solución al doble abono del periodo de privación de libertad coincidente.

La solución a la que llega el Tribunal Constitucional es cuestionable, pues frente a la práctica entonces de los órganos judiciales de incluirlo en la liquidación de la condena en cumplimiento, cabía otra solución. Así, entender que prisión provisional y cumplimiento de pena son situaciones ontológicamente incompatibles, por lo que procedería tener por suspenso en cumplimiento y diferir el abono del tiempo de coincidencia, que lo es de medida cautelar y no de pena, a la eventual futura condena. Tal interpretación era factible al amparo del art. 58.1 CP -preferente aplicación del periodo de prisión preventiva a la causa en la cual se generó-, art. 75 CP -previsión de imposibilidad de cumplimiento simultáneo de penas de la misma naturaleza- y de otros supuestos existentes en la práctica forense -caso de la suspensión de la libertad

⁷¹⁰ ATS 417/2016, de 16 de febrero (ROJ: ATS 2610/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2610A). En este supuesto se pretendía un doble abono de la privación de libertad sufrida en Colombia como consecuencia de una extradición, ante el estado de las prisiones de tal país.

condicional en caso de coincidencia de tal situación con el cumplimiento de una pena o una medida cautelar de prisión provisional⁷¹¹.

Estaríamos ante lo que se ha llamado por algún autor un problema de calidad de la ley, en definitiva, un problema de defectuosa regulación legislativa, si bien aparentemente surge como un problema jurisdiccional; calidad cuya exigencia debería ser imprescindible en el desarrollo de los derechos fundamentales, tanto en el respeto de su contenido esencial, como en la precisa regulación de aquellos, de modo que exista una previsibilidad objetiva que dote de una adecuada certeza al ejercicio de aquel⁷¹².

Con motivo de la nueva redacción del art. 58.1 CP, dada por la LO 5/2010, que excluye esa posibilidad de doble abono, va a surgir un nuevo problema, el relativo a la vigencia temporal de la norma; esto es, si cabe el reconocimiento del doble abono con relación a las situaciones de coincidencia de la doble condición de penado y preventivo anteriores a la entrada en vigor, pero en las que la sentencia condenatoria de la que trae causa la medida cautelar, su firmeza, es posterior a aquella fecha. Para Tribunal Supremo⁷¹³ el abono de la prisión preventiva serían una norma ejecutiva que regula el cumplimiento de la prisión, ejecución de pena, por tanto, al igual que lo es la sustitución o suspensión de penas, o pago fraccionado de multas, por lo que la norma aplicable en cada caso sería la vigente al tiempo de la firmeza de la sentencia que genera la situación que da lugar al doble abono y no la del momento en el que se da la doble condición. Sin embargo, tal planteamiento va a ser rechazado por el Tribunal Constitucional⁷¹⁴ por entender que es más respetuosos con el derecho a la libertad considerar el momento de coincidencia de la situación, que sea anterior a la entrada en vigor de reforma, y no la fecha de la firmeza de la ulterior sentencia.

Lo que en ningún caso es admisible son los plurales abonos derivados de la coincidencia en el tiempo de dos o más prisiones provisionales acordadas en causas distintas⁷¹⁵. Dado que, como se señaló anteriormente, el fundamento de la prisión provisional y el cumplimiento de pena de prisión responden a finalidades diversas, puede sostenerse que las prisiones provisionales simultáneas realmente solo conllevan una privación de libertad única, por lo que la pluralidad de aquellas no deja de ser a estos efectos meramente formal o, incluso, precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un Juzgado y no por otro u otros.

⁷¹¹ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "En torno a la interpretación del artículo 58 del Código Penal. Unas consideraciones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril". En: *Diario La Ley*. nº 7119, 2009.

⁷¹² SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. "Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: crónica del espejismo de un conflicto que era de calidad de la ley". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 32, nº 95, 2012, p. 350.

⁷¹³ SSTS 265/2012, de 3 de abril (ROJ: STS 2870/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2870); 413/2012, de 17 de mayo (ROJ: STS 3489/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3489); 803/2014, de 12 de noviembre (ROJ: STS 5077/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5077); 22/2015, de 29 de enero (ROJ: STS 127/2015 - ECLI:ES:TS:2015:127), entre otras.

⁷¹⁴ STC 261/2015, de 14 de diciembre (ROJ: STC 261/2015 - ECLI:ES:TC:2015:261).

⁷¹⁵ SSTC 92/2012, de 7 de mayo (ROJ: STC 92/2012 - ECLI:ES:TC:2012:92), y 158/2012, de 17 de septiembre (ROJ: STC 158/2012 - ECLI:ES:TC:2012:158). SSTS 414/2010, de 17 de marzo (ROJ: STS 2086/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2086); 667/2010, de 11 de junio (ROJ: STS 3843/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3843) y 265/2012, de 3 de abril (ROJ: STS 2870/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2870).

En el caso de extradición, no cabe doble abono invocándose la concurrencia de la condición de penado y preventivo como consecuencia de ella, pues la orden de entrega solo es efectiva cuando se extingue el cumplimiento en aquel otro país⁷¹⁶.

En el caso de aplicación del art. 76 CP, el efecto del doble abono solo se proyecta sobre la concreta condenado en la cual estuvo en situación de preventivo mientras se cumplía como penado otra diversa, pero no sobre el límite máximo resultante, que lo es de cumplimiento efectivo, concepto que tiene un significado material, situación que no se da en el caso del doble abono⁷¹⁷.

Reconduciendo la situación al ámbito competencial del Juez de Vigilancia, cuando en la causa en la cual se había acordado la medida cautelar de prisión provisional, el sujeto que simultáneamente estaba cumpliendo una pena resulta absuelto, cabe plantear si es posible ese doble abono al amparo del art. 58.2 CP. La respuesta del Tribunal Supremo en este supuesto concreto es negativa⁷¹⁸, pues ese doble abono en sede penitenciaria solo procede en el caso de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la LO 15/2003; esta norma, que es la que confiere la competencia en el caso de abono de prisión provisional en causa distinta al Juez de Vigilancia -nueva redacción del art. 58.2 CP-, introduce la previsión de la comprobación de no estar ya abonado el periodo de privación de libertad, requisito éste que la LO 5/2010 extenderá posteriormente al supuesto de abono de la medida cautelar en la propia causa del art. 58.1 CP. Es uniforme, en ambos supuestos, la línea jurisprudencial que rechaza la aplicabilidad de dobles abonos con posterioridad a la entrada en vigor de estas normas⁷¹⁹.

4.5 Abono del tiempo de privación de libertad derivado de medidas de prisión provisional acordadas en otros países

Se ha suscitado la posibilidad de abono de medidas cautelares privativas de libertad acordadas en países extranjeros y, más en concreto, de países del ámbito de

⁷¹⁶ STS 304/2021, de 9 abril de 2021 (ROJ: STS 1353/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1353), que cita a su vez las SSTS, 1250/2011 de 22 de noviembre (ROJ: STS 7866/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7866); 1076/2012, de 08 de enero (ROJ: STS 670/2013 - ECLI:ES:TS:2013:670); y 578/2017, de 19 de julio (ROJ: STS 3038/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3038)

⁷¹⁷ SSTS 763/2014, de 16 de noviembre (ROJ: STS 4700/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4700) y 304/2021, de 9 abril de (ROJ: STS 1353/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1353); y 515/2020 octubre de 2020 (ROJ: STS 3617/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3617). Criterio ratificado por la STC 35/2014, de 27 de febrero (ROJ: STC 35/2014 - ECLI:ES:TC:2014:35).

⁷¹⁸ STS 551/2010, de 28 de mayo (ROJ: STS 3070/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3070).

⁷¹⁹ En esa misma línea, el ATS 823/2014, de 8 de mayo (ROJ: ATS 4581/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4581A), y las SSTS 22/2015, de 29 de enero (ROJ: STS 127/2015 - ECLI:ES:TS:2015:127) y 487/2016, de 7 de junio (ROJ: STS 2720/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2720), resoluciones que rechazan la posibilidad de doble abono con relación a situaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma que prevé la imposibilidad de aquel, que en el caso del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria es la LO 15/2003.

la Unión Europea, en España⁷²⁰. A favor de tal posibilidad se invoca la intuición jurídica y el sentido de justicia material que subyacería en la norma del art. 58 CP, alegándose que el precepto legal no contiene como requisito expreso el que la prisión provisional se haya sufrido en nuestro país. Un segundo argumento, también en el plano de los principios generales, pero ya trasladados al ámbito europeo, tendría su apoyo en la noción del espacio común de libertad, seguridad y justicia que proclama el art. 29 del Tratado de la Unión Europea, en el principio de libre circulación de los ciudadanos de la Unión por el territorio de los Estados miembros, que señala el art. 18 del Tratado de la Comunidad Europea y en el principio de proporcionalidad de la pena que, como derecho fundamental, proclama el apartado 3 del art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en el Consejo Europeo de Niza. Y, por último, más en concreto, se entendería que las referencias del art. 56 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen al cómputo en un Estado de la privación de libertad sufrida en otro Estado por una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos, interpretadas de modo conjunto con la obligación establecida en el art. 58 del mismo Convenio de aplicar las disposiciones nacionales más extensivas relativas al principio *ne bis in ídem*. Con estos argumentos se llegaría a interpretar el art. 58.4 CP en el sentido de equiparar a las internas las consecuencias jurídicas derivadas de un proceso penal seguido ante la jurisdicción de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Frente a tal posicionamiento cabe invocar, en primer lugar, el principio de soberanía jurisdiccional plasmado en el art. 117 CE y art. 2 LOPJ, que implica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales; o dicho de otra forma, las resoluciones de tribunales extranjeros carecen de toda eficacia en tanto en cuanto no tengan reconocimiento alguno en nuestra propia ley o en un tratado.

Sirva de ejemplo, la consideración de las sentencias de los Estados de la Unión Europea a los efectos de reincidencia tiene su fundamento en el art. 22.8ª CP o la ejecución en España de sentencias condenatorias de los Estados miembros de la Unión Europea en la Ley 23/2014, de *reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, no en meras intuiciones o principios generales o difusos.

Ligado a este principio de soberanía, que enlaza con el de territorialidad de la ley penal, es significativa la STS 578/2017, de 19 de julio (ROJ: STS 3038/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3038), la cual rechaza la pretensión, al amparo de la doctrina dimanante de la STC 57/2008, de 28 de abril de 28 de abril (ROJ: STC 57/2008 - ECLI:ES:TC:2008:57), de un doble abono del tiempo de privación de libertad en relación a una situación de simultaneidad de la condición de penado y preventivo del reclamante, anterior a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010, por el hecho de que el cumplimiento de la pena no tenía lugar en España. De ello cabe

⁷²⁰ AP Sevilla (1ª) 89/2007, de 5 de marzo (ROJ: AAP SE 768/2007 - ECLI:ES:APSE:2007:768A). Decantándose a favor de esta posibilidad, sin dar argumento alguno, como si fuera algo obvio, AAP Alicante (10ª) 615/2018, de 23 de octubre.

inferir que, si la situación de privación de libertad es ajena a nuestro país por haber tenido lugar fuera de él, nada cabe reclamar aquí.

La invocación de los principios de la normativa europea puede servir a la hora de aplicar el derecho nacional y su interpretación, pero se incurre en un exceso al pretender, con tal fundamento, dotar de eficacia, equiparar, las resoluciones de los órganos judiciales extranjeros a los de los nacionales en aquellos casos en los cuales hay una absoluta falta de referencia expresa legal al efecto.

El efecto directo del Derecho primario y secundario de la Unión Europea es predicable cuando las obligaciones establecidas en él son precisas, claras, incondicionales y no requieran medidas complementarias, tanto de carácter nacional como europeo, sin margen de discrecionalidad para los Estados miembros⁷²¹.

El Preámbulo del Tratado la Unión, desarrollado luego en el art. 3, establece entre sus objetivos el ofrecer a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores. El art. 49. 3, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por su parte, recoge que la intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción. Por último, el art. 56 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, establece la necesidad del abono del tiempo de privación de libertad a la sanción que se imponga en un Estado cuando por unos mismos hechos ha sido juzgada en sentencia firme por otra Parte contratante.

Pero de afirmar que de los principios expuestos resulta de manera precisa, clara, incondicional y sin necesidad de medidas complementarias para su efectividad, el eventual abono de una medida cautelar, y por ello el reconocimiento de la eficacia en otro Estado de la resolución del órgano judicial que la acordó, es cuando menos en ejercicio de voluntariedad.

En supuestos sí desarrollados normativamente, los efectos de las resoluciones penales de otros Estado miembros no tiene más efectos que los que expresamente de les reconoce, no desde luego esa eficacia expansiva que pretende deducirse indiscriminadamente de los principios expuestos.

Así si atendemos a la trasposición en España de la Decisión Marco 2008/909/JAI, el art. 86 Ley 23/2014, de *reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, establece que el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, con deducción del período de privación de libertad ya cumplido, en su caso, en el Estado de emisión en relación con la misma resolución condenatoria, del período total que haya de cumplirse en España, fijándose a continuación los efectos de la resolución transmitida sobre las condenas dictadas por los tribunales españoles, o sobre las resoluciones que fijen los límites de cumplimiento de condena, en este caso, con remisión art. 14 y la disposición adicional única de la LO 7/2014, de 12 de noviembre,

⁷²¹ SSTJUE de 5 de febrero de 1963 (Asunto C-26/62), *van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*; de 19 de enero de 1982 (Asunto C-8/1981), *Ursula Becker contra Finanzamt Münster-Innenstadt*; de 12 de diciembre de 1990 (Asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89), *Peter Kaefler y Andréa Procacci contra Estado francés*.

sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea⁷²².

Se hacen así dos matizaciones, la primera, referente a la consideración únicamente de abonos de privación de libertad derivados de la propia resolución condenatoria; la segunda, se limita temporalmente la eficacia de la condena transmitida a efectos de fijación del límite máximo de cumplimiento, acumulación jurídica⁷²³. Conforme a la jurisprudencia, sí serían acumulables las condenas de terceros países⁷²⁴, más nos las de los tribunales de la Unión Europea⁷²⁵.

FERNÁNDEZ PRADO⁷²⁶ entiende que con la mención expuesta en segundo lugar se reconoce una menor o distinta eficacia a las sentencias de los distintos Estados de la Unión Europea con relación a las dictadas por los tribunales de terceros países cuando los condenados vengan a cumplir sus condenas a España en el marco de los respectivos convenios ya que en estos casos, al no operar la norma específica citada.

No parece por tanto que sea tan claro el abono de las medidas cautelares acordadas en otro estado, cuando ni siquiera sus condenas con consideradas a los efectos de la acumulación jurídica de penas, sino solo a partir de una determinada fecha.

Pero es que, además, frente a la no necesidad de mecanismos para su consideración, surge un obvio y evidente problema práctico: el abono de la prisión preventiva en causa distinta en la cual se generó lo es previa comprobación de que no está abonado a otra causa. Esta última mención no tiene problema alguno en Derecho interno, pues la Administración penitenciaria es quien lleva a cabo el control, pero obviamente, dado que no hay mecanismo o institución europea alguna que cumpla tal misión- no se contempla expresamente este supuesto en la normativa comunitaria, de ahí que no sea extraño que no se haya articulado registro alguno-, ello conlleva dirigir a todos y cada uno de los Estados miembros los correspondientes auxilios.

Precisamente, sirva de ejemplo, cuando se da a la agravante de reincidencia, art. 22.8^a CP, la actual redacción, cuyo enunciado responde a la normativa

⁷²² Implementa, entre otras, la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, *relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*.

⁷²³ LO 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea* Disposición adicional única. Condenas anteriores al 15 de agosto de 2010. 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 2010.

⁷²⁴ SSTS 1129/2000, de 27 de junio (ROJ: STS 5235/2000 - ECLI:ES:TS:2000:5235), y 926/2005, de 30 de junio (ROJ: STS 4387/2005 - ECLI:ES:TS:2005:4387).

⁷²⁵ SSTS 874/2014, de 27 de enero (ROJ: STS 471/2014 - ECLI:ES:TS:2014:471); 178/2015, de 24 de marzo (ROJ: STS 1238/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1238); y 179/2015, de 24 de marzo (ROJ: STS 1239/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1239).

⁷²⁶ FERNÁNDEZ PRADO, Manuela. "Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad". En: *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015, pp.152-153.

comunitaria⁷²⁷, paralelamente se establece un sistema de registro de antecedentes penales común a todos los Estados miembros de la Unión⁷²⁸.

En el caso de abono de medidas cautelares, no hay previsión alguna, falta un registro común que hace excepcionalmente dificultosa la comprobación de si han sido abonadas o no, lo cual podría acontecer en cualquiera de los Estados miembros. Sin tal instrumento de coordinación, incluso algo tan elemental como saber a quién dirigirse en cada Estado, es un palmario obstáculo para su consideración.

La asimilación que se hace del abono de prisión preventiva al principio *ne bis in idem*, en la argumentación antes expuesta, resulta artificiosa, pues tal principio de proscripción de una eventual segunda condena por unos mismos hechos, proyectándose el efecto del juicio ya seguido en un Estado miembro a los restantes, poco o nada tiene que ver con la eventual eficacia supranacional de una sentencia absolutoria por unos hechos que no son enjuiciados en España. El principio *ne bis in idem* tiene un efecto material ligado a los hechos y una proyección procesal que veta la eventual celebración de un nuevo juicio por aquellos. No se alcanza a entender que paralelismo o similitud hay con el efecto de una sentencia en la cual se absuelve a un sujeto que ha sufrido una medida cautelar personal y que desde luego no va a ser juzgado en España de nuevo por los hechos que sustentan el pronunciamiento.

Tampoco cabe intuir qué interés puede tener nuestro país en afrontar el resultado de un mal funcionamiento de la Justicia de otro Estado. El origen de la institución no es sino evitar las correspondientes indemnizaciones cuando hay otra forma de dar satisfacción a esas situaciones, siempre que no se perjudique la política criminal, pero resulta difícil explicar qué sentido tiene esta solución colaborativa trasnacional cuando el causante del daño es un Estado distinto.

Pero es que además la tesis cuestionada puede, en algún supuesto, afectar a nuestro propio orden público. Es perfectamente posible, ante la falta de coordinación normativa de los ordenamientos de los diversos Estados, la disparidad de tipos penales, una absolución con fundamento en la atipicidad de una conducta en uno de ellos, cuando de considerarse la conducta en nuestro país, sí pudiera resultar delictiva; si de esta situación resultara una sentencia absolutoria y hubiera que abonar la medida cautelar derivada de ella en España, ello llevaría a dotar de eficacia en nuestro territorio y reconocer una decisión contraria a nuestro propio ordenamiento. Se puede argumentar en este caso el principio de territorialidad de la ley penal, que esa conducta solo es delictiva en España y no en el país en el cual se dictó la sentencia absolutoria, pero precisamente, sin norma expresa alguna, lo que pretenden quienes defienden la

⁷²⁷ Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008.

⁷²⁸ Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS). El ECRIS se creó en abril de 2012 para facilitar el intercambio de información sobre antecedentes penales en toda la Unión Europea. Crea interconexiones electrónicas entre los Estados miembros y establece normas para garantizar que la información sobre las condenas penales contenida en el sistema de antecedentes penales de los Estados miembros pueda intercambiarse a través de formatos electrónicos normalizados, de manera uniforme y rápida y dentro de plazos jurídicos cortos.

posibilidad del abono es prescindir de tal principio que ahora se invocaría, pues es la territorialidad de la ley penal la que excluye la eficacia de la resolución extranjera.

Por otra parte, el abono de prisión preventiva en causa distinta no necesariamente tiene porqué estar recogido en el ordenamiento interno de los distintos Estados de la Unión Europea y, de hecho, como se expuso, en España fue una creación jurisprudencial. No se reconoce legalmente sino hasta 1995.

En conclusión, si bien el art. 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, así como el de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, no lo es menos que ni el Parlamento Europeo, ni el Consejo han adoptado procedimiento legislativo alguno al efecto en esta concreta materia, a diferencia de lo que ocurre con relación a las sentencias condenatorias, respecto a las cuales sí hay un consenso en el ámbito de la Unión Europea, cuya legislación regula el alcance de aquellas más allá del Estado en el cual se dictan. La eficacia transfronteriza de las resoluciones en las que se adoptan medidas cautelares que luego resultan ineficaces por razón de los ulteriores pronunciamientos de contenido absolutorio, no ha sido abordada aún, de ahí que, enlazando con el argumento práctico antes expuesto, no se hayan articulado mecanismos de coordinación y control para poder hacer efectivas esas situaciones.

4.6 Abono de la medida de prisión provisional acordada en un proceso de extradición pasiva/Orden de detención europea (OED)

El art. 8 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, permite en caso de urgencia, acordar la detención y, en su caso, la prisión provisional de la persona reclamada; por otra parte, con motivo de una ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega (OED) cabe también que se produzca una situación de privación de libertad, arts. 50 y 51 Ley 23/2014, de *reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, con lo cual cabe suscitar si es posible el abono de tales periodos de privación de libertad a otra causa en España.

El escenario ofrece varias situaciones posibles. La primera, que concedida la extradición/OED, el sujeto entregado sea condenado luego en el país que formuló la reclamación, supuesto que no plantea mayor problema, pues será la legislación de aquel Estado la que deba dar, con relación al abono a la condena recaída, la solución, hecho, por ello ajeno a nuestro ordenamiento.

Un segundo panorama resultaría de una eventual absolución en el Estado reclamante o bien el caso de la denegación la extradición/OED por las autoridades judiciales españolas. De este modo nos encontraríamos con una medida cautelar acordada por una autoridad judicial española y que no resulta abonada a pena alguna.

Sobre la naturaleza de esta privación de libertad provisional en los procesos de extradición pasiva se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones⁷²⁹. Así se ha señalado que la prisión provisional acordada en los procesos de extradición pasiva y la medida cautelar prevista en el Ley de Enjuiciamiento Criminal son, por sus efectos materiales idénticas, si bien mantienen puntos diferenciales.

La privación de libertad que se acuerda en el proceso de extradición se ventila en un proceso que tiene exclusivamente como objeto resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional, el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición, no cuestionándose la existencia de responsabilidad penal, quedando al margen la implicación del detenido en los hechos que motivan la petición de extradición, la acreditación de indicios racionales de criminalidad, no siendo aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional que solo rigen subsidiariamente, en cuanto a la regulación del límite máximo de duración y los derechos que corresponden al detenido. La finalidad de esta medida es, por otro lado, exclusivamente a evitar la fuga del sometido a extradición, art. 8.3 LEP.

Pero esta divergencia en cuanto a los motivos a considerar para su adopción, no se proyecta sobre su efecto, por lo cual hay motivo para no darle el mismo tratamiento a una y a otra para su eventual abono en otra causa, cuando concurren los requisitos para ello.

4.7 Abono a la pena de privativa de libertad de otras medidas cautelares distintas de la de prisión provisional

El art. 59 CP establece que cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el juez o tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

Por su parte, el art. 58.4 CP dispone que las reglas recogidas en los párrafos que le anteceden, abono de la medida cautelar de prisión preventiva a la propia causa y a causa distinta en la cual se generó, son aplicables en estos casos de medidas cautelares distintas a aquellas.

Cabe plantear así cuál es el juez competente en el caso de medidas cautelares distintas de la prisión, cuando se produce la absolución en la causa en la cual se acordaron aquellas.

En principio se puede afirmar que el Juez de Vigilancia Penitenciaria es competente solo si se pretende el abono a una pena de prisión de aquellas otras medidas cautelares distintas de la prisión provisional, pero no cuando el abono se pretenda a una pena no privativa de libertad, caso, por ejemplo, de la multa, materia de

⁷²⁹ SSTC 5/1998, de 12 de enero (ROJ: STC 5/1998 - ECLI:ES:TC:1998:5); 71/2000, de 13 de marzo (ROJ: STC 71/2000 - ECLI:ES:TC:2000:71); y 72/2000, de 13 de marzo (ROJ: STC 72/2000 - ECLI:ES:TC:2000:72).

ajena competencia al Juez de Vigilancia; en este último supuesto la competencia será del juez o tribunal sentenciador⁷³⁰.

DEL MORAL GARCÍA⁷³¹, cuestiona parcialmente este planteamiento. Tras admitir que la globalidad de la redacción del 58.4 CP pudiera sugerir esa atribución competencial al Juez de Vigilancia respecto del abono a las penas de prisión de las medidas cautelares privativas de derechos derivadas de causas distintas a la cual se hubieren generado, sin embargo, de los términos del art. 59 CP, por la referencia en el precepto al *juez o tribunal* y la mejor condición del órgano sentenciador para realizar una ponderación de la medida a abonar, alejada de puros criterios miméticos, la labor de compensación, se decanta por situar esa competencia en los jueces o tribunales sentenciadores y no en la jurisdicción de vigilancia.

Frente a esta posición cabe argüir que estos eventuales abonos se encuadran dentro de las funciones del Juez de Vigilancia en el ámbito de la ejecución de la pena de prisión a que se refiere tanto el art. 76.2 a) LOGP, como la DA 5ª LOPJ, pero con una matización. Esto es, que la competencia objetiva del Juez de Vigilancia lo será, única y exclusivamente, en cuanto a una pena de prisión en cumplimiento, pues el precepto contiene una relevante puntualización que trasciende de la mera referencia territorial, *Juez de Vigilancia de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado*, lo cual enlaza con la naturaleza material de la función claramente penitenciaria de este operador jurisdiccional. Por ello, si no se ha producido el ingreso del penado, la cuestión pasa a ser competencia del sentenciador como una incidencia más en la correspondiente ejecutoria.

Como se dijo anteriormente, fue la Ley de 24 de abril de 1958 la que incorporó por primera vez el abono de otras medidas cautelares diversas de la prisión preventiva, en concreto, el abono del tiempo de retirada cautelar del permiso de conducción de vehículos de motor. En estos casos señalados, el abono no planteaba grandes problemas al hacerse a la par, esto es, un día de prisión provisional/retirada del permiso equivalía a un día de pena carcelaria/privación del permiso, habiendo admitido doctrina y jurisprudencia tal regla incluso si la prisión preventiva había sido atenuada, extendiendo además los efectos del precepto a la detención y al arresto del quebrado. Pero con la nueva regulación del art. 59 CP, que introduce la compensación estimatoria, se han incrementado la inseguridad ante las dificultades que implica que no siempre habrá un módulo expreso de equivalencia entre una medida y otra (sí existe en el caso de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la pena de multa por cuotas y la localización permanente); e incluso cuando si se entra a examinar el perjuicio efectivo que cada privación cautelar de un derecho ha producido en una persona concreta, el

⁷³⁰ FERRER GARCÍA, Ana María. "El abono de las medidas cautelares sufridas durante el procedimiento en la pena impuesta en sentencia". En: *Encuentro entre magistrados de secciones penales de la Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal. Cuadernos Digitales de Formación*. nº 47. Madrid: CGPJ, 2015, p. 7.

⁷³¹ MORAL GARCÍA, Antonio del. "Incidencia de la reforma penal de 2003 en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria (abono de prisión preventiva; trastorno mental sobrevenido)". En: *Derecho penitenciario: ejecución de las penas y control de la actividad penitenciaria, Cuadernos Digitales de Formación*. nº 33. Madrid: CGPJ, 2008, p. 10.

mismo no es necesariamente similar, dependiendo de sus circunstancias personales, máxime cuando no siempre constan en autos tales extremos⁷³².

Como recuerda el Tribunal Supremo, el art. 59 CP regula los casos abono de medidas cautelares heterogéneas con las penas efectivamente impuestas, confiándose al órgano judicial la realización de un juicio de equivalencia para reducir la pena en la parte que estime compensable con arreglo a criterios prudenciales, afirmándose expresamente que *no son matemáticas*, antes bien que habrá que atender a la naturaleza de medida y pena y a la incidencia de cada una en la esfera de derechos del sujeto, valorar su respectivo grado de afflictividad e incluso, eventualmente, circunstancias personales concretas que incidan en esos factores, lo cual excluye reglas apriorísticas de generalizada aplicación⁷³³.

Así, se ha admitido expresamente el abono a la pena de prisión del tiempo de libertad provisional con la consiguiente obligación de comparecencias al considerar estas últimas la consecuencia de aquella medida cautelar. De este modo se considera que la limitación provisional de la libertad del imputado de la que se deriva aquella carga se produce por el solo hecho de la adopción de la medida cautelar, con independencia de que las circunstancias personales del imputado incrementen o debiliten el grado de afflictión derivado de su cumplimiento. Tal abono del tiempo durante el que ha estado vigente la medida de libertad provisional, con la consiguiente obligación de comparecencia por el imputado es, en consecuencia, un deber derivado de los principios que laten en la regulación de los arts. 58 y 59 del CP, teniendo la previsión legal un carácter imperativo, siendo el criterio de compensación expresión de los principios de proporcionalidad y culpabilidad⁷³⁴.

No obstante, existe otra línea interpretativa que rechaza esta conclusión por entender que, de una interpretación sistemática de los arts. 58 y 59 CP, no podrían compensarse las medidas cautelares cuyo contenido material sea diferente a las penas de prisión o privativas de derechos. Esto es que en estos supuestos no estaríamos ante una medida cautelar que pudiera calificarse como pena anticipada pues la medida cautelar de libertad provisional con obligación de comparecencia ante juzgado o tribunal no tiene naturaleza similar o parecida a pena alguna⁷³⁵.

Procede también la compensación en los casos de retirada de pasaporte, que en el art. 530 LCRM se configura como una garantía del cumplimiento de la obligación de comparecencia *apud acta* y, por ello, una forma de restricción de la libertad deambulatoria⁷³⁶. En el mismo sentido, se estima procedente la compensación en el caso de la prohibición de salida del país, pues si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería

⁷³² MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El abono de las medidas..." op. cit.

⁷³³ SSTS 52/2015, de 26 de enero (ROJ: STS 412/2015 - ECLI:ES:TS:2015:412); 611/2020, de 16 de noviembre (ROJ: STS 3753/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3752).

⁷³⁴ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional 19 diciembre 2013; STS 151/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1163/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1162).

⁷³⁵ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "El abono de las comparecencias ante Juzgado o Tribunal en días efectivos de prisión". En: *Diario La Ley*, nº 8285, 2014.

⁷³⁶ SSTS 154/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1399/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1399 y 611/2020, de 16 de noviembre (ROJ: STS 3753/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3752).

que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta⁷³⁷.

Sin embargo, se rechaza la posibilidad de abono alguno a la pena de prisión en los casos de una medida cautelar de alejamiento, pues esta última, a diferencia del supuesto de las comparecencias *apud acta*, su afflictividad, no consiste en una obligación de hacer sino en una obligación de no hacer, que limita la comunicación del acusado o investigado con la víctima. La comparecencia *apud acta* guarda relación con una situación de libertad provisional, por lo que limita tal derecho, a diferencia de las medidas de alejamiento que tienen una finalidad tuitiva hacia la víctima, no dirigiéndose propiamente a una restricción de la libertad deambulatoria, sino a una limitación del ámbito relacional entre el investigado y la persona a cuyo favor se acuerda. Todo ello lleva a concluir que la medida de alejamiento solo afecta al condenado de una manera tangencial, por lo que no resultaría viable su compensación⁷³⁸.

Frente a esta conclusión se ha señalado que la razón legal de la compensación no es la afflictividad de la medida cautelar padecida, que tal planteamiento es un exceso que va más allá de la norma, de forma que denegar el abono de una medida cautelar heterogénea contradice el fundamento último y razón de ser del abono de toda medida cautelar, en la medida en que toda privación de derechos sufrida cautelarmente debe ser abonada a la pena impuesta, sea de igual o distinta naturaleza, so pena de conculcar el principio de culpabilidad o de equidad⁷³⁹.

Cuando sí procede la compensación, el módulo de conversión no resulta claro, no viene recogido en precepto alguno. Como ya se indicó, no son matemáticas, y va a quedar muy condicionada por el arbitrio del Juzgador en relación tanto a la naturaleza de la medida, como a las circunstancias del caso. O, dicho de otra forma, parafraseando al Tribunal Supremo, dependerá de la valoración de los bienes jurídicos concernidos en cada caso y su grado de afectación⁷⁴⁰. En el caso de las comparecencias propias de la libertad provisional, la compensación se hará atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado⁷⁴¹.

⁷³⁷ SSTS 758/2014, de 12 de noviembre (ROJ: STS 4730/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4730); 484/2020, de 1 de octubre (ROJ: STS 3159/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3159).

⁷³⁸ STS 52/2015, de 26 de enero (ROJ: STS 412/2015 - ECLI:ES:TS:2015:412) y ATS 991/2017, de 8 de junio (ROJ: ATS 6921/2017 - ECLI:ES:TS:2017:6921A). La resolución primero citada contiene un voto particular discrepante que considera que el tenor literal del precepto exige exclusivamente la existencia de una medida cautelar heterogénea y que el grado de afflictividad de la medida cautelar no es relevante para determinar la procedencia o no del abono, antes bien lo es del módulo de conversión.

⁷³⁹ ALCÁZAR VILADOMIU, Cristina del. "De nuevo con el abono de medidas cautelares heterogéneas: ¿hay vida más allá de la obligación de comparecer *apud acta*? (Comentarios a la Jurisprudencia dictada con posterioridad al acuerdo del pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013)". En: *La Ley Penal*. nº 124, enero-febrero 2017.

En el mismo sentido el voto particular discrepante de la STS 52/2015, de 26 de enero (ROJ: STS 412/2015 - ECLI:ES:TS:2015:412) que entiende que el tenor literal del precepto exige exclusivamente la existencia de una medida cautelar heterogénea y que el grado de afflictividad de la medida cautelar no es relevante para determinar la procedencia o no del abono, antes bien lo es del módulo de conversión.

⁷⁴⁰ SSTS 154/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1399/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1399); 484/2020, de 1 de octubre (ROJ: STS 3159/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3159) y de 16 de noviembre (ROJ: STS 3753/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3752).

⁷⁴¹ STS 151/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1163/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1162).

En cuanto a la pena de multa, ya proporcional o del sistema de días-cuota, se refiere, la jurisprudencia menor⁷⁴² parece decantarse por el módulo de conversión empleado en la sentencia para fijar la cuantía de la pena pecuniaria. En el caso de la retirada del pasaporte, el Tribunal Supremo es claro al rechazar un hipotético módulo de conversión de un día de retirada, un día de prisión, por no ajustarse a un elemental sentido común, correcta valoración de bienes concernidos y grado de afectación⁷⁴³.

5. LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

5.1 Introducción

Una de las novedades del Código Penal de 1995, en el marco de las alternativas a las penas cortas de prisión, es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que se recoge en el art. 49 CP. Esta pena, tendría como antecedente más próximo la legislación de reforma de los menores infractores, la LO 4/1992, de 5 de junio, *sobre modificación de la Ley Reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores*, como medida sancionadora educativa y bajo la denominación de prestaciones en beneficio de la comunidad, si bien ya el Código Penal de 1928 recogía como pena la de la realización de un trabajo obligatorio en obras públicas sin internamiento como mecanismo de cumplimiento de la prisión sustitutoria por insolvencia para el pago de la multa, pero con una finalidad distinta a la mera reparación del daño causado a la sociedad, antes bien, la mitad del jornal se asignaba al pago de la pena pecuniaria y la otra mitad a la manutención o asistencia del penado. Se trata además de una sanción que ha empezado también a vislumbrarse en el ámbito administrativo⁷⁴⁴.

Dado que, en realidad, los trabajos en beneficio de la comunidad no son un trabajo como tal, sino más bien de una prestación a favor de los intereses generales, cabe considerar incorrecta la propia denominación, que debería haber sido, en opinión de RUBIO LARA⁷⁴⁵, contribución a los intereses generales o prestación en beneficio de la comunidad, entendida como una prestación de utilidad pública.

GOZÁLEZ TASCÓN⁷⁴⁶ definiría de forma sencilla los trabajos en beneficio de la comunidad como “la obligación, voluntariamente aceptada por el condenado, de prestar

⁷⁴² SAP Asturias (8ª) 158/2005, de 14 de julio (ROJ: SAP O 2042/2005 - ECLI:ES:APO:2005:2042); AAP Girona (3ª) 546/2009, de 1 de diciembre (ROJ: AAP GI 1257/2009 - ECLI:ES:APGI:2009:1257A). Citadas por RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel. “Comentario art. 59 CP”. En *Código Penal Concordado y comentado con jurisprudencia*. 6ª ed. Madrid: Wolker Kluwer, 2017, p. 503.

⁷⁴³ STS 154/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1399/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1399).

⁷⁴⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficios de la comunidad*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2014, pp.188-189.

⁷⁴⁵ RUBIO LARA, Pedro Ángel. “Dos penas controvertidas en el Código Penal español: problemas dogmáticos sobre la regulación y aplicación de las penas de localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad. Posibles soluciones.” En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época, nº 17, 2017, p. 295.

⁷⁴⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. *Estudio teórico...* op. cit., p. 219.

su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública”. Definición que se complementa con las notas de no atentatoria contra la dignidad humana, ni supeditación al logro de intereses económicos.

Uno de los problemas que surge al abordar la problemática en torno a esta pena es la fijación del bien jurídico objeto de restricción. MAPELLI CAFFARENA⁷⁴⁷ destaca tal dificultad, apuntando que en la doctrina se suele acudir a bienes jurídicos excesivamente abstractos como la libertad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (Boldova Pasamar), el tiempo libre (Manzanares Samaniego) o bien se da una respuesta plural: libertad y patrimonio (Cid Moliné). Frente a estos planteamientos, va a considerar que se trata una pena híbrida cuyo bien jurídico afectado está en función de sus propios contenidos. De esta forma, cuando éste es un trabajo propiamente, el contenido sería una imposición, trabajar, lo cual la diferencia de otras penas que consisten en prohibiciones, luego es el derecho al trabajo con sus condicionamientos - patrimonio, libertad ambulatoria, elección del trabajo, sindicación...- lo que se ve afectado, pues el penado no trabaja en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores; pero cuando el contenido de la pena es realizar un curso de seguridad vial o de otra clase, a lo sumo se puede afirmar que se restringe la libertad en sentido genérico.

Para GOZÁLEZ TASCÓN⁷⁴⁸, tras considerar las diversas tesis al efecto y lo inespecífico de la clasificación de las penas que se hace en Código Penal, concluye que el derecho afectado en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sería una faceta de la libertad, el derecho a disponer del tiempo libre y de ocio, convirtiendo éste en dedicación a los demás a partir de la obligación de desarrollar actividades de utilidad pública.

En opinión de TORRES ROSELL⁷⁴⁹, la determinación del contenido punitivo o restrictivo de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad exige reformular su naturaleza, ya que ésta no sería la de una pena privativa o restrictiva de derechos, en la medida en que tal restricción es consustancial a la obligación que impone, que exige un comportamiento positivo del penado y que le obliga a adoptar una actitud más activa y responsable que aquella que imponen en las penas que consisten en sufrir o resignarse ante el recorte de determinados derechos. Por una parte, el cumplimiento de los trabajos deviene una obligación de hacer a la que no se anexa la recepción de una contraprestación económica a cambio y, por otra parte, el cumplimiento de las prestaciones impuestas restringe su capacidad de organización del tiempo de ocio, que, si bien no se concreta en la libertad ambulatoria propia de las penas privativas de libertad en sentido estricto, sí supone una restricción en la capacidad del penado para disponer libremente de las horas que no deba dedicar a actividades laborales, de formación o familiares. Se afirmaría así la inadecuación de la ubicación de la pena de trabajos entre las penas privativas de otros derechos, por lo que sería recomendable su

⁷⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., pp. 253-254.

⁷⁴⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. *Estudio teórico...* op. cit., pp. 232-233.

⁷⁴⁹ TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 283-286.

ubicación en una sección autónoma al no encajar en las categorías legalmente plasmadas.

El art. 49 CP, en su dicción actual, atribuye el control de su ejecución al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Se trata esta de una competencia que no nace con la promulgación del Código Penal de 1995, antes bien es fruto de la reforma operada por la LO 15/2003, cuya *Exposición de Motivos* no da razón alguna al respecto. El criterio seguido sería más que cuestionable, pues la intervención del Juez de Vigilancia en el control de esta pena privativa de derechos -art. 39 i) CP- nada tiene que ver con lo que es propio de aquel, la pena privativa de libertad y sus incidencias⁷⁵⁰. La restricción de la libertad en su faceta de autodeterminación de la ubicación espacial y sus consecuencias reflejas en otros aspectos de ella -comunicaciones, ocio, consumo...- es lo propio de la labor del Juez de Vigilancia. Sin embargo, tanto la Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas del año 2003, como el Informe del CGPJ al *Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre*, se muestran a favor de esta atribución en la medida en que el Juez de Vigilancia Penitenciaria cumpliría la función de controlar judicialmente a la Administración penitenciaria⁷⁵¹.

Para DEL MORAL GARCÍA⁷⁵² la potenciación de esta pena en la LO 15/2003 respondería a criterios poco meditados, sin que el argumento usualmente invocado relativo al protagonismo que en la ejecución de ella se habría conferido a los servicios sociales de la Administración penitenciaria pueda servir como sustentador de esta atribución. El hecho de que la competencia para su ejecución haya pasado del juez o tribunal sentenciador al Juez de Vigilancia supondría *de facto* una mayor implantación, al menos a nivel de sentencias, de esta pena, en la medida en que, psicológicamente, los sentenciadores podrían tener una predisposición a imponer una pena muy *efectista* y *popular*, con la tranquilidad además de que no será él quien tenga que cargar con las engorrosas y dificultosas gestiones para su ejecución. No había razón de fondo que justifique el criterio legal de esta decisión del legislador, llegando a afirmar que deforma la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria para convertirla también en juez de ejecución de penas no privativas de libertad.

FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁷⁵³, por su parte, defienden un planteamiento opuesto, pues para ellos la atribución de funciones en el marco de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad al Juez de Vigilancia Penitenciaria no sería en puridad materia de ejecución, que corresponderían en todo caso al sentenciador, antes bien, éstas serían de mero control y, por ello, funciones propiamente de vigilancia.

El *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020, por su parte, en su art. 940, devuelve esta competencia al sentenciador, al cual encarga de su ejecución y

⁷⁵⁰ En tal sentido, ESPINA RAMOS, Jorge Ángel. "Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado". En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 664, 2005.

⁷⁵¹ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. *Estudio teórico...* op. cit., p. 316.

⁷⁵² MORAL GARCÍA, Antonio del. "La última expansión..." op. cit., p. 111.

⁷⁵³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p.

seguimiento, con lo cual el Juez de Vigilancia, en sus previsiones, queda al margen de esta pena.

5.2 Delimitación del ámbito competencial

Originariamente, en la redacción primigenia del Código Penal de 1995, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad surge como pena sustitutiva de la multa, modo de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de aquella o bien como sustitutiva de la pena de arresto de fin de semana⁷⁵⁴.

Tras las sucesivas reformas, el Código Penal emplea el término *trabajos en beneficio de la comunidad* en tres sentidos. El primero hace referencia la pena privativa de derechos que se regula en el precepto antes mencionado y que es la materia propia del Juez de Vigilancia Penitenciaria; pero junto a ella, el art. 53.2 CP, permite que la responsabilidad personal subsidiaria se lleve a cabo bajo esa fórmula; y, por otro lado, la suspensión de la condena puede ser condicionada, tras la reforma operada por la LO 1/2015, a la realización de tales trabajos en beneficio de la comunidad, art. 84.1 3ª) CP.

Al margen de las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria queda el control y seguimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como condición en el mecanismo de suspensión de penas de los arts. 84 y 80.3 CP. Como señala TORRES ROSELL⁷⁵⁵, en realidad en estos casos no se trata de una auténtica pena privativa de derechos, por lo que no cabe hacer extensión de las previsiones del art. 49 CP; ello resulta del propio tenor de la norma que, en los preceptos antes mencionados, la califica de *prestación o medida* para la concesión y mantenimiento de la suspensión de la pena privativa de libertad; y a pesar de que la *Exposición de Motivos* de la LO 1/2015 la califica de pena en el propio contexto de la suspensión y recuerda al antiguo instituto de la sustitución de penas, no cabe considerar que no hay más pena que la privativa de libertad que se suspende y que no es sustituida.

En definitiva, la nueva regulación del art. 84 CP produce un corrimiento de las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria a favor de la ejecución respecto del control de los trabajos en beneficio de la comunidad establecidos como prestación condicional de la suspensión, lo cual resulta del propio tenor literal del art. 86 CP en la medida en que es al juez de ejecución al que le corresponde identificar los presupuestos revocatorios y valorar el alcance de los mismos, en especial el cumplimiento en las condiciones impuestas⁷⁵⁶.

Sin embargo, este uso equívoco del término *trabajos en beneficio de la comunidad* por parte del legislador, ha dado lugar a serios problemas competenciales que han tenido que ser resueltos por el Tribunal Supremo, el cual ha delimitado

⁷⁵⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. *Estudio teórico...* op. cit., p. 218.

⁷⁵⁵ TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos...* op. cit., pp. 107-108.

⁷⁵⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. "Las consecuencias procesales de la reforma". En: *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 287.

meridianamente el concepto de lo que son los trabajos en beneficio de la comunidad entendidos como pena, frente a lo que no son sino condiciones con relación al cumplimiento, bajo la fórmula de suspensión o sustitución, de otra pena.

El ATS 6543/2016, de 3 de junio (ROJ: ATS 6543/2016 - ECLI:ES:TS:2016:6543^a), con relación a la remisión condicional, considera que la principal consecuencia tras la reforma del Código Penal, operada por la LO 1/2015, que los trabajos en beneficio de la comunidad, sin dejar de estar contemplados como pena principal -única o alternativa-, han dejado de estar previstos como pena sustitutiva, al desaparecer el art. 88 CP y han pasado a regularse como un efecto, medida o regla de conducta ligada a la permanencia en el disfrute de la suspensión de la pena de prisión, conforme a los arts. 80.3 y 84.3 CP, por lo cual dejan de ser una pena en sentido estricto, lo cual excluye la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en su control, correspondiendo aquel al juez o tribunal sentenciador.

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24 de octubre de 2018, sobre incumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad, considera que tanto el control de la ejecución de aquellos y su declaración de incumplimiento impuestos al amparo de los art 80 y 84 CP, así como los impuestos como pena sustitutiva bajo la vigencia del derogado art. 88 CP, en aras a dar una solución uniforme, son competencia del sentenciador, en este último caso dada la mayor flexibilidad, frente al automatismo anterior, introducida por el art. 86 CP.

Por otro lado, la STS 603/2018, de 28 de noviembre (ROJ: STS 4027/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4027), considera que la posibilidad de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa en la forma de trabajos en beneficio de la comunidad no es sino otra forma de suspensión condicionada, con lo cual no estamos tampoco en un supuesto del art. 49 CP.

Es meridianamente claro el ATS de 4 de marzo de 2020 (ROJ: ATS 2239/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2239A), que cita los de 3 y 31 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 9967/2019 - ECLI:ES:TS:2019:9967A; y ROJ: ATS 11362/2019 - ECLI:ES:TS:2019:11362A), cuando afirma con rotundidad que los “trabajos en beneficio de la comunidad impuestos no lo han sido como pena principal o pena tipo, ni en sustitución obligatoria de pena inferior a tres meses de prisión (pena impuesta por aplicación del art. 71.2 del Código Penal), supuestos cuyo conocimiento y control correspondería al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sino que por el contrario, han sido impuestos para cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia e impago de multa, y en tal caso tienen la naturaleza de condición de la suspensión *sui generis*, de aquella pena privativa de libertad, por lo que el control de su ejecución debe corresponder al órgano sentenciador”.

La conclusión es clara, el Juez de Vigilancia Penitenciaria solamente tiene competencia para el seguimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad cuando éstos son impuestos como una auténtica pena y no una mera condición de una suspensión, ordinaria o *sui generis*, caso de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa.

5.3 Contenido de la competencia

El art. 49 CP dispone que la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el cual requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

La forma concreta en la cual se lleva a efecto esta pena se regula en el RD 840/2011, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas*, el cual deroga RD 515/2005, de 6 de mayo, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, texto que pretende superar las numerosas incidencias prácticas que habían limitado la efectividad de la aplicación de esta pena.

Elemento característico y diferencial de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que se recoge en el art. 49 CP frente a otras penas, es la necesidad de que el condenado preste el consentimiento a ella, con lo cual, *prima facie*, se pretende eludir la proscripción constitucional de los trabajos forzados del art. 25 CE.

Para MAPELLI CAFFARENA⁷⁵⁷, aunque medie el consentimiento, no por ello dejaría de ser trabajo forzado, pues conforme al art. 2.1 del Convenio 29/1930 OIT, aquel sería *el exigido al individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera*, si bien se admite en el art. 2.2. c) la obligación de trabajar cuando resulta de un fallo judicial, no sea lucrativo y se desarrolle al amparo de una entidad pública. Distinguiría así trabajo forzado, en todo caso con un contenido aflictivo, del trabajo obligado que se desarrolla en las mismas condiciones y garantías que el trabajo en libertad, cuestionando la necesidad de un consentimiento que es dudosamente libre, vistas las eventuales consecuencias más gravosas de no prestarlo, máxime cuando el art. 31 CE reconoce la posibilidad de imponer prestaciones personales y el art. 25 LOGP declara el trabajo como una obligación de los penados a penas de prisión, no cuestionándose su constitucionalidad. En todo caso, considera sería más interesante de cara al éxito preventivo de esta pena asegurar la participación activa del condenado en la selección del trabajo a desarrollar.

Frente a tal planteamiento, GONZÁLEZ TASCÓN⁷⁵⁸ rechaza la eventual calificación como *trabajo forzado* de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y para ello fija el punto de inflexión en el fin que se persigue, en el contenido aflictivo que tiene el primero, que se impone para causar sufrimiento, frente a los segundos, en los cuales lo relevante sería la reparación del daño causado y el reencuentro del condenado con la sociedad.

⁷⁵⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 256.

⁷⁵⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. *Estudio teórico...* op. cit., p. 238.

TORRES ROSELL⁷⁵⁹, tras exponer la problemática en torno a los que defienden la voluntariedad de los trabajos en beneficio de la comunidad y el planteamiento de los que consideran que si el reo consiente al trabajo no lo es por altruismo, antes bien para evitar la amenaza de una pena privativa de libertad o de otra pena que valora como más aflictiva, concluye que el consentimiento exigido al condenado no se explica únicamente por la voluntad de otorgar al penado una posibilidad de elección, sino también, y especialmente, como instrumento o como vehículo para conseguir una mayor implicación del penado en el tratamiento del delito. Con el consentimiento se buscaría un ejercicio de autorresponsabilidad con relación a los actos delictivos cometidos y por los actos de reparación que deben desarrollarse con la prestación de los trabajos, una actitud activa y positiva, de no mera resignación, como elemento fundamental para la resocialización.

Pero, al tiempo, el consentimiento exigible debería ser algo más que a la pena de trabajos en abstracto; el reo debería ser convenientemente informado de las circunstancias de ejecución de la pena -el tipo de actividad a desarrollar, número de horas, compatibilidad con sus obligaciones laborales y familiares, etc.-, antes de dar su anuencia a aquel, pues son estos elementos los que configuran la esencia de los trabajos en beneficio de la comunidad, al no estar perfilados previamente, con lo cual se evitarían los problemas derivados de las situaciones en las que el reo, tras haber consentido la imposición de la pena, luego rechaza la concreta tarea que se le ofrece por los servicios sociales. Solo con un conocimiento cabal de las circunstancias en las cuales se van a desarrollar las tareas puede hablarse de un consentimiento informado y voluntario, de modo que el condenado pueda valorar si es realmente menos gravoso que la pena alternativa e involucrarse con un talante colaborador en la ejecución de las tareas⁷⁶⁰.

CARDENAL MONTRAVETA⁷⁶¹ entiende que, al tratarse de una pena privativa de derechos, es discutible que la exigencia de consentimiento derive de la prohibición de trabajos forzados del art. 25.2 CE. El consentimiento, respecto del que el art. 49 CP no fija el momento de su prestación, ni la posibilidad de revocarlo posteriormente, tendría, cuando la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se prevé como pena principal, dos momentos, uno en el juicio oral, condicionado a la condena por el correspondiente delito, y otro, de llegar a producirse ésta, cuando haya de plasmarse con relación a alguno de los trabajos disponibles.

Para RUBIO LARA⁷⁶² el fundamento de la existencia del consentimiento se encontraría en el respeto a los derechos fundamentales de las personas -arts. 25.2 y 15 CE- y en el cumplimiento de dos funciones; la primera, ser una de garantía, en la medida en que se pretende que la situación del penado mejore y, en consecuencia, no la

⁷⁵⁹ TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos...* op. cit., pp. 294-303.

⁷⁶⁰ TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos...* op. cit., pp. 294-303; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 303; RUBIO LARA, Pedro Ángel. "Dos penas controvertidas..." op. cit., p. 299.

⁷⁶¹ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. "Comentario al art. 49 CP". En: *Comentarios al CP. Reforma LO 5/201.*, dir. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y MIR PUIG, Santiago, coord. VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 167.

⁷⁶² RUBIO LARA, Pedro Ángel. "Dos penas controvertidas..." op. cit., pp. 298-299.

empeore, además de que la pena no constituya un trato inhumano o degradante, lo que se verá reforzado por el propio precepto al establecer que se salvaguarda la dignidad del penado; y, la segunda, el cumplimiento de un fin resocializador, pues existe la cooperación del penado en actividades que benefician a la sociedad, reparando los daños causados, apoyando o asistiendo a las víctimas

Por su parte, la STS 4/2020, 16 de enero (ROJ: STS 619/2020 - ECLI:ES:TS:2020:619), tras reconocer que el Código Penal no establece el momento del consentimiento preciso para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, señala que la interpretación del artículo 49 CP obliga tener en cuenta, que antes de su ejecución debe disponerse del asentimiento del condenado y que es posible que quien es acusado no esté en condiciones de resolver un asentimiento a la pena que se presenta cuando todavía no ha sido condenado. El momento hábil para la prestación del consentimiento puede ser cualquiera anterior a la definitiva resolución del objeto del proceso o a su ejecución, de modo que, si el órgano de enjuiciamiento opta por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, deberá recabar, como hipótesis de condena, el consentimiento del reo; y si ello no hubiera sido posible, por cualquier circunstancia, el fallo debe contener la opción que el juzgador realiza, la concreta pena impuesta. Si la opción es la pena de trabajos, deberá señalar su contenido y sujetar la efectiva ejecución al consentimiento que debe prestar el condenado antes de su ejecución y prever la imposición de la alternativa de privación de libertad en el caso de que no preste el consentimiento, que operará de manera subsidiaria.

Otro aspecto problemático de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es la cuestión relativa a la aparente contradicción entre la exigencia del consentimiento del condenado y el exclusivo ejercicio de la potestad punitiva por el Estado. GONZÁLEZ TASCÓN⁷⁶³ entiende que con el condicionamiento de la imposición de la pena al consentimiento del condenado se ha tratado de superar los recelos que la obligación de realizar un trabajo suscitaba desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales de la persona, en especial la dignidad humana, que proscibiría los trabajos forzados, que se podrían identificar con esta pena de no mediar tal anuencia; pero con esta supeditación, no se ve afectada la potestad punitiva del Estado, pues se articula una pena alternativa o sustitutiva en orden a garantizar el principio de la inderogabilidad de las penas. Junto a esta razón de ser del presupuesto de la imposición de esta pena, habría una segunda motivación, pues al ser una prestación personalísima del penado, con el consentimiento se garantizaría, *prima facie*, la predisposición hacia un buen cumplimiento.

BRANDARIZ GARCÍA⁷⁶⁴ entiende que la exigencia del consentimiento a la imposición de esta pena es un requisito de carácter garantista que pretende evitar la asimilación de esta pena a los trabajos forzados, así como fomentar la cooperación del condenado, lo cual es recomendable desde una perspectiva preventivo especial; exigencia que no destruiría la coactividad de la pena, sino tan solo daría lugar a articular una consecuencia jurídica para el caso de su ausencia. Estaríamos ante el exponente

⁷⁶³ GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. *Estudio teórico...* op. cit., pp. 229-230.

⁷⁶⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *La sanción penal...* op. cit., p. 167.

de un sistema de sanciones evolucionado que, en atención a la asunción de la trascendencia de los derechos fundamentales, exige la aquiescencia del condenado con respecto a la imposición de consecuencia jurídica o ciertos aspectos de aquella.

Pero una vez se ha impuesto la pena con el consentimiento del condenado, ha de llevarse a efecto, para lo cual, una vez comparece ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, se realiza la valoración del caso para con ello ofertar la plaza más adecuada a las características de aquel, con especificación del contenido y horario, al tiempo que se oirá las propuestas del sujeto a la pena.

Pudiera resultar que el penado no acudiera a la citación del órgano administrativo, en cuyo caso éste lo comunica al sentenciador en orden a que tome la decisión que considere oportuna.

Oído el penado, o en su caso si el sentenciador hubiere acordado que se continúe la ejecución sin oírle ante su inasistencia, se elabora el Plan de ejecución, que se notifica al interesado, siendo, además, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del RD 515/2005, provisionalmente ejecutivo, sin perjuicio de la ulterior aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Esta aprobación es un control de la legalidad del Plan propuesto, esto es, si éste se ajusta al mandamiento de cumplimiento, la condena, y a las prescripciones legales en cuanto a su duración.

Si el penado no estuviera de acuerdo con la propuesta que se le hace por la Administración o que ésta no acepta la por él aportada, da lugar a una discrepancia que, de surgir, corresponde resolver al Juez de Vigilancia encargado del seguimiento y control.

Una vez aprobada la propuesta o hechas las modificaciones oportunas, el penado ha de seguir las instrucciones que reciba del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, así como las directrices de la entidad para la que preste el trabajo, la cual ha de informar periódicamente a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la actividad que va siendo desarrollada por el penado y de las incidencias relevantes durante el desarrollo del plan de ejecución, así como de la finalización del mismo. El órgano administrativo, en caso de surgir incidencias relevantes en los términos de los apartados 6º y 7º del art 49 CP, lo comunicarán al Juez de Vigilancia para que adopte la decisión que estime oportuna.

El art. 49 CP establece cuatro incidencias que han de ser valoradas por el Juez de Vigilancia, valoración que puede conducir a declarar el incumplimiento de la pena o bien la ejecución de ella en el mismo o en otro centro. Estas incidencias serían: la ausencia del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena; el rendimiento sensiblemente inferior al mínimo exigible, a pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo; la oposición o incumplimiento de forma reiterada y manifiesta de las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma; y, por último, cuando su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Tras todas estas causas subyace una voluntad rebelde al cumplimiento de la pena, que o bien se traduce en inasistencias sin justificación o bien, existiendo la

presencia, media un esfuerzo insuficiente o un comportamiento inadecuado. Corresponde al Juez de Vigilancia desentrañar a través de los informes de la entidad o del órgano administrativo de gestión la verdadera voluntad del penado, el cual, puede hacer las alegaciones que estime oportunas y, en su caso, proponer o aportar las pruebas pertinentes.

TORRES ROSELL⁷⁶⁵ valora favorablemente la actual redacción frente a la original, la cual no contenía referencia alguna en cuanto al incumplimiento, y si bien considera amplia y poco cuidadosa la nueva, no obstante ello es positiva la introducción del control judicial⁷⁶⁶, cuya autoridad es la que valora la entidad de las ausencias y el rechazo al cumplimiento de la pena, lo cual da entrada a considerar las circunstancias personales del penado y apreciar que para algunos individuos, con formas de vida poco ordenadas y estructuradas, el hábito a unos horarios y el cumplimiento de unas obligaciones, aunque impuestas por vía judicial, puede requerir de un breve periodo de adaptación, durante el cual resulte más beneficiosa la presencia de unos equipos sociales de apoyo y acompañamiento al penado, que la revocación automática de la pena para proceder a ejecutarla por la vía de la privación de libertad.

En puridad, el Juez de Vigilancia no debería actuar *in audita parte*, mas, en la medida en que el servicio de gestión de penas ya ha dado esa oportunidad antes de remitir al juez la incidencia, queda salvado el derecho de audiencia y defensa.

Declarada incumplida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando es pena principal -carácter que tiene tanto en el caso en el cual es la prevista para el tipo delictivo concreto, como cuando es un supuesto de sustitución legal del art. 71 CP-, único supuesto cuyo control corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, se procede a deducir testimonio por la eventual comisión de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP. Tal precepto prevé como pena, al no ser los trabajos en beneficio de la comunidad pena privativa de libertad, la de multa de entre 12 y 24 meses.

No estaría resuelta en la norma la retirada sobrevenida del consentimiento⁷⁶⁷, de ahí que haya quien defienda su irrevocabilidad, no solo porque la ley no prevé ningún procedimiento para expresar el cambio de opinión, sino porque además la expresión de esa voluntad sobrevenida constituye un rechazo voluntario a someterse a la pena y, en consecuencia, constituye un quebrantamiento⁷⁶⁸.

Como señala TORRES ROSELL⁷⁶⁹, la remisión que hace el art. 49 CP al delito de quebrantamiento de condena como consecuencia del incumplimiento cuando los trabajos en beneficio de la comunidad son pena principal, debe entenderse como

⁷⁶⁵ TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos...* op. cit., pp. 428-429.

⁷⁶⁶ Durante la vigencia de la redacción original del art. 49 CP, el texto normativo de desarrollo fue el RD 690/1996, de 26 de abril, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana*, el cual, en su art. 8 atribuía la competencia para declarar el incumplimiento a los servicios sociales penitenciarios, que luego daban cuenta al juez sentenciador a los efectos del entonces art. 88. 3 CP, esto es, el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta, con el descuento correspondiente de la parte cumplida de la pena sustitutiva.

⁷⁶⁷ MORAL GARCÍA, Antonio del. "La última expansión..." op. cit., p. 113.

⁷⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 257; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *La sanción penal...* op. cit., p. 410.

⁷⁶⁹ TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos...* op. cit., pp. 435-442.

instrumento para conminar al penado a ejecutar los trabajos, incidiendo sobre la eventual tentación de aquel de desistir de su cumplimiento, dado que la efectiva ejecución de los trabajos depende, en buena medida, de la actitud activa y cooperadora del penado; la existencia de un delito que planea como amenaza puede contribuir a generar y mantener la actitud que se espera del penado, ya que de quedar el cumplimiento a su merced, ello conduciría al descrédito de esta pena. Sin embargo entiende que sería cuestionable acudir a esta respuesta en orden a asegurar el cumplimiento por poder considerarse un abuso del *ius puniendi* del Estado, amén que lo característico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es el consentimiento del condenado, cuya concurrencia considera no un mero hecho puntual, antes bien se proyecta durante la ejecución, con lo cual se estaría sancionando la revocación de aquel, lo que sería olvidar la naturaleza de la pena misma impuesta. A lo que habría que añadir que, respondiendo en muchos casos esta pena a infracciones de escasa entidad, que la respuesta al incumplimiento sea la de un delito, mientras que cuando los trabajos en beneficio de la comunidad operan como pena sustitutiva, no den lugar a él, no parece aceptable. Tampoco lo sería que la pena prevista en el art. 468 CP no se someta a ningún criterio de proporcionalidad con la gravedad del delito inicialmente cometido y las circunstancias del sujeto para sancionar tanto la infracción originaria como el quebrantamiento de la condena.

Para RUBIO LARA⁷⁷⁰, con la respuesta establecida en la ley se produce un problema en un doble sentido, pues la imposición de una multa es insuficiente, por cuanto no es idónea por sí misma para cumplir con el efecto disuasorio ante el incumplimiento, además de poder incurrir en un contrasentido en la medida en que la pena de trabajos en beneficio de comunidad puede operar como pena menos grave o leve, por lo que en éste último supuesto pudiera resultar que por su quebrantamiento se incurriera en una conducta que lleva como respuesta una pena menos grave; en segundo lugar, porque la multa que se impone es de 12 a 24 meses, lo que entiende desproporcional y excesivo y más todavía si no se afronta el pago de esta multa, pudiéndose llegar hasta los seis meses de prisión.

CID MOLINÉ⁷⁷¹, si bien considera positivo la adopción de un modelo flexible en el incumplimiento, que conecta con un sentido rehabilitador de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en la medida en las ausencias han de poner de manifiesto un rechazo voluntario al cumplimiento por el infractor, sin embargo, considera que la reacción peca por defecto en cuanto a la pena que acarrea y por exceso en cuanto a la entidad; por defecto porque debería establecerse una reacción de más envergadura que una multa para el incumplimiento de la pena de trabajos y en su lugar propondría la obligación de sumisión a tratamiento, cuando el incumplimiento se vincula a unas carencias del sujeto que puedan ser tratadas en libertad, o bien, cuando no exista tal problemática, la imposición de una pena corta privativa de libertad; y por exceso porque el impago de una eventual multa de doce meses acarrea una responsabilidad personal

⁷⁷⁰ RUBIO LARA, Pedro Ángel. "Dos penas controvertidas... op. cit., p. 312.

⁷⁷¹ CID MOLINÉ, José. "Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (Especial mención a: trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)". En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº 12, 2004, p. 223.

de seis meses, lo que entiende una respuesta notablemente desproporcionada ante la infracción.

DEL MORAL GARCÍA⁷⁷² destaca otro problema en caso de quebrantamiento, cual es que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad queda sin cumplirse.

En este sentido, una primera solución sería que, de entenderse irrevocable la prestación del consentimiento y aun habiéndose deducido ya el testimonio, se obligara al penado a continuar con los trabajos -elaborándose un nuevo plan-, como ocurre cuando se quebranta la pena de prisión, en la cual además del delito, se reanuda el cumplimiento. Esta postura, ante la falta de actitud cooperadora ya exteriorizada del penado, puede llevar a un círculo vicioso, de un sinfín de delitos de quebrantamiento, los cuales no cesarían sino con el doblegamiento de la voluntad rebelde del condenado, si es que ésta llegara a producirse alguna vez. Tal posicionamiento no parece admisible, en primer lugar porque olvidaría la razón de ser de esta pena, que sería la concienciación delictiva e implicación activa en el cumplimiento del penado; pero, al tiempo, en segundo lugar, supondría un serio quebranto del principio de proporcionalidad que debe regir toda respuesta penal, pues el resultado de la conducta inicial infractora, la que dio lugar a la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, habría llevado a unos resultados punitivos de infinito e impreciso volumen en una medida muy superior a la entidad del bien jurídico dañado inicialmente, convirtiendo la respuesta penal objeto de nuestro análisis en una auténtica máquina criminogénica.

Una respuesta más acorde a la cuestión es entender, aunque sea insuficiente, que la única previsión legal al efecto es la deducción del testimonio, de forma que, de llegar a recaer sentencia condenatoria, con ello se ven satisfechas las expectativas punitivas, tanto con relación a la conducta inicial que dio lugar a la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como al fracaso de su ejecución. Pero para que esto sea factible o entendible, en aras de la Justicia, el *quantum* de la nueva condena debe considerar la entidad de la pena inicialmente quebrantada, a modo de sustituto de aquella.

El problema realmente es de *lege ferenda*, el legislador debería haber considerado una solución menos artificiosa y de más eficiente ejecución, no solo desde el punto de vista de economía procesal, evitar un nuevo proceso, antes bien de política criminal, pues dado que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad está prevista para infracciones poca entidad, no tienen sentido en que su inejecución se convierta en una fuente de nuevos delitos. La respuesta al incumplimiento debería ser acudir a la pena alternativa prevista en el tipo penal correspondiente, pena ésta que no necesita para su ejecución contar con la voluntad y conducta activa del condenado.

Este último planteamiento es el que sostiene TORRES ROSELL⁷⁷³, la cual considera que debería ser la misma sentencia en la cual se impone la pena de trabajos en beneficio de la comunidad la que fijara la pena a cumplir en caso de retirada del

⁷⁷² MORAL GARCÍA, Antonio del. "La última expansión... op. cit., p. 113.

⁷⁷³ TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos...* op. cit., p. 440.

consentimiento, tal y como establece el ordenamiento belga, con lo cual se evitaría que el incumplimiento generara un nuevo delito.

DEL MORAL GARCÍA⁷⁷⁴ plantea además otro problema, si la deducción de testimonio que tienen que llevar a cabo el Juez de Vigilancia Penitenciaria en caso de incumplimiento, a los efectos del art. 468 CP, es una mera plasmación legal del deber genérico de denunciar los delitos perseguibles de oficio que incumbe todos los funcionarios públicos y, singularmente, a los órganos judiciales, o es una condición de procedibilidad, al estilo de lo que sucede con los delitos de acusación y denuncia falsa -art. 456.2 CP- o de la figura de la licencia para proceder por los delitos de injuria o calumnia vertidos en juicio - art. 215 CP-. Se trataría para él de un mero recordatorio, sin que pueda llevarse más allá tal mención, de forma que nada impide que pueda perseguirse el incumplimiento mediante denuncia del Fiscal o de cualquier otra persona e incluso llegarse a una sentencia condenatoria si el Juzgado de lo Penal, discrepando del Juez de Vigilancia, considera que sí existe quebrantamiento; y al contrario, el Juzgador no está condicionado por la actuación del Juez de Vigilancia al deducir el testimonio, goza de absoluta libertad a la hora de valorar el incumplimiento y, en consecuencia, puede decantarse por la absolución. En este último supuesto, habrá de retomarse el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad.

Por último, cabe plantear si el juez o tribunal sentenciador puede desatender el pronunciamiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria declarando incumplida la pena y ordenar la elaboración de un nuevo Plan de ejecución. En la letra de la ley el que determina el incumplimiento es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es el encargado del control del desarrollo de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y es a quien le compete, tras examinar el informe de los servicios sociales penitenciarios sobre la incidencias acaecidas, entre ellas la ausencia durante las jornadas laborales, acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena, art. 49 CP, vinculando esta resolución firme, al sentenciador. Sería absurdo que esta resolución judicial pudiera ser dejada sin efecto al margen del sistema de recursos⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ MORAL GARCÍA, Antonio del. "La última expansión... op. cit., p. 114.

⁷⁷⁵ En este sentido, STS 526/2018, de 5 de noviembre (ROJ: STS 3804/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3804); ATSJ Castilla y León 4/2013, de 22 de enero; y AAAP Segovia 101/2007, de 24 de julio (ROJ: AAP SG 127/2007 - ECLI:ES:APSG:2007:127A).

CAPÍTULO VII. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (II): CLASIFICACIÓN Y PERIODOS DE SEGURIDAD

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ÁMBITO COMPETENCIAL CLASIFICATORIO: ART. 76.2 F) LOGP
3. OBJETO DEL RECURSO
4. LEGITIMACIÓN
5. PERIODOS DE SEGURIDAD: ARTS. 36 Y 78 CP
 - 5.1 Origen
 - 5.2 Fundamento
 - 5.3 Crítica
 - 5.3.1 Cumplimiento efectivo: retribución/prevención general
 - 5.3.2 Desconfianza en los operadores penitenciarios
 - 5.3.3 Ataque al sistema de individualización científica
 - 5.4 Naturaleza
 - 5.5 Supuesto del art. 36.2 CP
 - 5.6 Supuesto del art. 78 CP
 - 5.7 Aplicación del régimen general de cumplimiento
 - 5.8 Supuestos humanitarios
6. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN CERRADO: ART. 76.2 J) LOGP
7. EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD: ART. 100.2 RP
 - 7.1 Régimen de flexibilidad e individualización científica
 - 7.2 El requisito de la excepcionalidad
 - 7.3 Naturaleza jurídica
 - 7.4 Problemática procedimental
8. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN EN EL TERCER GRADO
9. TERCER GRADO ART. 86.4 RP

1. INTRODUCCIÓN

Los apartados f) y j) del art. 76.2 van a recoger las competencias del Juez de Vigilancia en materia clasificatoria, sin perjuicio que, como luego se señalará, no se agota aquí su intervención. De esta forma, se atribuye a este órgano la potestad de

resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado, así como conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

La clasificación penitenciaria, no cabe duda, es el eje de todo el sistema penitenciario y conecta los dos pilares fundamentales de aquel, el régimen y el tratamiento.

Sería el origen de los sistemas penitenciarios, estableciendo los parámetros fundamentales en un sistema de ejecución dividido en fases, con el objetivo de aproximar al penado a la libertad en las mejores condiciones para llevar a cabo una vida sin delito. A través de la observación del interno, del estudio de las distintas variables de su historial personal, penal, personalidad y sociofamiliar, se llega a la asignación del grado de tratamiento, en terminología de la Ley Orgánica General Penitenciaria, o grado de clasificación, en la de su reglamento, lo que comporta la asignación de un determinado régimen de vida⁷⁷⁶.

El diseño de la Ley Orgánica General Penitenciaria presenta en este tema cierta confusión, pues la clasificación se incardina en ella dentro del tratamiento, art. 63 LOGP⁷⁷⁷, lo cual puede llevar a equívocos. El tratamiento penitenciario no puede entenderse, si queremos ser respetuosos con los arts. 10, 15 y 16 CE, sino con referencia esencial a la voluntariedad, posicionamiento que debería recogerse expresamente en la ley, si bien circunscrita ésta a la participación en las actividades y en las técnicas propias de aquel; pero la clasificación, fundamental para la ordenación del tratamiento y asignación de un régimen de vida, es ajeno a ese principio, pues cabe perfectamente una, sin el otro, de ahí que en realidad sea meramente un elemento instrumental que participa de una naturaleza mixta al estar implicados elementos regimentales. Por ello, sería conveniente, para evitar equívocos, perfilar más claramente el sistema clasificatorio y su relación con el tratamiento, labor que se abordaba en el malogrado *Anteproyecto de Reforma* de 2009, en el cual el Título III pasaba denominarse *Del tratamiento y de la clasificación penitenciaria*⁷⁷⁸.

La clasificación comporta el establecimiento de una correlación entre el grado de clasificación y un determinado régimen de vida, perfilado éste por el depósito de mayor o menor confianza en el penado. Así, al primer grado le corresponde el régimen cerrado, en el cual la seguridad, orden y disciplina es la nota fundamental; al segundo grado el régimen ordinario, en el cual los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada; y al tercer grado el

⁷⁷⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Clasificación penitenciaria y régimen abierto". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 151-153.

⁷⁷⁷ Art.63 LOGP.

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 aquel...

⁷⁷⁸ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Los retos de la prisión cara al siglo XXI. En: *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*". dir. ROCA DE AGAPITO, Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 151.

régimen abierto, en el cual el régimen será el necesario para lograr una convivencia normal en toda colectividad civil, fomentando la responsabilidad y siendo norma general la ausencia de controles rígidos que contradigan la confianza que inspira su funcionamiento⁷⁷⁹.

La Ley Orgánica General Penitenciaria optó como sistema de ejecución de las penas privativas de libertad por el sistema de individualización científica⁷⁸⁰, el cual ya había sido recogido en la reforma de 1968⁷⁸¹ del Reglamento de 1956. Con esta 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”⁷⁸².

La elección del sistema de individualización científica, que es un perfeccionamiento del sistema progresivo, como modalidad de aquel, es un claro instrumento potenciador del tratamiento, siendo una clara muestra el art. 72.4 LOGP cuando proclama que “en ningún caso, se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”.

El sistema originario de la Ley Orgánica General Penitenciaria se ve alterado con la LO 7/2003, que introduce los periodos de seguridad, luego modificados por la LO 5/2010 y la LO 1/2015. Se trata ésta de una materia penitenciaria y que, sin embargo, formalmente se ha abordado en el Código Penal y no en la Ley Orgánica General Penitenciaria⁷⁸³.

En realidad, bajo esta evolución legislativa subyacen dos posturas, una, la original de la ley penitenciaria, que descansa en el tratamiento como eje y centro de gravedad, planteamiento que conecta con los principios reeducadores y reinsertadores proclamados en el art. 25 CE y, por otro lado, una segunda que trataría de dotar de mayor objetividad al sistema y que en realidad conecta con los viejos principios de retribución y prevención general. Ambas, caen en una cierta ingenuidad, pues ante la indefinición que comporta la primera, con la utilización de conceptos claramente maleables y adaptables, art. 63 LOGP, puede dar lugar a un uso torticero de la clasificación en tercer grado por parte del poder político para favorecer situaciones en su interés⁷⁸⁴; y la segunda, al amparo de lo que en definitiva se presenta como seguridad jurídica, dar preponderancia en realidad a la prevención general frente a la especial, sino una vuelta al sistema progresivo puro⁷⁸⁵; o dicho de otra forma, por medio del Código Penal se ha abierto la vía para configurar sistemas extraordinarios de

⁷⁷⁹ Art. 72.2 LOGP; arts. 90.2, 76.1 y 81.1 RP.

⁷⁸⁰ Art. 72.1 LOGP.

⁷⁸¹ Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956.

⁷⁸² ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., p. 71.

⁷⁸³ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El Sistema Penitenciario español...* op. cit., p. 13.

⁷⁸⁴ MARCOS MADRUGA, Florencio de. “Los retos de la prisión...” op. cit., p. 155.

⁷⁸⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. “El presente de la ejecución...” op. cit., pp. 161 y 166.

cumplimiento, con fuerte carga retributiva e inocuizadora, con fundamento no en aspectos individualizadores, sino en la tipología y duración de la condena⁷⁸⁶. La situación actual refleja que, frente a un sistema que nominalmente mantiene la etiqueta de individualización científica a ultranza, sin embargo, su realidad, en la excepcionalidad criminal, es bien otra.

2. EL ÁMBITO COMPETENCIAL CLASIFICATORIO: ART. 76.2 F) LOGP

Partiendo del marco apuntado y dejando al margen la cuestión de la clasificación primer grado, que se estudia posteriormente, la competencia para acordar la clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado, corresponde a la Administración, en un primer nivel, art. 31 RP⁷⁸⁷, siendo el papel del Juzgado de Vigilancia en tales materias el de mero revisor en vía recurso frente a la resolución administrativa⁷⁸⁸, tal y como resulta del art. 76.2 f) LOGP. De esta manera el único cauce de cuestionamiento de la decisión administrativa, sin ningún resquicio de duda en el caso del segundo y tercer grado, es el recurso contra la misma⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El Sistema Penitenciario español...* op. cit., pp. 14-15.

⁷⁸⁷ Art.31.1 RP.

Conforme a lo establecido en el art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.

⁷⁸⁸ STCJ de 25 de junio de 1998, rec. 18/1998.

⁷⁸⁹ Este planteamiento inequívocamente establecido, sin embargo, es cuestionado por alguna resolución judicial aislada, AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A), resolución que entiende, con una invocación genérica del art 76 LOGP y del art. 52 y siguientes RP, que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede requerir a la Administración para que actúe en materia clasificatoria, especialmente a instancia del interno.

Frente a tal invocación ha de decirse que el art. 52 y siguientes del Reglamento Penitenciario se refieren a las peticiones y quejas que pueden formular los internos, las cuales se articulan por el cauce del art. 76. 2 g) LOGP, siendo la decisión judicial que se adopte de obligado cumplimiento, pues su objeto es amparar un derecho fundamental o un derecho o beneficio penitenciario; se trata de una decisión judicial dotada de *imperium*, no una mera propuesta, que, de serlo, se incardinaría en el art. 77 LOGP, nunca en el precepto que le precede en el orden.

En cuanto a la existencia de eventuales actuaciones de oficio por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no hay en el art. 76 LOGP rastro alguno de ellas, siempre se exige una actuación administrativa previa que, en unos casos tiene que ser revisada en sede judicial de oficio -actos restrictivos de derechos- y, en otros, precisa el cuestionamiento a instancia del interno, sirva de ejemplo los acuerdos en materia de clasificación. Afirmar, que el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede requerir a la Administración para que dicte una resolución en materia de clasificación -fuera del supuesto de infracción de los plazos legalmente previstos- o en cualquier otra, supone una intromisión en la función de aquella, planteamiento que ha sido rechazado desde antiguo por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción - numerosos ejemplos se exponen en este trabajo-.

Si lo que se quiere expresar es que el Juez de Vigilancia puede proponer un cambio en una cuestión, la cita del art. 76 LOGP no puede ser más desafortunada, las actuaciones judiciales que en él se regulan, como se viene diciendo, no son meras propuestas, son decisiones judiciales plenas, vinculantes y susceptibles de ser ejecutadas por medio de la fuerza. La formulación de sugerencias en cuanto tales, en asuntos particulares, no tiene respaldo normativo alguno, pues el único cauce, en una interpretación benévola, sería el art. 77 LOGP, nunca el art. 76 LOGP; pero, además, visto el tenor del art. 77 LOGP, en

Ha de introducirse en el planteamiento expuesto, no obstante, dos matizaciones. La primera, más teórica que práctica, relativa a la libertad condicional. Si se considera que es auténticamente un cuarto grado, aquel surge por una resolución judicial, previa la concurrencia de los requisitos legalmente previstos. Sin embargo, hoy en día, tras la LO 1/2015, dada la nueva configuración de este instituto como una forma especial de suspensión de condena y no forma de cumplimiento, esta formulación, si bien sigue presente en la letra de la ley penitenciaria, en el desarrollo normativo del Código Penal, ha sido descartada.

Una segunda puntualización deriva de LO 1/2015, pues con la redacción que da al art. 36 CP, resultan dos nuevos supuestos de clasificación judicial en tercer grado⁷⁹⁰. El primero de ellos, recogido en el numeral primero, se refiere a la clasificación en tercer grado en la pena de prisión permanente revisable, la cual corresponde autorizar al sentenciador, con exclusión de la Administración, una vez superado el periodo de seguridad ineludible, que oscila entre quince y veinte años de prisión efectiva.

Estamos con CERVELLÓ DONDERIS⁷⁹¹ cuando afirma que “destaca en esta laberíntica regulación que el juez de vigilancia pierda competencias en la prisión permanente revisable, como es la concesión de la libertad condicional o la concesión en segunda instancia del tercer grado, y que la revisión de esta sanción se apoye en demasiados aspectos del pasado y del incierto futuro reflejado en el concepto de peligrosidad, pero no del presente y su evolución. De todo ello se puede concluir que la libertad condicional como última fase del sistema de individualización científica no es

él subyace una vocación de generalidad que casa mal con un contenido puramente personalizado en un interno: “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”.

En definitiva, este tipo de planteamientos, además de recordar debates propios de los tiempos inmediatos a la promulgación de la ley penitenciaria ya superados, los años ochenta del pasado siglo y a los cuales se hizo referencia en otro apartado de este trabajo, nada aportan y son un elemento perturbador en el reparto competencial establecido, cada día más consolidado, entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Administración, careciendo de valor añadido alguno al sistema, pues ya hay fijados cauces claramente definidos de cuestionamiento de la actuación administrativa, estando de sobra introducir nueva confusión. De hecho, cuando estas líneas argumentales se han llevado a la práctica, han conducido al conflicto y su resolución ha sido en la inmensa mayoría de los casos poco alentadores para sus defensores, basta, una somera lectura de las no pocas sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción al efecto.

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE califica de controvertida la propuesta de la Audiencia de Palma en cuanto a la invocación del art 76 LOGP y del art. 52 y siguientes del Reglamento Penitenciario, considerando que es una injerencia en la labor administrativa, materia de clasificación en la cual el Juez de Vigilancia solo puede intervenir en vía de recurso, con cita del STCJ 26 de junio de 1998. En RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 606.

⁷⁹⁰ Con anterioridad a la LO 1/2015 existía un supuesto de clasificación judicial en tercer grado, con un carácter meramente instrumental, en el supuesto de la libertad condicional por patente riesgo vital del art. 92.3 CP. Tras la reforma, tal situación ha pasado a regularse en el art. 91.3 CP, prescindiéndose del requisito clasificatorio, quizás por razón de la nueva naturaleza atribuida a la institución, en paralelo con el art. 80.4 CP.

⁷⁹¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Prisión permanente revisable II (art. 36)”. En: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. coords. GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 223.

aplicable a la prisión permanente revisable, como una prueba más del control que en los últimos años viene ejercitando el Código Penal sobre el sistema penitenciario. Con ello, desplazando la esencia del tratamiento penitenciario basado en la evolución a través de la progresión individual del condenado, se sustituye el enfoque resocializador necesario en toda materia penitenciaria por una perspectiva estrictamente punitiva. Las reformas operadas por la Ley 7/2003 y la Ley 10/2003 ya afectaron gravemente al tercer grado y a la misma libertad condicional al priorizar el aspecto cronológico en el primero y anular en ambos el valor del pronóstico individualizado de reinserción social por su condicionamiento con el pago de la responsabilidad civil, todo ello no hace más que ignorar la especialidad del sistema penitenciario español basado en la clasificación penitenciaria en cuatro grados diferenciados por el tratamiento penitenciario y el régimen de vida a seguir”.

El segundo supuesto, recogido originariamente en el numeral tercero actualmente cuarto⁷⁹², resulta más problemático dada su redacción. Se trataría de la clasificación en tercer grado, por motivos humanitarios y de dignidad personal, de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios. La última redacción sustituye la original referencia al tribunal o Juez de Vigilancia Penitenciaria por la locución *autoridad judicial de vigilancia, según corresponda*, si bien no es más que un cambio terminológico. Corresponde así en la pena prisión o responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa el pronunciamiento sobre la progresión al tercer grado al Juez de Vigilancia Penitenciaria y en el caso de la prisión permanente revisable al tribunal sentenciador.

En el caso de la pena de prisión permanente revisable, la Administración carece de competencia decisoria sobre tal grado de clasificación, con lo cual aquí no se plantea problema alguno, el pronunciamiento clasificando en tercer grado es siempre del sentenciador, medien o no motivos humanitarios.

El problema surge en las otras formas de privación de libertad, pena de prisión/responsabilidad personal subsidiaria, esto es, si siempre que se dé un supuesto de carácter humanitario como justificación de la progresión al tercer grado, medie o no periodo de seguridad, ha de ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria el que tenga que aprobar la clasificación o bien, dado que el precepto se refiere a los periodos de seguridad, esa intervención judicial es solo exigible cuando concurra aquel⁷⁹³. El primer posicionamiento se ajusta más a la letra de la ley, pero el segundo parece más coherente con el sistema general clasificatorio en el cual esa competencia, en un primer momento, radica en la Administración. Esta última interpretación, considerando el esquema general de distribución competencial en materia clasificatoria, parece más lógica, pues, mediando un periodo de seguridad, exigir la intervención judicial, lo cual es excepcional, cobra sentido, máxime cuando fuera de tal supuesto, hay casos en los cuales no sería exonerable⁷⁹⁴.

⁷⁹² Tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

⁷⁹³ I SGIP 4/2015.

⁷⁹⁴ Conforme al art. 36.2 CP en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal; delitos cometidos en el seno de

La interpretación anterior, sin embargo, tiene un inconveniente, pues dejaría fuera los casos de concurrencia del periodo de seguridad del art. 78 CP, precepto que no recoge especialidad alguna para el caso de concurrencia de motivos humanitarios. Esto supone que, si no ha transcurrido el plazo legal, la Administración, con carácter previo a la clasificación en tercer grado, debería solicitar la exoneración del periodo al Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo cual en principio no es un obstáculo insalvable. Pero el problema surge en el caso de los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, pues en este caso la exoneración del periodo se sujeta a un determinado grado de cumplimiento. En estos supuestos, una primera opción sería entender que ha de acudir al cauce de la suspensión de condena del art. 80.4 CP. Pero también cabe entender que, en conexión con el art. 36.4 CP, se trata de una simple omisión del legislador y que, concurriendo una misma ratio⁷⁹⁵, dado que incluso cuando se trata de periodos de seguridad no exonerables, es factible dejarlos sin efecto, cuanto más ahora podrá no tenerse en cuenta aquí el grado de cumplimiento.

3. OBJETO DEL RECURSO

El objeto del eventual recurso es siempre el pronunciamiento del Centro Directivo⁷⁹⁶, ya sea en clasificación inicial, ya sea revisión de la clasificación, pues así lo establecen los art. 103.5 y 105.2 RP.

No obstante, hay algún pronunciamiento judicial aislado⁷⁹⁷ que discrepa de este planteamiento, entendiéndose que cabe cuestionar directamente el acuerdo de la Junta de Tratamiento, invocándose al efecto el art. 54 RP, el cual dispone que los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a que se refiere el artículo 76 LOGP; tal postura considera que aunque ésta no sea la vía genuina de cuestionamiento de la clasificación recogida en el art. 105.2 RP, no existiría un obstáculo legal para admitir este otro cauce por entender que exteriorizado el desacuerdo por el interno, otra postura sería una negación del acceso a la Justicia y vulneraría el art. 24 CE, se infringiría el principio de legalidad del art. 3 CP y el de jurisdiccionalidad de la ejecución del art. 76 LOGP.

Frente a este posicionamiento cabe oponer que se desconoce en él el principio de legalidad y de subsidiariedad de la actuación judicial; principios que exigen que se siga el procedimiento establecido, pues la jurisprudencia constitucional entiende que no

una organización o grupo criminal; delitos del artículo 183 CP; y delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la víctima sea menor de trece años.

⁷⁹⁵ La STC 48/1996, de 25 de marzo (ROJ: STC 48/1996 - ECLI:ES:TC:1996:48), hace referencia a la consideración de criterios enraizados en la Justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa.

⁷⁹⁶ O el acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento, en el caso de la clasificación inicial en penas de hasta un año de privación de libertad, art. 103.7 RP.

⁷⁹⁷ AAN 30 de mayo de 2003.

es incompatible con la tutela judicial la exigencia de determinados requisitos procedimentales, los cuales solo en el caso de ser desproporcionados, se convirtiesen en un impedimento no justificado al acceso a la jurisdicción. En este caso tal situación no concurre, pues la exigencia de que se pronuncie el Centro Directivo con carácter previo a la intervención judicial no alcanza tal consideración; se trataría una mera ordenación de la actuación administrativa, que culminaría en un centro de decisión común, lo cual no es ni injustificado, ni detrae función alguna al órgano judicial encargado de la revisión⁷⁹⁸.

A estos argumentos cabría añadir otros dos. El primero, que el art. 6 LOPJ solo permite a los tribunales la inaplicación de los reglamentos cuando sean contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, que no es el caso. Y, en segundo lugar, lo que es más grave, se desconoce la esencia del procedimiento clasificatorio, en el cual tal potestad corresponde únicamente al Centro Directivo, con la sola excepción del art. 103.7 RP, no a los órganos administrativos inferiores, por lo cual cualquier cambio en la clasificación tiene que ser resuelto por aquel.

El art. 76.2 f) LOGP, literalmente, se refiere exclusivamente a los acuerdos de clasificación inicial y de progresiones o regresiones de grado, no de mantenimiento de la clasificación, con lo cual surge la duda de si es posible su impugnación. A esta cuestión cabe responder afirmativamente, pues no parece que sea una voluntad deliberada del legislador, antes bien un olvido, apuntando en esta dirección el art. 105.2 RP cuando señala que “cuando la Junta de Tratamiento no considere oportuno proponer al Centro Directivo cambio en el grado asignado, se notificará la decisión al interno, que podrá solicitar la remisión del correspondiente informe al Centro Directivo para que resuelva lo procedente sobre el mantenimiento o el cambio de grado, cuya resolución se notificará al interno con indicación del derecho de acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia”. La interpretación en sentido contrario llevaría a que un interno al cual se le mantuviera siempre la clasificación pudiera cumplir toda la condena en el mismo grado, aunque concurrieran en él los requisitos para la progresión, sin posibilidad de recurso⁷⁹⁹.

Otra cuestión que se suscita deriva de la propia redacción del art. 76.2 f) LOGP es la relativa a que el precepto parece sujetar la actuación judicial al previo estudio de los Equipos de Observación y de Tratamiento y, en su caso, de la Central de Observación. Tal planteamiento no parece admisible pues precisamente lo que se cuestiona en el recurso es o bien ese estudio, precisamente, o bien la conclusión que la Junta de Tratamiento o el Centro Directivo sacan de él⁸⁰⁰.

Por otro lado, sostener esa sujeción iría contra la esencia del carácter jurisdiccional de la labor del Juez de Vigilancia y crearía ámbitos de impunidad administrativa, inadmisibles en nuestro ordenamiento. Ello nos conduce a poder afirmar que cabe confrontar esos estudios con otros informes y otras pruebas en orden a acreditar la debida evolución del interno y, consecuencia de ello, sería factible una valoración con nuevos elementos no considerados o bien contrastados con aquellos

⁷⁹⁸ AAP Palma de Mallorca (1ª) 286/2010, de 30 de junio.

⁷⁹⁹ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., p. 578.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, p. 577.

otros utilizados por el operador administrativo, cuando no una conclusión distinta con fundamento en el propio estudio del órgano administrativo.

El acuerdo clasificatorio, en principio es ejecutivo, incluso cuando se refiere al tercer grado, salvo en el caso de las condenas por delitos graves, en cuyo caso no puede ejecutarse hasta su firmeza, tal y como resulta de las SSTS 965/2022 y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621 y ROJ: STS ⁸⁰¹ 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660), dictadas en unificación de doctrina, que interpretan la DA 5ª LOPJ. Ello supone que hasta que no transcurre el plazo de interposición de recurso por parte del Ministerio Fiscal, no cobra virtualidad en tales supuestos el régimen de semilibertad.

Problema adicional derivado del planteamiento jurisprudencial expuesto es cuál es el plazo de interposición del recurso, pregunta que no tiene una fácil respuesta. Las resoluciones mencionadas rechazan la remisión a la normativa administrativa como complemento, pues la ejecución de penas tiene naturaleza penal, lo cual conduce a que tengamos que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al plazo de interposición de recurso de apelación frente a las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, esto es cinco días. Como argumento adicional, los plazos administrativos resultan un tanto amplios -un mes, en el caso de entender que es el de firmeza de los actos administrativos frente a los que cabe recurso de tal clase; dos meses, en el caso de entender que el de referencia sería el del recurso contencioso-administrativo-, y por ello ponen en riesgo el valor libertad, que indirectamente puede verse afectado.

4. LEGITIMACIÓN

Si como se ha dicho la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia clasificatoria solo tiene lugar por la vía del recurso, cabe plantear quién puede formularlo. El interno, no cabe duda, puede cuestionar, en todo caso, su clasificación inicial o aquellas decisiones ulteriores de mantenimiento o regresión en la clasificación. No parece en principio que tenga interés en formular un recurso en el caso de progresión de grado, dado que aquella implica una mejora en su régimen de vida, aunque tal eventualidad sería factible⁸⁰².

Que el Ministerio Fiscal está legitimado en orden a la interposición de un eventual recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria frente a un acuerdo clasificatorio, tampoco ofrece duda a la vista de la DA. 5ª LOGP, de los arts. 2, 3.1y 4.2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico*

⁸⁰¹ En realidad, ya la STC 43/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 43/2008 - ECLI:ES:TC:2008:43) había establecido que no procede la aplicación analógica, ni supletoria, del Derecho Administrativo por el hecho de que la Administración penitenciaria tenga encargada la custodia y reeducación de los presos en las cuestiones que afectan al derecho a la libertad.

⁸⁰² No se trata de una cuestión puramente teórica, siendo ejemplo de ello lo acontecido en el Centro Penitenciario de Almería en el año 1998 cuando ciertos internos de la banda terrorista ETA fueron progresados del primer al segundo grado con la finalidad por parte de la Administración de aplicar la política de dispersión, en este caso intermodular, dentro del propio establecimiento.

del Ministerio Fiscal y art. 107 RP, si bien, en este último caso, tal precepto no puede ser sino desarrollo de aquellos otros y no propiamente título de atribución, dado su rango normativo. Precisamente en el Reglamento Penitenciario de 1981 no había tal referencia, lo cual no era impedimento para entender que cabía tal posibilidad⁸⁰³.

No es parte nunca la propia Administración⁸⁰⁴, ni la víctima⁸⁰⁵, ni quienes fueron parte en el proceso. La primera porque la clasificación penitenciaria es una esfera en la que la Administración actúa como mera colaboradora, correspondiendo al Juez, por mandato del art. 117.3 CE, la revisión de las propuestas que por aquellas se formulen.

En cuanto a la víctima, su intervención en este momento no está prevista ni en la DA 5ª LOPJ, ni en la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la Víctima*, que solo contempla, en su art. 13, su intervención en la exoneración de los periodos de seguridad. y en materia de libertad condicional en ciertos supuestos. Por lo que se refiere a quienes fueron parte en el proceso, lo único regulado es una mera audiencia en alguna modalidad la libertad condicional.

El Tribunal Constitucional ha señalado en esta materia que no es lo mismo *ejecutar* la sentencia y, por ende, la pena, que corresponde al propio órgano sentenciador (art. 117.3 CE), que *cumplir* la pena que dicha ejecución comporta, que corresponde a la autoridad administrativa bajo el poder fiscalizador de unos especiales órganos judiciales: los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (arts. 76.1 LOGP y 94.1 LOPJ). Este segundo aspecto, el del cumplimiento, sus modalidades, incidencias y modificaciones escapa al interés de quien fue acusador particular en la causa de la cual deriva la pena, en la medida en que el derecho a castigar (*ius puniendi*) lo ostenta en exclusiva el Estado y, por lo tanto, es a éste, a través de los órganos competentes, a quien corresponde determinar cómo dicho castigo ha de cumplirse, siempre con respeto, claro está, al principio de legalidad, por lo que las decisiones que a tal fin se adopten no afectan en modo alguno a los derechos e intereses legítimos de quien en su día ejerció la acusación particular⁸⁰⁶.

En el caso de la progresión al tercer grado, descartando por razones obvias el interés en el cuestionamiento por el interno de la decisión administrativa, queda la posibilidad del recurso por parte del Ministerio Fiscal. Como ya se anticipó, el fundamento de la intervención de aquel y su legitimación no es, ni puede serlo, una disposición reglamentaria, la referencia del art. 107 RP, la cual no cabe considerarla sino simplemente es una referencia para que el Ministerio Público pueda desarrollar su labor en el supuesto que entraña mayores riesgos de vaciamiento de la pena, antes bien lo es la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley y su deber de velar porque la

⁸⁰³ RUIZ VADILLO, Enrique. "Algunas consideraciones sobre la figura del Juez... op. cit., 1988, p. 103.

⁸⁰⁴ STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

⁸⁰⁵ ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A).

⁸⁰⁶ *Ibidem*.

función jurisdiccional se ejerza eficazmente⁸⁰⁷, de lo cual deriva su participación en todo aquello que afecte a la ejecución de la pena privativa de libertad.

En lo que aquí interesa, cualquier decisión clasificatoria, ya inicial, ya mantenimiento, progresión o regresión, podría ser cuestionada por el Ministerio Fiscal, al margen de la actuación del interno; cosa distinta es la posibilidad real, el eventual conocimiento de la decisión adoptada, pues solo existe previsión normativa, la ya citada, con relación a la progresión al tercer grado. La materia de clasificación afecta de lleno al ámbito de la ejecución de la pena, tal y como establece la DA 5ª.2 LOPJ y la doctrina del Tribunal Supremo⁸⁰⁸, conecta con el art. 117.3 CE y los arts. 3, 1 y 2 CP, con lo cual no cabe invocar, en orden a rechazar la posibilidad de interposición de un eventual recurso por el Ministerio Fiscal, que se trata de una cuestión propia de la Administración penitenciaria, pues ésta, en este aspecto, no es más que una mera colaboradora de los tribunales.

Si bien la legislación penitenciaria reserva a la Administración ciertas funciones -entre ellas la clasificación, destino y traslado de los reclusos y las previstas en el art. 79 LOGP-, al mismo tiempo ha asegurado la judicialización de la ejecución de las penas a través del sistema de control judicial (previo o posterior, según los casos) y cuyo adecuado funcionamiento es no solo la garantía de conformidad a la ley de la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de los detenidos, lo que claramente se deriva de las funciones atribuidas al Juez de Vigilancia Penitenciaria en los arts. 76 LOGP. y 94 LOPJ, de lo que resulta, en definitiva, que la actividad de la Administración penitenciaria está subordinada en su ejercicio a la autoridad judicial⁸⁰⁹.

5. PERIODOS DE SEGURIDAD: ARTS. 36 Y 78 CP

5.1 Origen

La recepción en nuestro ordenamiento de los denominados *periodos de seguridad*, que suponen que, en determinados delitos de cierta gravedad, el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya alcanzado un determinado nivel de cumplimiento, tiene lugar por la LO 7/2003, de 30 de junio, de *medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*.

En la *Exposición de Motivos* de la reforma se justifica la regulación de esta figura, que existe en otros países de nuestro entorno, como un elemento jurídico a modo de puente entre el orden penal 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

⁸⁰⁷ Arts.1, 2 y 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁸⁰⁸ Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal de 28 de junio de 2002 y STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111).

⁸⁰⁹ STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria, en el entendimiento que 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.

La posterior modificación del Código Penal, por la LO 5/2010, de 22 de junio, va a dar la forma definitiva a esta figura, pues frente a su establecimiento de forma generalizada para condenas a penas de prisión de más de cinco años, ahora se rechaza ese automatismo, de modo que, manteniéndose el elemento cuantitativo de la condena, se perfila una serie de tipologías -ciertos delitos sexuales y de terrorismo-, en las cuales imperativamente las correspondientes condenas los presuponen, mas, fuera de ellas solo cabe imponerlos de forma potestativa. El legislador ha entendido que al margen de esa clase de delitos que ha elegido, que califica de extrema gravedad, procede un sistema más flexible que el hasta entonces vigente.

Como precedente de la figura tenemos la redacción original del art. 78 CP, si bien en este caso ligado a la figura del concurso real, no a tipologías delictivas específicas, y con una fundamentación en la peligrosidad criminal.

Como primeros antecedentes del período de seguridad en España se pueden citar las Ordenanza de Presidios del Reino de 14 de abril de 1834, que establecían la posibilidad de reducción de la pena una vez se hubiese cumplido la mitad de la pena; los sistemas progresivos, como el del coronel Montesinos (1834); y el Reglamento de 1901, que establecía que el período intermedio se alcanzaba cuando se cumplía la mitad de la pena. Más próxima en el tiempo, la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, para los casos de extrema gravedad, al establecer la imposición imperativa por el Juez de Menores de una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años, que no podía ser modificada hasta que hubiera transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo. Como también cabe citar la Enmienda nº 286 a la Ley Orgánica del Código Penal formulada por el Grupo Parlamentario Popular en orden a sustituir en el art. 91.1 2ª del *Proyecto*, relativo al requisito cronológico de la libertad condicional, el término *extinguido* por *cumplido*; se diría que con ello se garantizaría el cumplimiento de las penas, por entender que así se evitaba la aplicación del régimen abierto hasta que el penado haya estado efectivamente privado de libertad un período mínimo como compensación por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante ese período consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial, ya que la comunidad no entendería que el autor de un delito grave pudiera acceder a un régimen abierto desde el inicio de su condena, y, en consecuencia, el sentimiento de vigencia del ordenamiento jurídico podría resentirse⁸¹⁰.

Es llamativo el título de la Ley 7/2003, los calificativos en ella empleados, *cumplimiento íntegro y efectivo*, pues las penas siempre se han cumplido por parte de los tribunales; cosa distinta es la forma en cómo se hayan llevado a efecto, que no es sino la prescrita en la ley. Subyace tras estos epítetos la idea de que, no ya la libertad

⁸¹⁰ 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". En: *Diario La Ley*. nº 6887, 2013.

condicional, antes bien el tercer grado, no es cumplimiento, confundiendo la duración de la pena con la intensidad del castigo.

Como con gran razón señala GARCÍA ALBERO⁸¹¹, parece que solo puede hablarse de verdadero cumplimiento cuando se cumple en régimen ordinario y que el régimen de semilibertad, más que alternativas devaluadas de la auténtica ejecución, son pura y simplemente inexecución de la pena privativa de libertad.

En cuanto a los ordenamientos de los países de nuestro entorno, hay disparidad de regulaciones, pues mientras que Francia e Italia los recogen ampliamente, sin embargo, Bélgica o Alemania carecen de ellos por responder sus sistemas a la idea de la planificación del tratamiento y no la progresividad por grados, por lo que cabe la ejecución en régimen abierto desde el primer momento con independencia del delito⁸¹².

Si bien nuestra legislación tomó como modelo el francés, no es menos cierto que presenta serias diferencias con aquel, pues amén que en tal país se refiere a delitos específicos y siempre y cuando la pena sea superior a diez años, siendo susceptible de ser reducido o ampliado⁸¹³. Tras la LO 5/2010, nuestro modelo presenta mayores similitudes con aquel otro al haberse prescindido de la mera referencia cuantitativa como elemento generador de aquel⁸¹⁴.

Se ha planteado que los periodos de seguridad podrían resultar inconstitucionales, por contrarios al mandato del art. 25.2 CE, tanto desde la perspectiva del establecimiento de normas que fijaran una limitación genérica del acceso a los beneficios penitenciarios, sin ponderar las circunstancias del caso concreto, como por la negación definitiva a un recluso o colectivo de ellos de estas posibilidades. No se trataría ya de normas penales inadecuadas por su propia naturaleza para la reeducación del delincuente, sino de disposiciones legales penitenciarias que supongan un obstáculo en ese proceso⁸¹⁵.

Se discrepa, sin embargo, del anterior parecer, pues, aunque se puedan cuestionar desde otras perspectivas los periodos de seguridad, su constitucionalidad no ofrece problema alguno, ya que, aunque el fin primordial de la pena privativa de libertad es la reeducación y la reinserción, la referencia al elemento temporal es un factor admitido en otras instancias penitenciarias, como son los permisos, incluso más allá del

⁸¹¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, y TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La reforma de la ejecución penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 34.

⁸¹² LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. "El período de seguridad..." op. cit.

⁸¹³ GARCÍA ALBERO, Ramón, y TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La reforma de la ejecución...* op. cit., pp. 44-45.

⁸¹⁴ Para GONZÁLEZ TASCÓN, la reforma de 2010 puede entenderse como positiva desde la perspectiva de su significado como toma de conciencia por parte del legislador en cuanto a que construir el período de seguridad sobre la gravedad de la pena exclusivamente, dista mucho de la orientación constitucional de las penas privativas de libertad a la reinserción social de los condenados, además de la sobrecarga del sistema con trámites inútiles, si bien se echa en falta la previsión en la ley de algún parámetro que guíe al órgano sentenciador en la adopción de la decisión de imponer el período de seguridad, como podría ser la gravedad del hecho y la peligrosidad criminal del delincuente. En GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. "El periodo de seguridad". En: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. dir. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 93.

⁸¹⁵ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. "El valor constitucional del mandato de resocialización". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 63, 2001, pp. 72-73.

estricto requisito cronológico del art. 47.2 LOGP, esto es la consideración del tiempo que resta para alcanzar la libertad condicional – SSTC 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81); 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88); y 109/2000, de 5 de mayo (ROJ: STC 109/2000 - ECLI:ES:TC:2000:109)-⁸¹⁶.

5.2 Fundamento

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 justifica la introducción de los periodos de seguridad en el Código Penal como un instrumento adecuado para la lucha contra la criminalidad, mecanismo de reafirmación del ordenamiento jurídico, al tiempo que de seguridad jurídica, pues al igual que el ciudadano tiene derecho a saber con certeza qué es la infracción penal y qué no lo es, qué pena le corresponde a la acción tipificada en la norma penal, del mismo modo ese conocimiento debe alcanzar a saber con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta.

Así, tras reconocerse que la Ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal, que sería el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad, se afirma que el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento; para concluir que 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.

Junto con la prevención general positiva, principio al cual responde el enunciado anterior, se traería a colación un segundo, el retributivo a la hora de concreción de la pena, pues se verían los periodos de seguridad como un puente entre el ordenamiento penal y el penitenciario, ya que, se afirmarían, 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.

Los periodos de seguridad conectan con un principio de prevención general como respuesta a las conductas que merecen un mayor reproche, de forma que este no puede quedar diluido vía clasificación penitenciaria y supondrían, al tiempo, la introducción en nuestro ordenamiento lo que podría denominarse un contenido mínimo aflictivo para tales supuestos.

Se puede afirmar, al menos en el espíritu de la reforma, el periodo de seguridad es una nueva forma de individualización judicial de la pena, pues el periodo de seguridad

⁸¹⁶ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Artículo 36". En: *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 509.

determina cantidad de pena impuesta, conectándose así voluntad del juzgado o tribunal sentenciador expresada en la pena impuesta y el efectivo cumplimiento de aquella⁸¹⁷.

Los periodos de seguridad operarían a modo de puente entre el ordenamiento penal y el penitenciario, pues siendo el origen de la sanción el primero, los segundos se configurarían en la visión del legislador como salvaguarda de la esencia de aquella en su fase ejecutiva.

Se trataría de una de las repercusiones originadas desde la ley penal hacia la ejecución. Este fenómeno se produciría de diversas formas, la más clara mediante la creación de nuevas penas privativas de libertad, caso de la pena de prisión permanente revisable; en otras mediante el establecimiento de consecuencias ligadas a las funciones de la Administración penitenciaria, sirva de ejemplo, la libertad vigilada; pero también mediante la modificación del contenido de la privación de libertad en que consiste la pena, como lo son los periodos de seguridad⁸¹⁸.

La fundamentación expuesta de los periodos de seguridad, con referencia a ideas que giran en torno a la prevención general positiva, cuando no retribución, sufre una matización con su nuevo diseño tras la LO 5/2010. Esta norma, en su *Preámbulo*⁸¹⁹, justifica la reforma en el entendimiento que la subsistencia de esta figura es conveniente en los grupos de delitos que señala de extrema gravedad, pero, por el contrario, se considera innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años, motivo por el cual elimina el automatismo hasta entonces vigente, “introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente”. Esto es, por un lado, se mantienen los postulados anteriores relativos a la entidad de la conducta sancionada y, por otro, introduce un elemento que conecta con la peligrosidad del autor, su personalidad. Ahora bien, no se diseñan instrumentos legales para poder realizar su valoración, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la legislación de menores -informe de los Equipos Técnicos-, con lo cual aquella ha de inferirla el sentenciador del hecho y sus circunstancias, lo cual es, cuando menos, poco riguroso.

El Tribunal Supremo⁸²⁰, por su parte, entiende, tanto en el caso del art. 78 CP, como en el del art. 36.2 CP, que la consideración fundamental que hay que tener en

⁸¹⁷ MOLINA GIMENO, Francisco Javier. “El período de seguridad... op. cit.; LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. “El período de seguridad... op. cit.

⁸¹⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Tercer grado. ¿sin clasificación... op. cit., p. 43.

⁸¹⁹ Apartado III del *Preámbulo* de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁸²⁰ Son especialmente significativas las SSTS 459/2019, de 14 de octubre (ROJ: STS 2997/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2997); 610/2020, de 13 de noviembre (ROJ: STS 3779/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3779) - que cita las SSTS 626/2005, de 13 de mayo (ROJ: ROJ: STS 3062/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3062); 1291/2005, de 8 de noviembre (ROJ: STS 6833/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6833); y 18/2018, de 17 de enero (ROJ: STS 61/2018 - ECLI:ES:TS:2018:61)-; y 336/2021, de 22 de abril de 2021 (ROJ: STS 1385/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1385).

cuenta en la imposición de los periodos de seguridad, aunque no necesariamente en exclusiva, es la peligrosidad⁸²¹.

La peligrosidad como criterio se recogía expresamente en el art. 78 CP en su redacción original; tal referencia fue suprimida en la ulterior reforma operada por la LO 7/2003, sin que las posteriores, LO 5/2010 y LO 1/2015, volvieran a retomarlo. Entiende el alto tribunal que, a pesar de no hacerse una expresa mención a tal concepto en la redacción actual, ello no es óbice en orden a darle un papel preponderante, pues se trata de una previsión que obedece a consideraciones vinculadas a la peligrosidad del penado, en sintonía con la creciente incorporación que las sucesivas reformas penales han supuesto respecto a figuras relacionadas con la denominada *peligrosidad del imputable*. Se afirma así que lo que otorga al tribunal sentenciador la ley es la facultad de efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos que fueron violentados con el delito, probabilidad, más o menos consistente, de la futura comisión de nuevos hechos delictivos.

Es más, se va a considerar que la facultad atribuida a los tribunales de aplicar el periodo de seguridad no puede ser interpretada como un mecanismo jurídico para evitar anticipadamente decisiones de la administración penitenciaria que no se consideren acordes con la gravedad de la pena, pues tales decisiones tendrían su cauce impugnativo ordinario y pueden ser objeto de revisión. En definitiva, se afirmaría que la capacidad jurisdiccional para revisar decisiones administrativas en el ámbito penitenciario que se consideren contrarias a derecho es la mejor garantía de que el cumplimiento de las penas se ajustará, siempre y en todo caso, a un pronóstico individualizado de cumplimiento y progresión.

Se desvinculan así los periodos de seguridad del contenido afflictivo de la pena, llámese retribución o prevención general, enlazando el concepto de este instituto más bien con un planteamiento propio de la medida de seguridad de la libertad vigilada postpenitenciaria, empleándose una prognosis propia de aquella, si bien, en aquel caso, al menos en el plano legal, claramente vinculada a la evolución penitenciaria, pues su contenido se concreta tras la ejecución de la pena que le precede⁸²², situación que no se da en este supuesto. Las medidas de seguridad se imponen a los sujetos que desarrollan una conducta delictiva porque presentan un estado de su personalidad a partir del cual se puede pronosticar con cierta fiabilidad su comportamiento futuro⁸²³.

Llama la atención esta conceptualización del Tribunal Supremo, no ya solo porque se refiere la afirmación al ámbito de una pena, no de una medida seguridad, sino además porque la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, que da vida este nuevo instituto, no puede ser más clara, pues lo encuadra en lo que se denomina cumplimiento

⁸²¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, en línea con el planteamiento del Tribunal Supremo, defienden que debe jugar un papel relevante la peligrosidad criminal del reo, al estilo del modelo de régimen especial del art. 78 CP, si bien pueden tenerse en cuenta factores como la especial índole de la tipología delictiva y las circunstancias personales del reo; pero en todo caso, dado que la ley no establece los parámetros determinantes de este régimen, como exigencia constitucional es imprescindible la motivación en su adopción por el sentenciador FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 628.

⁸²² Art. 98.1 CP.

⁸²³ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 76.

efectivo, que se conecta con la gravedad de la conducta, no consideraciones de peligrosidad criminal, que fueron suprimidas expresamente en la nueva redacción. Hay que recordar que en esta ley los periodos de seguridad se ligaban simplemente a un dato cuantitativo, ser la pena superior a cinco años de prisión, habiéndose establecido así que tales penas, por ese mero hecho, llevaban implícitas tal cautela; formulación ésta que casa mejor con un fundamento retribucionista, que con una eventual peligrosidad *ex lege*.

La LO 5/2010, aunque retoma elementos propios de la peligrosidad, tampoco parece que cambiara de criterio, pues sigue invocando la gravedad de la conducta, cambiando de sistemática en aras a consideraciones de prevención especial. Es más, esta reforma es especialmente significativa, pues por definición en ella hay ciertas tipologías que llevan aparejadas, *per se*, el periodo de seguridad, haciéndose abstracción total del sujeto infractor centrándose en el hecho como origen de la limitación de acceso a las situaciones de relajación del rigor de la privación de libertad, lo enlaza mejor con los argumentos expuesto en la Exposición de Motivos de las LO 7/2003, garantía de un mínimo de cumplimiento efectivo, que con una hipotética definición de tipologías peligrosas, lo cual sería hartamente discutible⁸²⁴.

Los tribunales, por lo general carecen de datos para realizar un juicio de tal envergadura como para realizar una prognosis criminal, área que requiere valorar el perfil criminal, lo cual excede de la formación y responsabilidad de aquellos⁸²⁵.

Por otro lado, hacer un pronóstico de peligrosidad simplemente a través de los datos fácticos que se suele ser el contenido de un enjuiciamiento penal, al margen de elementos tales como la personalidad del delincuente, sus antecedentes sociales y familiares, e incluso la propia trayectoria criminal más allá de lo que resulte de los antecedentes penales que consten en la hoja histórico penal, e incluso la trayectoria penitenciaria, elementos todos éstos que es dudoso se hayan incorporado, resulta hartamente difícil. No ocurre aquí como en el enjuiciamiento de menores, en el cual hay una visión global, no solo del hecho, sino de la personalidad y entornos sociofamiliar en el cual surge el delito, datos todos que ayudan a concretar la respuesta, la medida más adecuada⁸²⁶.

⁸²⁴ Sin embargo, la STS 712/2021, de 22 de septiembre (ROJ: STS 3487/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3487), retoma el verdadero sentido del periodo de seguridad en la medida en que, ahora sí, afirma que “responde a los principios de prevención general como respuesta a determinadas conductas que merecen un mayor reproche penal, de forma que este no puede quedar diluido vía clasificación penitenciaria. Con su introducción en nuestro ordenamiento se vienen a exigir lo que podría llamarse un contenido mínimo aflictivo”.

⁸²⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 130.

⁸²⁶ “Entre los distintos métodos empleados para valorar la probabilidad de la conducta futura están aquellos en los que predomina la observación y la experiencia si bien es cierto que permiten una gran individualización por el juicio profesional emitido a partir del estudio del expediente y entrevistas individuales, tienen como inconveniente un exceso de subjetivismo y poca eficacia predictiva, mientras que aquellos en los que predomina el método actuarial o estadístico, aunque son más objetivos que los anteriores, pecan de poca individualización porque al deducir el riesgo de reincidencia de los datos de otras personas que han reincidido con circunstancias similares, ignoran los cambios en los comportamientos individuales que no permiten ser demostrados conduciendo a la estigmatización al depender la predicción de la conducta de

En los supuestos de imposición potestativos es llamativo que se atribuye la competencia para decidir sobre su imposición al juez o tribunal sentenciador, con lo cual se residencia una cuestión que afecta al cumplimiento penitenciario en el ámbito de un precepto penal relativo a la duración de la pena y en un marco, el proceso penal, en el cual falta la información precisa, pues se requiere valorar la evolución del sujeto desde el principio de la condena, con lo cual se corre el riesgo de tomar la decisión solo sobre criterio retributivos y de prevención general⁸²⁷.

Quizás sería este el momento de plantear, si se quiere una verdadera individualización judicial de la pena, y ya que se liga la existencia de los periodos de seguridad a la peligrosidad, recoger la propuesta de GARRIDO GUZMÁN⁸²⁸ y ZUGALDÍA ESPINAR⁸²⁹, relativa a la necesidad, dotar a los órganos sentenciadores de Equipos Técnicos con formación criminológica en orden al estudio de la personalidad del acusado y así poner en conocimiento de quien ha de resolver los elementos pertinentes para el conocimiento del sujeto al proceso.

5.3 Crítica

5.3.1 Cumplimiento efectivo: retribución/prevención general

Tras la figura de los periodos de seguridad subyace la idea de que tercer grado/libertad condicional no son sino una forma de vaciamiento de la pena, de modo que si no se garantiza un mínimo afflictivo, que se traduzca en el cumplimiento en régimen ordinario, se estaría afectando a su esencia y, paralelamente, se estaría cercenando su eficacia como instrumento de lucha frente a la criminalidad.

La introducción de los periodos de seguridad en el Código Penal y no en la legislación penitenciaria, es una modificación que puede calificarse como estructural en la ejecución de las penas, bajo el argumento de una mayor seguridad jurídica, que se identifica por el legislador con el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, para fundamentar un sistema de mayor dureza e inflexibilidad, invocándose al tiempo la alarma social que se traduce en que la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves⁸³⁰.

Se cuestiona por la doctrina la invocación de la seguridad jurídica por entender que se pervierte su concepto, pues queda implícita la idea de que el citado derecho del

un sujeto de la valoración de la de otros diferentes ". En CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Individualización garantista... op. cit., p. 245.

⁸²⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 48.

⁸²⁸ GARRIDO GUZMÁN, Luis. *Estudios Penales y Penitenciarios* Madrid: Edersa, 1988, p. 86.

⁸²⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "La individualización judicial de la pena (una misión imposible)". En: *La necesaria reforma penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Granada: Comares, 2021, pp. 6-8.

⁸³⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El Sistema Penitenciario español...* op. cit., pp. 79-80.

ciudadano no se refiere al potencial infractor, sino a un más indefinido ciudadano, trasunto conceptual de la sociedad como entelequia, de cuya necesidad de seguridad y protección de bienes jurídicos surge la potestad punitiva del Estado. Tal principio no incluye el derecho de cada ciudadano a conocer la cuantía de la pena que va a cumplir en prisión, ni la seguridad de que los que delinquen cumplan toda su condena allí, pues lo que tal principio implica es que el sujeto pueda saber con anterioridad a la comisión del hecho delictivo si aquel está prohibido, cuáles son las consecuencias de su realización y que la sanción que se imponga por el mismo va a ser ejecutada conforme a lo señalado en la ley.⁸³¹.

También se señala que los argumentos a favor de la introducción de los periodos de seguridad para acceder al tercer grado se articulan en torno a la idea de que el cumplimiento íntegro y efectivo de una pena es incompatible con el régimen semiabierto, identificando el tercer grado con un vaciado de contenido de la pena privativa de libertad, planteamiento que olvida que tiene un componente retributivo: en aquel también se está cumpliendo la pena, aunque no sea en una prisión cerrada a tiempo completo. Esta incompatibilidad entre cumplimiento íntegro y efectivo y el tercer grado en realidad esconde un planteamiento retribucionista de que es *justo y preventivamente eficaz* garantizar que se ejecutará la pena del modo más severo posible, que el delincuente merece -es justo- sufrir una sanción severa de modo severo, todo ello a la altura de su conducta, de modo que la pena se transforma en una forma de expiación y de venganza. Se arrinconaría así el fin socializador de la pena en aras de la potenciación de la prevención general, tanto positiva en el sentido de confianza en la aplicación de la pena, como negativa, intimidación ante la entidad del castigo. No se puede olvidar que el cumplimiento de la pena impuesta, pese a tener un alto componente retributivo, también debe cumplir el fin constitucionalmente previsto de resocialización del penado, siendo la finalidad del tercer grado, con su forma de vida, el régimen abierto, el instrumento de preparación para la vida en libertad, lo cual debe apreciarse de forma individual y no de forma global e inespecífica como ocurre con el periodo de seguridad⁸³².

Resulta oportuno traer aquí el pensamiento de GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS⁸³³ en torno a que inveteradamente existe cierta ilusión o espejismo en el conjunto social según el cual mediante actuaciones represivas podremos llegar a construir positivamente un mundo mejor, contradicción que con el tiempo lleva a los ciudadanos a perder la fe en los valores positivos que les unen y se acercan a los postulados que basan la confianza en el logro de tal objetivo en el aparato represivo del Estado⁸³⁴.

⁸³¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, y TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La reforma de la ejecución...* op. cit., p. 22; FUENTES OSORIO, José Luis. "Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP". En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. nº 1, 2011, pp. 9-11.

⁸³² MOLINA GIMENO, Francisco Javier. "El período de seguridad: individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de penas graves". En: *Diario La Ley*. nº 6966, 2008; FUENTES OSORIO, José Luis. "Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP". En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. nº 1, 2011, pp. 9-11.

⁸³³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 12-13.

⁸³⁴ Esta deriva hacia la retribución a costa de la resocialización recuerda, aunque en sentido contrario desde el punto de vista de la evolución legislativa, el sentimiento que generaba en la sociedad la

La reforma operada por la LO 7/2003 en la ejecución de la pena privativa de libertad se incardinaría así, en opinión de FARALDO CABANA⁸³⁵, dentro de las tendencias a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho Penal de enemigo para el terrorismo y la delincuencia organizada, que entiende carente de legitimidad y que no sirve para nada en términos preventivos, salvo que por tal concepto se entienda inocuidad o retribución, constituyendo además un engaño a la ciudadanía, amparado en el espíritu de venganza ante la impotencia ante los atentados terroristas y el miedo.

Conviene recordar, como señala IGLESIAS RÍO⁸³⁶, que “la línea direccional que anima al Derecho penal del enemigo es la consecución máxima de seguridad, de prevención general frente a futuros peligros o, simplemente, respecto a colectivos con un pronóstico de riesgo hipotéticamente tan elevado como para convertirse en una severa amenaza para los cimientos que sustenta la estructura del Estado de Derecho, en el sentido asumido por el programa axiológico vigente en las culturas occidentales”. Se crearía así la categoría del enemigo o la del combatiente enemigo, englobando también el contorno desdibujado del grupo u organización peligrosa en la que se integra o relaciona.

Sin embargo, continúa este autor, “la experiencia demuestra, sin embargo, que el Derecho penal no dispone de soluciones tan milagrosas como para poder cumplir ese objetivo de eliminar el crimen, probablemente ni siquiera en términos preventivos, con independencia de que, como se ha dicho, pueda disponer de mecanismos interesantes para contribuir a una especie de «paz psicosocial». A menudo incluso se trata de reclamar medidas expeditivas para reaccionar frente a miedos irracionales que flotan en el subconsciente comunitario frente al delito o al infundado o exagerado temor reverencial de ser víctima de la delincuencia, que no se corresponde con la realidad”⁸³⁷.

Se daría así con relación a las consecuencias del delito una tendencia al abandono del postulado constitucional de resocialización en aras de planteamientos defensistas en interés del Estado, con una potenciación de la prevención general positiva y la inocuidad del delincuente⁸³⁸.

Aunque se entienda legítimo por parte del legislador la recepción de los fines de retribución y prevención general en el diseño de la pena, pues la respuesta penal no

situación anterior a la recepción de la fijación del límite máximo de cumplimiento en el caso de la acumulación material de penas. Así, señala Ortega Matezanz, que la imposición de penas ilusorias y absurdas, de imposible ejecución fue en su momento causa de un significativo desprestigio de la ley y de los tribunales encargados de aplicarla. En ORTEGA MATEZANZ, Alfonso. *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*. Madrid: Reus, 2022, p. 240.

⁸³⁵ FARALDO CABANA, Patricia. “Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”. En: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, dir. FARALDO CABANA, Patricia, coords. PUENTE ALBA, Luz María, y BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 317.

⁸³⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. “Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del Derecho Penal preventivo y de la seguridad. Un nuevo ejemplo en el anteproyecto de reforma del CP de 2010”. En: *Revista de Derecho Penal*, nº 39, 2013, p. 2.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁸³⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. “Rearme punitivo en la moderna sociedad del riesgo. Garantismo versus utilitarismo. Los casos paradigmáticos de la lucha frente al terrorismo y la criminalidad organizada”. En: *Revista General de Derecho Penal*, nº 17, 2012, p. 14.

satisface un fin único⁸³⁹, ni es una exigencia del art. 25 CE atender únicamente al fin resocializador⁸⁴⁰, el principio de seguridad jurídica no implica sino previsibilidad en cuanto a los efectos de la norma, su aplicación, lo cual no es sino el diseño que se recoge del cumplimiento de la pena privativa de libertad en la ley penitenciaria y el Código Penal, este último en cuanto a que regula la última fase de ejecución de la pena, la libertad condicional, hoy como forma de suspensión. Ligar la previsibilidad de una forma de vida u otra al régimen carcelario de cumplimiento, es olvidar que el régimen de vida abierto, el que corresponde al tercer grado, es también cumplimiento en sentido estricto.

Quizás aquí la ley, con la invocación de la seguridad jurídica para justificar la reforma, lo que quiere potenciar es que el ciudadano deba poder saber a priori el grado de aflicción de la pena en cada momento, esto es, el quantum retributivo que el comportamiento infractor merece en las diversas etapas del cumplimiento; pero ello excede de tal principio, pues la ley ya recoge los efectos de la pena, las variables que operan en cada espacio a la hora de clasificar, cosa distinta es que los resultados puedan ser más o menos duros en función de ellas. La norma establece que valores han de ponderarse a la hora de la clasificación, que es lo que ampara la seguridad jurídica, pero no un resultado concreto en cada caso. Ciertamente se puede reclamar una objetivación de ellos, de los factores a considerar, pero afirmar que hay mayor seguridad jurídica ponderando el dato puramente cronológico, lo cual no es más que una opción del legislador, no quiere decir que aquella esté excluida en otro diseño. En definitiva, se confunde seguridad jurídica con taxatividad en los tiempos, con la certeza cronológica.

5.3.2 Desconfianza en los operadores jurídicos

Tras la reforma, afirma SOLAR CALVO⁸⁴¹, subyace una clara desconfianza hacia la labor de la Administración penitenciaria, que se refleja en la *Exposición de Motivos* de la ley en tanto que invoca como una de las razones para introducir esta institución el de dotar al sistema de mayor seguridad jurídica al cumplimiento penal, otorgando a los ciudadanos una mayor certeza a la hora de conocer de la ejecución de las penas que previsiblemente se les impondrían de cometer algún delito, aspecto en el cual redunda el Informe del Consejo General del Poder Judicial al *Anteproyecto de la Ley* cuando recoge que aquel ampara la necesidad de que los ciudadanos confíen en el sistema

⁸³⁹ SSTC 19/1988, de 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19); 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150); 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119); 18/1988; 28/1988, de 23 de febrero (ROJ: STC 28/1988 - ECLI:ES:TC:1988:28); 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); y 120/2000, de 10 de mayo (ROJ: STC 120/2000 - ECLI:ES:TC:2000:120).

⁸⁴⁰ La STC 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150), señala que el art. 25 CE no resuelve la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles, prevención especial, retribución, reinserción, etc., que se haya optado por una concreta función de la pena.

⁸⁴¹ SOLAR CALVO, María del Puerto. "Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario". En: *Diario La Ley*. nº 7238, 2009.

penal y en su ejecución. Cabe concluir que se supone que los ciudadanos desconfían del sistema penal, siendo necesario introducir mecanismos para que la Administración penitenciaria no sea en exceso discrecional a la hora de ejecutar las penas en cuanto a la concesión de los terceros grados, cuando no una panacea frente a la delincuencia. Este planteamiento olvida que la decisión administrativa cuenta con numerosos filtros administrativos (Junta de Tratamiento y Centro Directivo) y judiciales (Ministerio Fiscal, Juez de Vigilancia Penitenciaria y juez o tribunal sentenciador). Si lo que se pretende es reforzar la confianza de los ciudadanos en el sistema penal, la introducción de los periodos de seguridad con tal fin no pasa de ser algo puramente simbólico, por lo que, si realmente se quisiera lograr tal objetivo, lo que habría que hacer es dotar de recursos al sistema en orden a garantizar rápida y adecuadamente a víctima e infractores. Amén que si lo que se pretende es reducir la criminalidad, ello no se logra con dificultar el acceso a la resocialización, la cual se logra mejor incidiendo en la problemática de cada individuo.

Por su parte, FUENTES OSORIO⁸⁴² considera que con la intervención judicial, primero del sentenciador, fijando o no el periodo de seguridad, y luego del Juez de Vigilancia Penitenciaria o de nuevo del sentenciador, resolviendo los recursos en materia de clasificación, se pretenden ejercer un mayor control sobre la Administración penitenciaria, en cuya discrecionalidad se desconfía; someter sus decisiones al control judicial al cual se le presupone más preocupado por necesidades de prevención general, por los sentimiento de justicia de la opinión pública y necesidades retributivas requeridas en el caso, que por cuestiones resocializadoras.

Pero esa desconfianza hacia la Administración penitenciaria se proyecta también sobre su juez nato, el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Parece que, en cierto sentido, se piensa que el juez sentenciador, a la hora de imponer la pena, va a ser mucho más celoso y respetuoso con lo que se entiende que es el cumplimiento íntegro de la pena de lo que pueda ser la Administración y el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Como si por la distancia que marca la sala donde tiene lugar el juicio, con relación a las estancias de la prisión, fuera también una barrera invisible entre la prevención general y retribución, por un lado, y, por otro, la idea resocializadora. Se deja entrever la idea de que el contacto profesional con uno u otro espacio decantaría la ideología, entendida aquí como toma de posición, a favor de uno u otro fin de la pena. No sería así el temor al conocimiento y la formación jurídica, sino un especial sentimiento que el legislador intuye subyace tras la actuación de ciertos operadores jurídicos, lo que se trata de hacer inocuo.

Esta misma idea está claramente presente en otro apartado de la reforma operada por la LO 7/2003, cuando modifica la DA 5ª LOPJ y atribuye carácter suspensivo a la interposición del recurso de apelación en materia de clasificación o libertad condicional, en cuando se trata de condenas por delitos graves y la resolución recurrida pueda dar lugar a la excarcelación. Pero no era nada nuevo, pues la anterior reforma del Código Penal por LO 5/2003 ya había exteriorizado la idea con la creación del Juzgado Central de Vigilancia, al cual iba a corresponder el conocimiento de una materia especialmente sensible, entre otras, la ejecución de la condenadas por delitos

⁸⁴² FUENTES OSORIO, José Luis. "Sistema de clasificación... op. cit., pp. 14-15.

de terrorismo. Todo ello, cuando poco tiempo antes se había clarificado la competencia objetiva para el conocimiento de los recursos de apelación en materia de clasificación, que se había radicado, ya definitivamente, en los tribunales sentenciadores⁸⁴³. Se piensa así, aunque no se diga a las claras, que el sentenciador es más defensor de su pena frente a un eventual vaciamiento por el parte del Juez de Vigilancia, en primer lugar y, eventualmente, por la Administración penitenciaria⁸⁴⁴.

5.3.3 Ataque al sistema de individualización científica

La LO 7/2003 supone un cambio claro de tendencia respecto de la línea individualizadora que supuso la ley penitenciaria y que culmina con el Reglamento de 1996; modelo de ejecución de la pena privativa de libertad que respondería a un sistema progresivo, en la variante de individualización científica, en el que prima el fin resocializador, de forma que son las circunstancias del interno las que determinan su clasificación y no el paso obligado por cada uno de los grados.

Frente a ese diseño, surgirían las objeciones derivadas de la prevención general y la retribución, de las que derivan la exigencia de unos periodos mínimos de tiempo para poder acceder a los beneficios, planteamiento que ya el Código Penal, en su redacción original, recoge en la libertad condicional. Pero es desde la LO 7/2003, que introduce los periodos de seguridad para acceder al tercer grado, cuando se desarrolla un proceso desnaturalizador del modelo progresivo científico, que culmina con la LO 1/2015 y la acogida en nuestro ordenamiento de la pena de prisión permanente revisable⁸⁴⁵.

Mientras que en el sistema general de cumplimiento la duración de la pena era un elemento subordinado al juicio sobre la personalidad y la evolución del interno, con la introducción de los periodos de seguridad aquella se convierte en el criterio fundamental, pasando la evolución del sujeto a un segundo plano⁸⁴⁶.

Ha de matizarse, no obstante, que la duración de la condena es un condicionante en instituciones penitenciarias claves; a saber, permisos, clasificación inicial (art. 104.3 RP) y libertad condicional, figuras todas ellas que toman como punto de partida y presupuesto un determinado grado de cumplimiento de la condena.

Los periodos de seguridad suponen apartarse en cierta forma del llamado sistema de individualización científica del art. 72.1 LOGP, sistema en el cual, a diferencia

⁸⁴³ Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, luego recogido en la STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111).

⁸⁴⁴ El Tribunal Supremo, sin embargo, en esta cuestión es más franco que el legislador, pues claramente reconoce y afirma el papel de defensor de la condena por parte de quien la impuso, siendo claro ejemplo de ello sus AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*).

⁸⁴⁵ FUENTES OSORIO, José Luis. "Periodos de cumplimiento mínimo... op. cit., p. 126.

⁸⁴⁶ FUENTES OSORIO, José Luis. "Sistema de clasificación... op. cit., p. 7.

del peso que el tiempo de cumplimiento tiene en los sistemas progresivos, aquel es un factor más a considerar, fuera del caso de la libertad condicional⁸⁴⁷.

Así como el RP1996 significó el zenit del principio individualizador, cuyo máximo ejemplo es el principio de flexibilidad por él introducido, cuyo supremo exponente es el art. 100.2 RP, que permite adaptar los límites regimentales de cada forma de vida a las necesidades tratamentales, la introducción de los periodos de seguridad significa el comienzo del declive del sistema diseñado en el ley penitenciaria, siendo buena prueba de ello el nuevo régimen de la libertad condicional, que hasta pierde su nombre, en la reforma del Código Penal hecha por la LO 1/2015.

NISTAL BURÓN⁸⁴⁸, sin embargo, se pregunta si la Administración penitenciaria en el uso del modelo de individualización científica propio de nuestro sistema de ejecución penal, flexibiliza el principio de legalidad en su vertiente de garantía ejecutiva hasta el extremo de poder incurrir, en materia tan delicada como es el cumplimiento de las penas privativas de libertad, en un evidente desconocimiento del principio constitucional de seguridad jurídica, entendido éste como el derecho del ciudadano en particular y de la sociedad en general a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas y en qué se va a traducir en la práctica la sanción impuesta, tanto en lo relativo a su duración, como a su contenido. Así entendería que la seguridad jurídica, conforme a la doctrina constitucional -SSTC 27/1981, de 20 de julio (ROJ: STC 27/1981 - ECLI:ES:TC:1981:27); 99/1987, de 11 de junio (ROJ: STC 99/1987 - ECLI:ES:TC:1987:99); 150/1990, de 4 de octubre (ROJ: STC 150/1990 - ECLI:ES:TC:1990:150); y 173/1996, de 31 de octubre (ROJ: STC 173/1996 - ECLI:ES:TC:1996:173)-, supone la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio, como derecho del ciudadano a conocer con certeza en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta, lo que impediría un modelo de ejecución penal que no permitiera establecer reglas fijas para hacer un pronóstico certero de la pena a cumplir, lo cual conecta con el planteamiento de la Exposición de Motivos de la LO 7/2003.

Si el sistema de individualización científica del art. 72 LOGP supone la asignación del grado de clasificación más acorde a las características del interno, para lo cual la duración de la condena, entre las variables de clasificación⁸⁴⁹, es un dato más; la fijación de unos periodos mínimos de tiempo para un eventual acceso al tercer grado es, en los casos en los cuales son de aplicación, una vuelta al sistema progresivo.

El único límite a la clasificación inicial en tercer grado hasta la LO 7/2003 era, el caso de los internos que no tuvieran extinguida la cuarta parte de la condena, pues en tal supuesto, aquella solo era factible una vez hubiera transcurrido el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurriera,

⁸⁴⁷ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Artículo 36... p. 509.

⁸⁴⁸ NISTAL BURÓN, Javier. "El principio constitucional de seguridad jurídica. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal". En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 743, 2007.

⁸⁴⁹ Art. 102 RP fija como tales: la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

Es también la LO 7/2003 la que va a dar otra vuelta de tuerca al sistema y va a introducir un nuevo requisito para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, estar al corriente en el pago de las responsabilidades civiles, concepto que en su literalidad entrañaba un serio riesgo, de dar vida a la antigua prisión por deudas, por lo que ha de ser entendido en el sentido de capacidad de pago.

La ubicación del periodo de seguridad en un precepto relativo a la duración de la pena como es el art. 36 CP, involucrando al Código Penal en una materia penitenciaria, resulta criticable, además de suponer un retroceso al sistema progresivo y debilitar el sistema de individualización científica al permitir el desplazamiento de las variables individuales por la preferencia de la objetiva de la duración de la condena⁸⁵⁰. No solo aleja el sistema de progresión de las metas resocializadoras, sino que entra en contradicción con el principio programático del art. 72.4 LOGP que proclama que en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión⁸⁵¹.

De ahí que SANZ DELGADO⁸⁵² no dude en calificar la reforma de regresiva, pues se advierte en ella un regreso a figuras e instituciones normativas propias del siglo XIX, en esencia, a la dualidad sistema progresivo versus sistema de individualización científica de comienzos del siglo XX; esta pugna entre dos concepciones de la ejecución penitenciaria, “se trataría de una reedición de la batalla ideológica entre el sistema progresivo más rígido impulsado por Fernando Cadalso, y el tutelar correccional que inspirara Rafael Salillas, basado en métodos criminológicos, individualizadores al fin”⁸⁵³.

En esa misma línea, FERNÁNDEZ BERMEJO⁸⁵⁴ afirma que la publicación de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, supone una ruptura con la tendencia hacia la flexibilidad que se había implantado en el sistema español, un límite significativo para la individualización científica consagrada en nuestro ordenamiento, contraria a las Recomendaciones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa -la de 30 de septiembre de 1999- y, en definitiva, la reedición de instrumentos legales y de normativas vigentes dos siglos atrás ya superadas. Así, si el

⁸⁵⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., pp. 222-223.

⁸⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 185.

⁸⁵² SANZ DELGADO, Enrique. “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al Siglo XIX?”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª Época, n.º extraordinario 2, 2004, pp. 195-201.

⁸⁵³ Esa polémica se tradujo, continúa Sanz Delgado, incluso a nivel normativo, pues frente a lo dispuesto en el Real Decreto de inspiración cadalsiana de 3 de junio de 1901, el salillista Real Decreto de 18 de mayo de 1903 que el sistema militarizado propio de la Ordenanza de 1834, sería paulatinamente sustituido por el de clasificación indeterminada, entendiéndose con esto que no se ha de obedecer, en general, a preceptivas generales, como la del delito, por ejemplo, si no a la agrupación por condiciones, en virtud del estudio individual de cada penado. En contra se hallaba el régimen progresivo rígido, de periodos tasados, de inevitable periplo del interno por los establecimientos penitenciarios previstos para cada etapa de cumplimiento. SANZ DELGADO, Enrique. “La reforma introducida...” op. cit., p. 201.

⁸⁵⁴ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., p. 501; FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. “El sistema de ejecución...” op. cit., pp. 147-149.

sistema progresivo clásico llevaba implícito el concepto regimental en su forma menos maleable, el sistema tratamental se asociaba a flexibilidad y a la idea de intervención.

Puede decirse, con CERVELLÓ DONDERIS⁸⁵⁵, que con la introducción de los periodos de seguridad en el art. 36.2 CP como un requisito estrictamente temporal necesario para el acceso al tercer grado, se ha dañado seriamente la idea de un sistema penitenciario caracterizado por la ausencia de requisitos temporales que pretende apoyarse en las características individuales del sujeto, al tiempo que supone un retroceso hacia un sistema penitenciario más objetivo y rígido que el propugnado por la Ley Orgánica General Penitenciaria en 1979, novedad que potenciando el automatismo de los datos temporales margina los pronósticos de conducta y expectativas de reinserción social diseñados por el Equipo Técnico. La incorporación de los periodos de seguridad en el sistema penitenciario español terminaría así con un sistema de individualización científica que tenía como piedra angular la progresión y regresión de grado con criterios científicos y en el que, sin embargo, a partir de la LO 3/2007, se da preferencia a criterios objetivos basados exclusiva y preferentemente en la duración de la condena impuesta, por más que admita excepciones de las que se excluye expresamente al terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Cabe aquí traer a colación el pensamiento de PAVARINI y MOSCONI⁸⁵⁶ cuando, con relación a las influencias retributivas de la proporcionalidad, afirman que cuando se traslada a la ejecución con la finalidad de unificar la modalidad de cumplimiento de forma generalizada, la consecuencia más inmediata es que se descuida la necesaria individualización a tener en cuenta en la ejecución penitenciaria, lo que también ocurriría con el nuevo retribucionismo que representa la prevención general positiva, ya que cuando la pena sirve para reafirmar la vigencia de la norma, se utilizan reformas legislativas que, bajo el pretexto de mejorar la confianza en la justicia, la cohesión social y el sentimiento de seguridad, no cesan de prolongar la privación de libertad, bien a través de penas propiamente largas de prisión, como de la creación de figuras que prolongan la estancia en prisión mediante la interposición de obstáculos a la excarcelación, prácticas todas ellas que son una forma de reducir la flexibilidad de la pena a través de tratamientos penitenciarios diferenciados aplicados de forma generalizada.

Y ello, como sostiene CERVELLÓ DONDERIS⁸⁵⁷, frente a la intervención individual sobre el sujeto privado de libertad a través de la eficacia educativa e integradora de la pena, en cuyo caso las actuaciones directas sobre el condenado se guían por la finalidad de facilitar un cumplimiento más humano de la prisión capaz de valorar la evolución positiva del sujeto, si bien con el riesgo de una ejecución abierta e

⁸⁵⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "La clasificación en tercer grado como instrumentos de resocialización". En: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario, Estudios de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ, nº84, 2005, p. 7; CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria". En: *La Ley Penal*. nº 8, 2004.

⁸⁵⁶ PAVARINI, Massimo/MOSCONI, Giuseppe. "Discrecionalidad del poder penitenciario; la flexibilidad de la pena en la fase ejecutiva en la actividad de los Tribunales de Vigilancia". En: *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales*. nº 11-12, 1998; en el mismo sentido, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Individualización garantista... op. cit., pp. 221-222.

⁸⁵⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Individualización garantista... op. cit., pp. 221-222.

indeterminada con referente en la peligrosidad criminal y el consiguiente riesgo de las garantías individuales ante una recuperación del encierro prolongado como instrumento dirigido a evitar contacto con el medio social.

Con la LO 7/2003, expone SOLAR CALVO⁸⁵⁸, el sistema retoma tintes del sistema progresivo que se creía superado con la Ley Orgánica General Penitenciaria, la cual supuso una nueva forma de entender la ejecución de la pena privativa de libertad, en la cual la condena es un factor de relevancia a tener en cuenta, pero en conjunto con otros ligados a los recursos de los que carecen los internos y el tiempo que se estima necesario para que éstos los adquieran, todo ello en un sistema flexible que incluye una cierta progresión en el retorno a la vida social, al permitir que la evolución se pautе según la propia situación y evolución del condenado. Afirmar con carácter general que las condenas más graves se reduzcan a tan solo unos meses de cumplimiento efectivo debido a una premura excesiva en la concesión del tercer grado es desconocer el sistema de ejecución y desvirtuar absolutamente el sentido de la norma y las posibilidades que ofrece, pues la cuantía de la pena es una parte muy importante en la valoración que se realiza en la clasificación.

Desde el punto de vista sociopolítico, ANTÓN-MELLÓN, ÁLVAREZ y ROTHSTEIN⁸⁵⁹ sitúan las reformas del periodo 1995-2014 en el populismo punitivo, que sería la respuesta neoliberal/neoconservadora a problemáticas sociales cuya solución pasa por criminalizar la pobreza, individualizar las problemáticas y adoptar estrategias punitivas y represivas. El enfoque populista despolitizaría las problemáticas sociales, adoptando unos criterios tecnocráticos, penalizadores y judicializadores que solo tendría en cuenta los efectos, velando las causas, atribuyendo al Derecho Penal un carácter mágico y balsámico que no tendría y reforzando el *status quo* social y económico existente. En ese contexto, las reflexiones políticas de los partidos mayoritarios se basarían en una lógica de endurecimiento de las penas, en aras a obtener réditos electorales y apaciguar a la opinión pública, consternada por crímenes mediáticos de especial crueldad.

Curiosamente, frente a la anterior exposición que conecta la figura de los periodos de seguridad con planteamientos aparentemente de corte conservador, sin embargo, el pensamiento político de signo contrario, izquierda radical⁸⁶⁰, los asume plenamente como propios, siendo su mejor exponente el reciente *Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (2020), el cual recogía una modificación del art. 36.2 y 3 CP -que no llegó a aprobarse, al ser suprimida en el Senado-, endureciendo no ya el acceso al tercer grado y a la libertad condicional en los delitos sexuales sobre menores, ampliando los supuestos a los cuales era aplicable, sino que yendo más allá de la LO 7/2003, elevaba el requisito del grado de cumplimiento para acceder a los permisos penitenciarios hasta la mitad de la condena, lo cual es el mayor exponente, no ya del retribucionismo, que también, sino

⁸⁵⁸ SOLAR CALVO, María del Puerto. "Consecuencias... op. cit.

⁸⁵⁹ ANTÓN-MELLÓN, Juan, ÁLVAREZ, Gema, y ROTHSTEIN, Pedro. "Populismo punitivo en España... op. cit., pp. 13-36.

⁸⁶⁰ <https://podemos.info/medida/ley-de-proteccion-integral-frente-a-todas-las-formas-de-violencia-contra-ninos-ninas-y-adolescentes/> [Consulta 24/05/2021].

puro populismo punitivo, bajo la excusa de protección a un sector de la población especialmente débil⁸⁶¹. O más recientemente, con ese mismo origen ideológico, el *Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*⁸⁶², el cual en ciertas tipologías -delitos sexuales con víctimas menores-, pretendía vetar el acceso al tercer grado a aquellos condenados que no hayan superado el programa de tratamiento para condenados por agresión sexual.

Quizás el origen de estas corrientes de pensamiento sea el que mencionan los autores antes citados, pero en realidad es el espíritu del ideario político-penitenciario común de nuestro tiempo, con independencia de sesgo ideológico, el cual, desde una profunda hipocresía, sigue pregonando unos principios que toman como eje la reinserción, pero que, en los concretos puntos de atención o interés de cada grupo ideológico, se tornan en puro y desnudo ejercicio punitivo.

5.4 Naturaleza

ANDRÉS LASO⁸⁶³ considera que las disposiciones sobre los periodos de seguridad se encuadran dentro 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, de ahí que hubiera sido más conveniente que esta disposición se hubiera establecido en la ley penitenciaria.

Sin embargo, el Tribunal Supremo⁸⁶⁴ se ha decantado por entender que aquellos tendrían un carácter material, que afecta al contenido punitivo de la pena, en tanto que suponen una forma más gravosa de cumplimiento, de lo cual solo cabe su consideración, en cuanto a la vigencia temporal, con referencia a la normativa en vigor en el momento de la comisión.

Tal planteamiento es discutible, pues ese mismo órgano ha venido sosteniendo que la clasificación, en la que se encuadran los periodos de seguridad, es materia de ejecución de penas⁸⁶⁵, por lo que, si es así, la normativa aplicable sería la vigente en el momento en que se aplica y no la del tiempo de la comisión del hecho. Como lo es para el abono de prisión preventiva, la sustitución y suspensión de condenas, el pago fraccionado de multas⁸⁶⁶. El TEDH⁸⁶⁷, por su parte, también hace tal distinción, de forma

⁸⁶¹ En sentido igualmente crítico con el Proyecto, en RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., pp. 150-157.

⁸⁶² Disposición Final Cuarta. Uno. Texto Publicado el 26 de julio de 2021 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

⁸⁶³ ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., p. 351.

⁸⁶⁴ STS 748/2006, de 12 de junio (ROJ: STS 4583/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4583).

⁸⁶⁵ Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, luego recogido en la STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111).

⁸⁶⁶ ATS 823/2014, de 8 de mayo (ROJ: ATS 4581/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4581A); y STS 22/2015, de 29 de enero (ROJ: STS 127/2015).

⁸⁶⁷ STEDH de 21 de octubre de 2013, *asunto Del Río Prada c. España* y las que en ella se citan, especialmente en los apartados 83 y 84.

que entiende que cuestiones como la libertad condicional quedan al margen del concepto de *pena*.

De todas formas, el obstáculo que suponen los periodos de seguridad para la correcta individualización del tratamiento en los casos concretos tiene una puerta falsa, al menos en teoría, el principio de flexibilidad del art. 100.2 RP, pues con su aplicación se permite la creación de múltiples modalidades de vida, independientemente del grado asignado el penado, en atención a la necesidad de desarrollar determinados programas, que pueden implicar salidas al exterior, al margen de las propias del tercer grado o permisos ordinarios de salida. Por eso no es de extrañar que se haya señalado que, tal principio sería una vía de escape ante los vaivenes de los cambios políticos y legislativos, permitiendo superar los estrictos límites establecidos por los actuales artículos 36.2 y 78 CP⁸⁶⁸, cuando no una fórmula más extendida, y dado que puede llegar a constituir un régimen de semilibertad muy similar al pleno, suele preferirse su tramitación, por ser su lógica más acorde con un principio de economía procedimental⁸⁶⁹.

5.5 Supuesto del art. 36.2 CP

Los periodos de seguridad se recogen en dos ámbitos, uno referente al cumplimiento general de las condenas, art. 36.2 CP, y otro, más específico, en el campo del concurso real de penas, en la acumulación jurídica del art. 78 CP, que supone la fijación de un máximo de cumplimiento en el caso de concurrir varias penas.

Por lo que se refiere a los supuestos del art. 36.2 CP, su configuración actual, en cuanto al contenido, responde en esencia a la redacción dada por la LO 5/2010, pues la LO 1/2015 lo único que ha hecho en este campo es dar una nueva configuración formal a la redacción del precepto, con motivo de la introducción de la pena de prisión permanente revisable, sin perjuicio de la especificación introducida por la LO 10/2022 para ciertos delitos de naturaleza sexual.

El art. 36. 2 CP, partiendo siempre de penas de prisión superior a cinco años, recoge dos tipos de periodos de seguridad, uno imperativo, que lleva la condena *per se*, respecto del cual no cabe exoneración posible y que se refiere a un determinado grupo de delitos: delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II; delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; delitos del Título VII bis del Libro II, cuando la víctima sea una persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección; delitos del artículo 181 y delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., pp. 142 y 174.

⁸⁶⁹ SOLAR CALVO, María del Puerto. "Consecuencias..." op. cit.

⁸⁷⁰ La elección de unas categorías delictivas en las cuales no es exonerable el periodo de seguridad supone, por un lado, una renuncia o postergación del fin resocializador en ellas y, por otro, una evidente muestra de desconfianza hacia la Administración penitenciaria y Juez de Vigilancia. En RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., pp. 148-150.

Además, en las categorías de delitos sexuales antes citadas la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no puede efectuarse sin valoración e informe específico acerca del aprovechamiento por el reo del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual. A diferencia del texto del Proyecto, se ha suprimido la exigencia de la necesaria superación del programa, con lo cual no queda claro el alcance del nuevo requisito; esto es, qué ocurre si el programa se ha realizado, pero no se han alcanzado sus objetivos, si ello es óbice para una eventual clasificación en tercer grado; o incluso si es una exigencia, en todo caso, su realización, con independencia de los resultados. Como ya se expuso al tratar la cuestión del tratamiento penitenciario, la nueva redacción pone en entredicho la voluntariedad en este elemento esencial del sistema penitenciario.

Junto a este periodo de seguridad indeclinable, está aquel otro que se circunscribe, en esas condenas a pena prisión de más de cinco años, a los casos en que potestativamente así lo impone el sentenciador, de forma que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no puede efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

Este segundo supuesto, a diferencia del primero, tiene carácter exonerable, pues el Juez de Vigilancia Penitenciaria puede acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, siempre que medie un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador.

El periodo de seguridad dimana del delito, no del conjunto de ellos, por lo cual, de existir periodo de seguridad por decisión del sentenciador, lo es respecto de aquella pena de más de cinco años de prisión respecto de la cual se establezca y no de una suma de penas de inferior cuantía que alcancen esa entidad, pues faltaría en este caso el substrato que fundamenta la aplicación del periodo de seguridad, que es la gravedad del hecho⁸⁷¹, la entidad de la conducta penada y no la reiteración delictiva⁸⁷².

A esta misma conclusión llega CERVELLÓN DONDERIS⁸⁷³ considerando, en primer lugar, que no hay referencia a la suma de penas, a diferencia del instituto de la suspensión de penas en el cual se hace expresa mención a la *pena o suma de penas* impuestas; en segundo lugar, porque el art. 193.2 RP solo menciona la unidad de ejecución a los efectos de la libertad condicional; y, en tercer lugar, porque el motivo del

⁸⁷¹ La I DGIP 9/2003 y la I DGIP 2/2004, tras la introducción del periodo de seguridad en el Código Penal seguían un criterio contrario al expuesto, pues entendían que en aquellos casos en que el penado cumplía una pena de más de cinco años o varias penas que sumadas superaban esa cuantía, bien impuestas en una misma causa, bien en distintas, no cabía la clasificación en tercer grado hasta que se superaba la mitad del cumplimiento, planteamiento que respondía al principio de unidad de ejecución. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su XIII Reunión (Valencia, 2004) adoptaron el Criterio 39 en el cual rechazaban la interpretación expuesta, considerando que el periodo de seguridad operaba única y exclusivamente en consideración a la pena superior a 5 años y no a la suma de ellas, postura que se mantuvo en las sucesivas reuniones posteriores. La Administración penitenciaria adoptó esta última postura en la I DGIP 2/2005.

⁸⁷² MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Artículo 36... op. cit., p. 510; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 142.

⁸⁷³ CERVELLÓN DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 223. En el mismo sentido, MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 125.

requisito parece ser endurecer las condiciones penitenciarias en los delitos graves, no en la suma de los menos graves.

Un tema que deja abierto el art. 36.2 CP es el momento de la adopción del acuerdo de imposición del periodo de seguridad, si necesariamente ha de ser en la sentencia condenatoria o bien si es posible en un momento ulterior, en un auto complementario antes de dar inicio a la ejecución o con posterioridad; en caso de decantarse por la primera postura, las condenas anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010 quedarían al margen, señalan NISTAL BURÓN y FERNÁNDEZ BERMEJO⁸⁷⁴.

Si se entiende, como se ha expuesto, que el acto de fijación del periodo de seguridad es un paso más en el momento de concreción judicial de la pena, es en el dictado de la sentencia donde se exterioriza la decisión al efecto, con la imposición de la condena, lo cual conecta además de una mejor manera con el propósito exteriorizado en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, la certeza y seguridad jurídica que se pretende comunicar al ciudadano. Es además la mejor solución si tras el periodo de seguridad se quiere ver una especial potenciación de los principios retributivos y de prevención general. Pero si es la peligrosidad criminal del reo lo relevante, determinar aquella en el momento conformador de la voluntad del tribunal al imponer la condena en la sentencia, no parece tan sencillo con los datos que se pueden haber revelado en el acto del juicio, salvo que la peligrosidad que quiera extraer solo y exclusivamente de los datos objetivos fácticos y de la tipología delictiva. Por ello podría considerarse un momento posterior y completarse la sentencia con la ulterior resolución motivada.

Esta última postura es rechazada por el Tribunal Supremo⁸⁷⁵, el cual entiende que es el momento del dictado de la sentencia cuando el tribunal en atención la realidad del hecho cometido y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad y atento también a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del reo disponga un modelo de ejecución y de cumplimiento de la pena, pues es en ese momento cuando tiene todos los elementos precisos para conformar la pena y su modo de ejecución.

5.6 Supuesto del art. 78 CP

Junto al supuesto del art. 36.2 CP, está el del art. 78 CP, el cual dispone que si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 76.1 CP -el triple de la pena más grave impuesta- 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.

Tras este aparente juego de palabras del legislador se esconde, en los casos más graves, la negación, aunque no se diga, de toda posibilidad de acceso a permisos,

⁸⁷⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 628.

⁸⁷⁵ STS 336/2021, de 22 de abril de 2021 (ROJ: STS 1385/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1385).

beneficios penitenciarios y libertad condicional, pues los requisitos cronológicos previstos en la normativa específica serían de imposible cumplimiento al ser la vida un bien limitado en el tiempo. Así, por ejemplo, si la condena fuera de 400 años de prisión, con un límite del 76.1 d) de 40 años, el acceso a permisos sería factible a los 100 años; y a los 300 años para la libertad condicional.

La negación o restricción de beneficios penitenciarios que recoge el art. 78 CP en función de la duración de la condena sería un ejemplo de una ejecución penitenciaria basada en el modelo retributivo el cual se caracteriza por incluir estrategias restrictivas de derechos de forma generalizada, sin atender a las características individuales de cada interno, lo cual supone además de una invasión de lo penal en lo penitenciario, con predominio de la retribución sobre la resocialización, el hacer depender instituciones penitenciarias de puros criterios objetivos, como lo es el tiempo de cumplimiento o la naturaleza del delito, lo cual es más propio del enjuiciamiento que de la ejecución, lo cual trae como consecuencia la consideración de esta última de una forma estática⁸⁷⁶.

Lejos quedan ya los pronunciamientos del Tribunal Supremo⁸⁷⁷ sobre la necesidad de establecer, por principios humanitarios y grave obstáculo para los fines de reeducación y reinserción social, límites temporales en los casos de sanciones múltiples que pudieran dar lugar a condenas excesivas.

Y frente a argumentos de Derecho Comparado, con relación a la invocación de la existencia en otros países europeos de la cadena perpetua, recuerda CERVELLÓ DONDERIS⁸⁷⁸ que la misma responde más al Derecho Penal simbólico en el que la prevención general positiva auspiciada por la alarma social desplaza a la prevención especial, pues en ellos tal figura está vinculada a la posibilidad de su remisión bien a través de la libertad condicional o del derecho de gracia con unos plazos muchos más cortos que en nuestra normativa.

Especial problema plantea la mención que hace el art. 78.1 al tercer grado, pues aquel no tiene entre sus requisitos específicos ninguno de carácter cronológico, a diferencia de los otros institutos mencionados, salvo en los casos de condenas con periodo de seguridad del art. 36.2 CP, lo cual va a dar lugar a serios problemas interpretativos.

Con carácter previo, primeramente, hay que partir de la problemática de la acumulación jurídica del art. 76 CP, precepto en el que no se hace referencia alguna a los periodos de seguridad del art. 36.2 CP. En el caso de concurrir varias penas con periodos de seguridad del art. 36.2 CP, dado que estamos meramente ante un límite de cumplimiento que no afecta a la individualidad de las penas *per se* acumuladas⁸⁷⁹, cabe

⁸⁷⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Individualización garantista... op. cit., p. 225.

⁸⁷⁷ SSTS 1656/1998, de 21 de diciembre (ROJ: STS 7801/1998 - ECLI:ES:TS:1998:7801); 1041/1999, de 23 de junio (ROJ: STS 4470/1999 - ECLI:ES:TS:1999:4470); 958/2001, de 18 de mayo (ROJ: STS 4086/2001 - ECLI:ES:TS:2001:4086); 343/2001, de 7 de marzo (ROJ: STS 1805/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1805), entre muchas.

⁸⁷⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "Los nuevos criterios... op. cit.

⁸⁷⁹ SSTS 197/2006, de 28 de febrero (ROJ: STS 753/2006 - ECLI:ES:TS:2006:753) y 924/2006, de 29 de septiembre (ROJ: STS 6982/2006 - ECLI:ES:TS:2006:6982); ATS 707/2007, de 29 de marzo (ROJ: ATS 4024/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4024A).

considerar como primera opción que el periodo de seguridad a considerar será la suma aritmética de los individuales periodos de seguridad. Esta solución puede llevar a que aquel requisito temporal para acceder al tercer grado incluso supere el cronológico de la libertad condicional o el total del cumplimiento, cuanto más, el de los permisos.

FUENTES OSORIO⁸⁸⁰, frente a ello, como opción más beneficiosa para el reo propone entender que en esos casos el límite máximo de cumplimiento que fija el art. 76 CP es la referencia, cuya mitad, como límite, lo sería en el periodo de seguridad.

Un primer óbice a tal interpretación, es la letra del art. 76 CP, que no contiene la más mínima referencia a los periodos de seguridad, antes bien se refiere al tiempo de efectivo cumplimiento; y un segundo obstáculo, este de naturaleza jurisprudencial, es que si la acumulación jurídica no es sino un límite de cumplimiento que no afecta a la individualidad de las penas, si se quiere ser coherente, ante la falta de toda otra previsión, habría que entender que se mantienen las penas tal y como son, con sus periodos de seguridad sin más, aunque lleve a situaciones sorprendentes. Pero es que, a lo mejor, es lo querido por el legislador, pues ya hemos visto que es factible la existencia de supuestos de hecho de imposible cumplimiento por mor de la naturaleza humana, su finita proyección en el tiempo.

Pero si problemática es la situación que resulta de la mera consideración de los arts. 36.2 y 76 CP, cuando se pone en relación con el art. 78 CP, el tema se complica aún más, pues dada su redacción, caben nuevos puntos de vista, según los casos.

La primera situación surge con relación a que ninguna pena de las consideradas a la hora de llevar a cabo la acumulación jurídica tenga periodo de seguridad del art. 36.2 CP, bien porque sean penas en las que por sí no quepa, bien porque siendo factible cuantitativamente, no sean supuestos de carácter imperativo y el tribunal haya optado por no hacer uso de su facultad. En este caso, aunque la previsión del art. 78 CP despliegue sus efectos, aunque resulte una pena límite de cumplimiento superior a cinco años, es irrelevante, pues ya se dijo que el periodo de seguridad trae causa en el delito en sí, no en la suma de penas. No habría periodo de seguridad para acceder al tercer grado, aunque sí lo hubiera para acceder a los permisos y a la libertad condicional, lo cual ciertamente suena extraño.

Un segundo supuesto sería el de la acumulación jurídica de penas que individualmente, una o varias de ellas, tengan periodo de seguridad del art. 36.2 CP, surgiendo la duda ahora en atención a la referencia que el art. 78 CP hace al tercer grado.

Esta referencia pudiera interpretarse en el sentido de que solo si se hace uso de la facultad del art. 78 CP ese requisito cronológico que supone el periodo de seguridad del art. 36.2 CP subsiste, pues es impensable que el legislador no sepa que ese es el único supuesto en el cual hay una referencia de tal clase. Si bien este planteamiento parece el más acorde con la literalidad del precepto, lleva a resultados absurdos, pues daría lugar a que los supuestos legalmente de mayor gravedad tuvieran un trato penitenciario más leve que los de mayor entidad. Piénsese un supuesto en el cual concurren tres penas de seis años con periodo de seguridad, daría lugar a una pena de

⁸⁸⁰ FUENTES OSORIO, José Luis. "Sistema de clasificación... op. cit., p. 20.

dieciocho años con un periodo de seguridad de nueve años, mientras que veinte condenas de seis años con periodo de seguridad, límite de cumplimiento dieciocho años, si no se hace uso de la facultad del art. 78 CP, conforme a esta interpretación, no tendría periodo de seguridad. Por otro lado, tampoco respetaría esta tesis la individualidad de la pena que persiste a pesar de la acumulación y olvidaría que el periodo de seguridad forma parte de la propia pena, de su contenido aflictivo, tal y como se dijo al hablar de su naturaleza.

Como alternativa a los planteamientos anteriores, con relación a este supuesto, puede considerarse que, si no se ha hecho uso de la facultad que confiere el art. 78 CP, el tema se reconduce a lo expuesto al hablar de la relación entre el art. 36.2 y 76 CP; esto es, entender que hay que considerar o bien la suma de los periodos de seguridad o bien el límite de la mitad del cumplimiento máximo.

Pero si el órgano judicial ha hecho uso de su facultad del art. 78 CP, tendríamos que la solución no difiere de la anterior si nos decantamos por entender que procede la suma de los periodos de seguridad⁸⁸¹; pero en este caso el planteamiento de un eventual límite del periodo de seguridad a la mitad del máximo de cumplimiento no sería aceptable, pues el art. 78 CP habla claramente de totalidad de las penas.

5.7 Aplicación del régimen general de cumplimiento

Dado que como consecuencia de las prescripciones legales relativas a los periodos de seguridad puede resultar condenas sumamente largas, es por lo que, para salvar la eventual inconstitucionalidad por no satisfacer la pena los fines de reinserción del art. 25 CE, se introduce un mecanismo de revisión, si bien con alcance limitado, pues solo se refiere a los supuestos de periodo de seguridad potestativos, no a los imperativos, que son indeclinables.

En el caso del art. 78 CP, por la mayor intensidad que tiene el periodo de seguridad, si no se hubiera previsto, en todo caso, la posibilidad de exoneración de aquel por motivos del tratamiento penitenciario, su introducción de en el Código Penal podría haber sido tachada de inconstitucional por atentar contra el principio resocializador del art. 25 CE, ya que, en algunos casos, haría ilusorio aquel al convertir de facto la pena de prisión en una reclusión perpetua⁸⁸².

Esta facultad de retorno al régimen general de cumplimiento atribuida al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria trata de mantener, fuera de los supuestos de indeclinable cumplimiento, la vigencia del sistema de individualización científica, presentado a dicho órgano judicial como garante de aquel, al residir en él la aplicación de uno u otro régimen de cumplimiento⁸⁸³.

⁸⁸¹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., pp. 172-173.

⁸⁸² *Ibidem*, p. 723.

⁸⁸³ MOLINA GIMENO, Francisco Javier. "El período de seguridad..." op. cit.

La elección de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en este caso resulta plenamente acertada, pues es el órgano encargado de la ejecución penal, concededor del ámbito penitenciario y los diversos operadores, internos y órganos administrativos⁸⁸⁴.

Destaca MIR PUIG (Carlos)⁸⁸⁵ que en estos casos el Juez de Vigilancia, no actúa como es ordinario en clasificación penitenciaria, en vía de recurso, sino que puede intervenir activamente ponderando los casos particulares en que quepa el régimen general de cumplimiento, por lo cual cabe hablar de un control previo de jurisdiccionalidad y no a posteriori.

De esta forma el Juez de Vigilancia, con los mismos parámetros que en el caso del art. 36.3 CP, como en el 78 CP, puede acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento. Es la evolución tratamental del condenado la que va a determinar la exoneración del periodo de seguridad, evolución que en la letra de la ley se define como un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorar las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador.

Esta idea del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social la toma el legislador del régimen que tenía la libertad condicional antes de la LO 1/2015, pronóstico que nominalmente se ha eliminado hoy en día. El art. 90 CP, en su anterior redacción, contenía tal mención con referencia al art. 67 LOGP, que sigue en vigor, el cual establece que concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá 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. Aquí pues, hay que considerar que estamos en un momento previo, no ya a la libertad condicional, antes bien al acceso a un posible régimen de vida en semilibertad, por lo cual esa evolución positiva toma como miras una posible futura progresión de grado, lo cual no significa que, alzado el periodo de seguridad, ello comporte necesariamente la clasificación en tercer grado, pues son momentos distintos⁸⁸⁶.

Pero esta idea del pronóstico individualizado y favorable de reinserción, que es común a los periodos de seguridad y a la libertad condicional, en su anterior regulación, genera algunas dudas interpretativas. Así GARCÍA ALBERO⁸⁸⁷ considera, con relación al art. 78 CP, que, si es un requisito de la libertad condicional, pudiera entenderse, de hacerlo coincidir con el concepto en aquella, en el sentido de no dejar margen para el acceso al tercer grado, salvo que se entienda de una manera funcional a la pretensión de progresión al tercer grado, interpretación esta última que, entiende, no se opone al tenor de la ley. Pero mayores dificultades apunta en cuanto al acceso a los permisos

⁸⁸⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 143.

⁸⁸⁵ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 125.

⁸⁸⁶ Como solución alternativa un tanto heterodoxa, cabe citar el AAP Madrid (5) 1221/2021, el cual, con relación a un periodo de seguridad impuesto al amparo del art. 78 CP, acuerda su exoneración parcial, que se limita al acceso los permisos. Susceptible de tal calificativo es también la SAP Oviedo (3) 64/2014, que haciendo uso de la facultad del art. 78 CP, excluye a los permisos del periodo de seguridad.

⁸⁸⁷ GARCÍA ALBERO, Ramón, y TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La reforma de la ejecución...* op. cit., pp. 80-81.

ordinarios de salida, pues por definición, el pronóstico de reinserción social es incompatible con la clasificación en segundo grado.

CERVELLÓ DONDERIS⁸⁸⁸ pone de manifiesto la importancia que puede tener el uso de esta potestad de exoneración con relación a los casos de adicciones de los internos en orden a posibilitar el acceso a las Unidades Extrapenitenciarias del art. 182 RP; esto es, poder desarrollar un tratamiento de deshabituación fuera del centro penitenciario, de modo que, si las expectativas de reinserción son altas por el compromiso del interno, dado que la exigencia del pronóstico individualizado de reinserción solo puede conseguirse tras el tratamiento de deshabituación, debe ser un factor relevante a considerar tanto para la Junta de Tratamiento, como para el Juez de Vigilancia.

Especial mención merece la concurrencia de este pronóstico de reinserción social favorable en el caso de los internos penados por delitos de terrorismo o en el seno de organizaciones criminales. Un primer problema es fijar el ámbito de aplicación, pues si la locución *delitos de terrorismo* no plantea problemas, definir que son *delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales* no es tan claro. Las posibilidades interpretativas, señala FARALDO CABANA⁸⁸⁹ son múltiples: ¿Solo el delito de asociación ilícita? ¿Cualquier delito que contempla esa agravación?⁸⁹⁰ ¿Cualquier delito en cuya comisión se aprecie la existencia de una organización, aunque el Código no la contemple como agravante específica?

La condena por tales conductas, en el caso del art. 36.2 CP, determina que el periodo de seguridad en tales supuestos, además de tener el carácter de imperativo, tenga la nota de no ser exonerable. Sin embargo, en el supuesto del art. 78 CP, el periodo de seguridad, si bien no tiene tales matices, esto es, es similar al eventualmente aplicable a los demás delitos, se le somete a unos plazos más dilatados en cuanto al grado de cumplimiento para el acceso al tercer grado y libertad condicional. La duda viene, en estos casos por el alcance del pronóstico de reinserción, el cual en el art. 72.6 LOGP, para acceder al tercer grado, y en el 90.8 CP, para acceder a la libertad condicional, tiene un alcance muy distinto al de las restantes tipologías, pues se exige el abandono de los fines y los medios terroristas y además una colaboración activa con las autoridades⁸⁹¹. Dado que ninguna remisión hay del art. 78 CP al 72.6 LOGP, ese pronóstico no tiene por qué coincidir con el específico del tercer grado o libertad condicional, pues el alzamiento del periodo de seguridad del art. 78 CP, con la consiguiente aplicación del régimen general de cumplimiento, tiene un alcance distinto al del art. 36.3 CP, pues aquí supone además la retirada del obstáculo legal de acceso a los permisos en su forma ordinaria, cosa que no se da nunca en aquel otro caso. Pero

⁸⁸⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "La clasificación en tercer grado... op. cit., p. 16.

⁸⁸⁹ FARALDO CABANA, Patricia. "Un Derecho Penal de enemigos... op. cit., p. 332.

⁸⁹⁰ Para RENART GARCÍA, por respeto al principio de legalidad, entiende que solo cuando el Código Penal contempla esa agravación cabe entender que estamos ante tal supuesto. En RENART GARCÍA, Felipe. *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*. Madrid: Edisofer, 2003, pp. 159-163.

⁸⁹¹ Sanz Delgado ve en esta última referencia un elemento que nos retrotrae al antecedente decimonónico la Circular de la Dirección de presidios de 15 de mayo de 1835, que premiaba de modo gracioso la delación, sirviendo demérito a los confinados para la obtención de rebajas de pena. En SANZ DELGADO, Enrique. "La reforma introducida... op. cit., p. 203.

esto no quiere decir que cuando haya que decidir sobre aquellas otras dos instituciones de mayor calado, no haya de tenerse presente sus particulares prescripciones.

No se establece legalmente, con carácter general, el transcurso de un plazo mínimo de tiempo para el eventual ejercicio de esta facultad por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes bien la oportunidad del uso de tal facultad viene dada por la concurrencia de las circunstancias que la posibilitan⁸⁹².

Se trata de una decisión, la aplicación del régimen general de cumplimiento, que, una vez tomada, no tiene vuelta atrás, no existe mecanismo alguno legalmente previsto de arrepentimiento, mas, ello no tiene por qué suponer un nuevo riesgo, pues si el sujeto experimenta una involución, es obvio que ella no va a ser contestada con una mayor margen de confianza⁸⁹³.

En el caso de los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se establece una regla especial en cuanto a los requisitos. Así atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la eventual aplicación del régimen general de cumplimiento solo será aplicable, al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena; y a la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

La exoneración del periodo de seguridad, como se ha dicho, no comporta la automática clasificación en tercer grado, es un cauce autónomo, una decisión que se adopta en función de la evolución del penado, por lo cual no es imprescindible e incluso conveniente que sea seguida de ese otro pronunciamiento. La decisión de exonerar del periodo de seguridad puede responder a una situación intermedia en el camino de la consolidación de la evolución positiva del recluso, que luego ha de seguir completándose hasta llegar un momento en el cual esté preparado para un régimen de vida en semilibertad. Sería así como una fase de prueba y al tiempo de incentivo para el interno, que de este modo empezaría a ver horizonte en el cumplimiento de su condena.

Sin embargo, el planteamiento de la Administración penitenciaria es bien otro. Así en la I SGIP 2/2005, *sobre modificación sobre las Indicaciones de la I.2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, entiende que la Junta de Tratamiento en los casos en los cuales media periodo de seguridad solo ha de actuar

⁸⁹² ORTEGA MATESANZ, Alfonso. "El cumplimiento íntegro de las penas privativas de libertad acumuladas jurídicamente en el medio carcelario: el artículo 78 del Código Penal español". En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 38, 2022, p. 43.

⁸⁹³ El Criterio 48 de los Criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del año 2009, sin embargo, señalaba que la aplicación del régimen general de cumplimiento estaba ligada a la evolución tratamental, a la propuesta concreta en orden a la progresión de grado, con lo cual cabría dejar sin efecto lo acordado en caso de involución. Este planteamiento es abandonado en los Criterios del año 2018, recogiendo expresamente el Criterio 24 -aprobado por unanimidad-, relativo a la revocación de la aplicación del régimen general de cumplimiento, que en caso de involución tratamental, no cabe la revocación de aquel.

cuando considere que el penado está en condiciones de acceder al tercer grado de tratamiento, momento en el cual ha de solicitar al Juez de Vigilancia Penitenciaria la aplicación del régimen general de cumplimiento. Se trata así al periodo de seguridad como un obstáculo legal inmediato a una eventual clasificación en tercer grado, de modo que, de acceder la autoridad judicial a la petición, automáticamente se eleva la propuesta al Centro Directivo. En esta mecánica quizás sea entendible la audiencia a Instituciones Penitenciarias, personificada ahora en el Centro Directivo, más no deja de ser anomalía admitir la dualidad de un ente con personalidad única, lo que no viene a ser sino el reconocimiento de una disfuncionalidad organizativa cuando los pareceres de Junta de Tratamiento y Centro Directivo sean disconformes⁸⁹⁴.

Si el penado estuviere en tercer grado y recayere una nueva condena que tuviere tal cautela, en los casos en los que fuere exonerable, si se considera por la Junta de Tratamiento que debe continuar en tercer grado, debe solicitar el pronunciamiento del Juez de Vigilancia. Si el Juez lo denegare o bien la condena lo fuere con un periodo de seguridad no exonerable, ha de procederse a la regresión de grado.

SOLAR CALVO⁸⁹⁵ entiende que sería más lógico, por economía procedimental, que solo una vez resuelto el expediente de progresión de grado en sede administrativa se remitiera a la autoridad judicial, pues de otra forma pueden producirse disfunciones y alargamiento innecesario del procedimiento. Con el procedimiento administrativo actual es posible que el Juez de Vigilancia aplique el régimen general de cumplimiento y luego el Centro Directivo deniegue la progresión, lo cual puede dar lugar a un segundo pronunciamiento judicial frente al eventual recurso formulado por el interno.

Es interesante en la Instrucción citada el contenido del informe específico sobre el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del interno, que contiene la valoración de sus circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador. Así, entre su contenido, puede estar la asunción o no del delito, con reconocimiento y valoración por el interno del significado de su conducta recogida en los hechos probados; la actitud respecto a la víctima, con el compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación de las consecuencias derivadas del delito; la conducta efectiva llevada a cabo en libertad, en su caso, entre la comisión del delito y el ingreso en prisión, y pruebas que la avalen; y la participación en programas específicos de tratamiento tendentes a abordar las carencias o problemas concretos que presente y que guarden relación con la actividad delictiva, así como la evolución demostrada en ellos.

Además de la vía que parece sería la más habitual, la propuesta de la Administración, nada impide que, en caso de negativa de ésta, sea el penado quien formule la queja correspondiente ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. E incluso cabe plantear si al tiempo de la formulación de un recurso en materia de clasificación es viable articular tal pedimento que se resolvería lógicamente, con la cuestión de fondo⁸⁹⁶. A

⁸⁹⁴ Esta mecánica procedimental es la que parece deducirse también del Criterio 48 de los Criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del año 2009.

⁸⁹⁵ SOLAR CALVO, María del Puerto. "Consecuencias... op. cit.

⁸⁹⁶ Este es el planteamiento del Criterio 25 de los Criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del año 2018, relativo al alzamiento del periodo de seguridad por el Juez de Vigilancia al tiempo que

favor de esta tesis está el art. 72.4 LOGP cuando dispone que en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión. Aunque los periodos de seguridad representan el declive del sistema de individualización, no parece que aquel llegue al extremo de hacer decaer el principio expuesto.

Desde el punto de vista procedimental, la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, tanto en el caso del art. 36.3 CP, como del art. 78 CP, se adopta previa audiencia del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y lo que se denomina las demás partes. La terminología empleada no puede ser más inadecuada, pues partes ante el Juez de Vigilancia solo lo son el Ministerio Fiscal y el liberado, conforme a la DA 5ª; y junto a ellos, la víctima, en los supuestos previstos en el art. 13 de la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima, a la cual se dedica un epígrafe posteriormente. Por ello, no es parte ni Instituciones Penitenciarias⁸⁹⁷, ni las demás víctimas no comprendidas en el art. 13 citado⁸⁹⁸. La impropia referencia a las demás partes ha de entenderse como una audiencia a quien fue parte en la fase de enjuiciamiento, sin que por este trámite adquiera la cualidad de parte ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria⁸⁹⁹. En cuanto a la audiencia a Instituciones Penitenciarias, la referencia no puede ser más enigmática, pues lo normal, el supuesto más común, va a ser que sea la Administración penitenciaria la que se dirija al Juez de Vigilancia mediante la correspondiente propuesta, con lo cual, en la letra de la ley, habrá que preguntarle si está de acuerdo consigo misma; y en los casos en los cuales sea el interno el que lo solicite, es obvio que el Juez de Vigilancia se va a dirigir a la Administración para que le aporte la información, con lo cual es ese el cauce a través del cual debe manifestar su posicionamiento.

5.8 Supuestos humanitarios

Contiene, por último, el art. 36.4 CP una cláusula encaminada a resolver el problema que tenía la redacción original de los periodos de seguridad, para el caso de los enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios, aspecto éste al cual nos hemos referido anteriormente al tratar la cuestión del ámbito competencial clasificatorio⁹⁰⁰.

resuelve un recurso, por entenderse que no existe impedimento legal para que en unidad de acto y concentradamente al tiempo que resuelve el recurso de clasificación, alzar el periodo de seguridad.

⁸⁹⁷ STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

⁸⁹⁸ ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A).

⁸⁹⁹ En el sentido de que la expresión *demás partes* ha de entenderse como una referencia a la víctima. En ACALE SÁNCHEZ, María. "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas". En: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, dir. FARALDO CABANA, Patricia, coords. PUENTE ALBA, Luz María, y BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 348; SOLAR CALVO, María del Puerto. "Consecuencias... op. cit.; FUENTES OSORIO, José Luis. "Sistema de clasificación... op. cit., p. 13.

⁹⁰⁰ Capítulo VII § 2.

La ausencia de toda referencia a este supuesto en la redacción de la LO 7/2003 dio lugar a que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria⁹⁰¹ tuvieran que suplir tal carencia con una interpretación teleológica, que, dada la entidad de los valores en juego, principios humanitarios, procedía entender que la existencia del periodo de seguridad no fuera en estos casos un obstáculo para acceder al tercer grado. Como señala la STC 48/1996, de 25 de marzo (ROJ: STC 48/1996 - ECLI:ES:TC:1996:48), con relación con la regulación penitenciaria de esta materia, el fin de la norma es “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”.

RODRÍGUEZ YAGÜE⁹⁰² destaca que la proscripción constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes implica la necesidad de mecanismos que permitan a los internos de edad avanzada o con un estado de salud muy precario a diferentes fórmulas que permitan su excarcelación cuando su mantenimiento en prisión no sea compatible con el principio de humanidad de las penas, lo cual conecta con el planteamiento del TEDH⁹⁰³.

6. LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN CERRADO: ART.76.2 J) LOGP

En el diseño de la Ley Orgánica General Penitenciaria, los regímenes de vida que se consideran comunes, serían el ordinario y el abierto⁹⁰⁴, frente a los cuales, surge el denominado régimen cerrado, al que se refiere el art. 10 LOGP, en el cual la seguridad y disciplina es su razón de ser. Su destinatario son los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, además de aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias anteriores. Esta forma de vida comporta serias limitaciones en las actividades comunes y una mayor intensidad en la aplicación de las medidas de seguridad tales como registros, cacheos, etc. Sirva de ejemplo, es factible incluso la restricción del uso de un medio de comunicación tan popular como la televisión⁹⁰⁵; o incluso sería admisible la ausencia de comunicaciones especiales en esta clase de internos (vis a vis íntimos), situación que se daba bajo la vigencia del RP1981⁹⁰⁶.

⁹⁰¹ Ya el Criterio 42 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su XIII Reunión (Valencia, 2004) recogían este planteamiento, que se asume en los años sucesivos, así el Criterio 51 de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su Reunión de 2009.

⁹⁰² RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “Cuando los centros penitenciarios se convierten en hospitales, psiquiátricos y asilos: aspectos regimentales y tratamientos de la gestión de la enfermedad y la ancianidad en prisión”. En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 32, 2019.

⁹⁰³ SSTEDH de 10 de julio de 2001, *asunto Price c. Reino Unido*; de 10 noviembre de 2005, *asunto Tekin Yildiz c. Turquía*; 2 de diciembre de 2004, *asunto Farbtuhs c. Letonia*; y de 14 de noviembre de 2002, *asunto Mouisel c. Francia*,

⁹⁰⁴ Art. 9 LOGP.

⁹⁰⁵ STC 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119).

⁹⁰⁶ STC 89/1987, de 3 de junio (ROJ: STC 89/1997 - ECLI:ES:TC:1997:89).

La excepcionalidad de este régimen de vida deriva no solo del mayor control y vigilancia a que se ven sometidos los internos a los cuales se les aplica, sino por la limitación de las actividades en común, de ahí que, como ha señalado el Tribunal Constitucional⁹⁰⁷, este régimen de vida ha de reservarse a aquellos supuestos en que los fines de la relación penitenciaria no pueden ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos⁹⁰⁸

El *Proyecto de Ley de la Ley Orgánica General Penitenciaria* no se recogía previsión alguna de intervención del Juez de Vigilancia en los casos de aplicación del régimen cerrado, art. 10, más allá de lo dispuesto en el apartado f) del art. 76, esto es “resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado”. Será tras una enmienda del Grupo Parlamentario de *Socialistes de Catalunya* en la cual se planteaba como competencia del Juez de Vigilancia el “aprobar el paso a establecimiento de régimen cerrado de los reclusos, a propuesta del Director del establecimiento”, con fundamento en la gravedad y perjuicios que comporta tal medida. Es el Dictamen de la Comisión el que recoge parcialmente aquella iniciativa, concretándose la competencia del Juez de Vigilancia en un conocimiento de tal aplicación⁹⁰⁹, que se refiere tanto a preventivos, como a penados. Paralelamente, el art. 10.2 LOGP contempla esa puesta en conocimiento de la autoridad judicial, si bien no dice cual, por lo que pudiera dudarse si juez/tribunal que conoce de la causa en la cual se ha adoptado la medida cautelar personal o el Juez de Vigilancia; ninguna referencia hay en el párrafo primero a tal cuestión. En todo caso ha de entenderse que el destinatario de la comunicación es el Juez de Vigilancia, conclusión a la que ha de llegarse tanto por el tenor del art. 76.2 j) LOGP, como por su configuración como garante de los derechos fundamentales de los internos, con independencia de su situación penal y penitenciaria, art. 76.1 LOGP y art. 94.1 LOPJ, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo⁹¹⁰.

Bajo la vigencia del RP1981⁹¹¹, en los art. 34 (preventivos)⁹¹² y 43.3 (penados)⁹¹³, se atribuía a la actuación administrativa en orden a la aplicación del art. 10 LOGP, inequívocamente en el primer caso, el valor de mera propuesta, pues el Juez de Vigilancia tenía que pronunciarse al respecto dando o no su aprobación. Este planteamiento del RP1981, que equipara conocimiento por la autoridad judicial a la

⁹⁰⁷ STC 143/1997, de 15 de septiembre (ROJ: STC 143/1997 - ECLI:ES:TC:1997:143).

⁹⁰⁸ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “Ley Penitenciaria y Tribunal ... op. cit., p. 828.

⁹⁰⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1981, pp. 323-325.

⁹¹⁰ ATS 29 marzo 2000.

⁹¹¹ Tras su reforma por Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo.

⁹¹² La aplicación del art. 10 LOGP a los internos preventivos, desde el punto de vista procedimental tenía dos momentos, una inicial decisión de la Junta de Régimen y Administración, la cual era provisionalmente ejecutiva en cuanto a la determinación del régimen de vida, pero no en lo relativo al traslado, si era consecuencia de aquel; y un segundo momento, previa oportunidad dada al interno de hacer alegaciones y proponer prueba, que exigía el pronunciamiento judicial, verificado el cual, si era confirmatorio, permitía realizar el traslado, si era necesario.

⁹¹³ En este caso solo se hacía a referencia la mención legal, esto es que el acuerdo del Centro directivo será comunicado al Juez de Vigilancia, sin recoger referencia alguna a la necesidad de aprobación.

necesaria aprobación por ella, es ratificada por el propio Tribunal Constitucional⁹¹⁴, el cual da el mismo tratamiento a ambos supuestos, internos preventivos y penados, con expresa referencia al art. 76.2 j) LOGP, entendiendo que la comunicación al Juez de Vigilancia lo es para que ratifique o revoque el acuerdo de la Administración, que no es sino una mera propuesta, para cuya validez necesita la aprobación judicial, que se entiende dictada en primera instancia y no en vía de recurso. La jurisprudencia de este órgano equiparando la puesta en conocimiento y la exigencia de pronunciamiento judicial con referencia a otras materias penitenciarias que tienen en común la restricción de derechos es claramente uniforme⁹¹⁵.

Con relación a la dicotomía expuesta recogida en el RP1981, MARTÍN CANIVELL⁹¹⁶ entiende que, a pesar de que del texto parece que se trata de dos soluciones distintas, no puede escapar a la judicialización tan trascendente aspecto de la actividad penitenciaria, llegándose además a afirmar que aunque no se compartiera tal interpretación, se podría llegar a la intervención del Juez de Vigilancia por otros cauces, citando expresamente la salvaguarda de los derechos de los internos, la corrección de los abusos y desviaciones del régimen penitenciario.

En esta misma línea, FERNÁNDEZ ARÉVALO⁹¹⁷, considera esta competencia entre una de aquellas de toma de conocimiento ante restricciones de derechos o aplicación de modelos penitenciarios excepcionales, pues el régimen cerrado lo sería, lo cual implica, conforme a la jurisprudencia constitucional la necesidad de un pronunciamiento judicial, un control de legalidad de la actuación administrativa, ratificándola o dejándola sin efecto. Supervisión judicial que se extendería tanto a los casos en que media acuerdo clasificatorio al efecto -y aplicación de tal régimen de vida a los internos preventivos ex art. 10 LOGP-, como aquellos otros previstos en la normativa penitenciaria en los cuales se aplica anticipadamente esa forma de vida (art. 95.3 y 97.3 RP).

Señala GONZÁLEZ CANO⁹¹⁸ que el art. 76.2 j) LOGP se refiere a la competencia del Juez de Vigilancia para acordar o denegar la clasificación en primer grado de un interno, postura ésta compartida por NAVARRO VILLANUEVA⁹¹⁹, la cual entiende que su intervención es necesaria dada la restricción de derechos que comporta esta clasificación; añadiría además que cuando la ley hace referencia a *conocer de*, suele ser para atribuir competencias a los órganos judiciales, si bien admite que esta postura choca con el tenor del art. 95.1 RP.

⁹¹⁴ STC 54/1992, de 8 de abril (ROJ: STC 54/1992 - ECLI:ES:TC:1992:54).

⁹¹⁵ SSTC 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); y; 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).

⁹¹⁶ MARTÍN CANIVELL, Joaquín. "Del Juez de Vigilancia (I). Atribuciones". En: *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VI-vol. 2º. Madrid: Edersa, 1986, pp. 1133-1135.

⁹¹⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. "Comentario art. 76". En: *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina*. Madrid: Colex, 2005, pp. 647-649.

⁹¹⁸ GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *La Ejecución de la pena...* op. cit., p. 329.

⁹¹⁹ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. "El papel del juez de vigilancia..." op. cit., pp.165-166.

En esta misma línea TAMARIT SUMALLA -y otros-⁹²⁰ sostiene que aun cuando el acuerdo corresponda a la Administración, sin necesidad de aprobación previa judicial, el Juez puede aprobarlo o revocarlo, de oficio o en vía de recurso a instancia del interno, si bien el Tribunal Constitucional habría venido a configurar la intervención del Juez de Vigilancia prácticamente como una competencia de aprobación de la medida, considerando correlativamente el acuerdo administrativo como mera propuesta necesitada de respaldo judicial.

No obstante, estos planteamientos, visto el *iter* legislativo, el proceso de elaboración del art. 10 LOGP, en el cual se rechaza expresamente el término *aprobación* y se sustituye por el de puesta en *conocimiento*, es más que dudoso que esa fuera la voluntad del legislador.

El Reglamento de 1996 se aparta claramente de la línea interpretativa favorable a la judicialización de la aprobación de la aplicación del régimen cerrado, al menos con relación a los penados. Así el art. 95 RP fija que el acuerdo del Centro Directivo de traslado de un interno desde un establecimiento de régimen ordinario o abierto a uno de régimen cerrado o uno de los departamentos especiales, adoptado previa propuesta de la Junta de Tratamiento, se comunicará al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en el plazo de 72 horas. Y para el caso de aplicación provisional de este régimen de vida (Acuerdo de Centro Directivo mediando motín, agresión con arma u objeto peligroso, toma de rehenes o intento violento de evasión), tal decisión se notifica inmediatamente al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Pero a diferencia de la situación en el RP1981, la decisión administrativa tiene pleno valor, remitiéndose al interno, si no está de acuerdo con la decisión adoptada, a formular el oportuno recurso ante el Juez de Vigilancia, al amparo del art. 76.2 f) LOGP.

Tratándose de internos preventivos, en principio, parece que el régimen es el mismo, propuesta de la Junta de Tratamiento y aprobación del Centro Directivo, con la sola particularidad que la notificación se extiende a la autoridad judicial de la cual depende el interno, si la aplicación de la medida implica un traslado⁹²¹, lo cual es coherente con el régimen de aquellos⁹²². Ahora bien, hay una matización que puede conducir a una conclusión distinta, pues se puntualiza que en estos casos se remite el contenido literal del acuerdo y los preceptivos informes en que se fundamenta.

En el caso de los penados está claro que la aplicación del régimen cerrado se contempla en el reglamento como una clasificación más y, por ello, solo susceptible de revisión judicial al amparo del correspondiente recurso del interno, planteamiento que es coherente con la imposibilidad de revisión de oficio de la clasificación por parte del Juez de Vigilancia⁹²³, de ahí que prescindiera de la aprobación por él.

Ahora bien, si como se dijo, es el Tribunal Constitucional el que determina que *puesta en conocimiento* del Juez de Vigilancia de esas decisiones que afectan a los derechos de los internos es equivalente a la *exigencia de un pronunciamiento* de oficio

⁹²⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho...* op. cit., p. 319.

⁹²¹ Art.97.2 RP.

⁹²² Art. 31.3 RP.

⁹²³ STCJ 25 de junio de 1998.

de aquel, no parece que un reglamento pueda modificar la interpretación que de la Ley Orgánica General Penitenciaria ha hecho aquel alto órgano, estableciendo, en todo caso, como única vía de revisión, la del recurso por parte del interno. Que el régimen de vida cerrado comporta tal efecto limitativo de los derechos, no lo duda ni el propio Reglamento Penitenciario; véase, en tal sentido la *Exposición de Motivos* del RD 419/2011, que lo reforma, en la cual se destaca la necesidad de una intervención más directa e intensa en este colectivo, precisamente porque sus condiciones de vida, sujetas a mayores limitaciones reglamentarias, afectan de un modo singular a sus derechos.

Se ha señalado por algún autor que las condiciones de vida especialmente duras del régimen cerrado, que su aplicación responde a circunstancias específicas y muy graves, justifica un régimen distinto de control al de la clasificación en general, de ahí que se comunique su aplicación al Juez de Vigilancia, añadiéndose que existe un cierto paralelismo en sus condiciones con la sanción de aislamiento, a cuya forma de vida se asemeja en gran medida⁹²⁴; si las sanciones de aislamiento en celda superior a catorce días exigen la aprobación judicial, cuanto más en este caso del régimen cerrado que tiene una duración indefinida.

En el caso de los internos preventivos, amén de la duda antes reflejada por el distinto trato que se le da a la comunicación al Juez de Vigilancia en el art. 97 RP, hay que añadir que el pronunciamiento administrativo no es una clasificación, pues esta figura solo alcanza a los penados⁹²⁵, nunca a los preventivos⁹²⁶, con lo cual la eventual revisión judicial de la aplicación del régimen cerrado, art. 10 LOGP, no encuentra encaje en el art. 76.2 f). Esto nos lleva a concluir que, salvo que se entienda que no cabe revisión judicial, planteamiento inverosímil, pues supondría un resquicio de impunidad a la eventual arbitrariedad de la Administración en una materia especialmente sensible, el cuestionamiento de esta decisión administrativa solo tiene encaje en el art. 76.2 g) LOGP, esto es, entender que es una decisión que supone una restricción de derechos fundamentales o penitenciarios que afecta al régimen penitenciario. Llegados a este punto, si es una restricción de derechos que se pone en conocimiento del Juez de Vigilancia, entonces el reglamento no puede cambiar lo que reiteradamente ha establecido el Tribunal Constitucional en estos casos, la exigencia del pronunciamiento judicial, luego aquel es imprescindible, haya recurso o no⁹²⁷.

Como conclusión, en el caso de los internos preventivos, no cabe duda alguna de que el Juez de Vigilancia, ante la puesta en conocimiento de la aplicación del art. 10 LOGP, necesariamente ha de pronunciarse sobre su pertinencia; planteamiento que, al margen de las disposiciones reglamentarias, que incurren en un exceso, es extensible a los penados.

⁹²⁴ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 581-582.

⁹²⁵ Art. 63 LOGP.

⁹²⁶ Art. 64 LOGP.

⁹²⁷ SSTC 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (ROJ: STC 128/1997 - ECLI:ES:TC:1997:128); 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); y 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).

7. EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD: ART. 100.2 RP

7.1 Régimen de flexibilidad e individualización científica

Uno de los aspectos más característicos del sistema de clasificación es su correlación con el régimen de cumplimiento; de esta forma, a los internos clasificados en primer grado se les aplican las normas del régimen cerrado, a los de segundo grado las del régimen ordinario y a los de tercero las del régimen abierto (arts. 10 y 72 LOGP y 90, 100 y 101 RP). Hecha la anterior afirmación, pudiera pensarse que estamos ante un sistema rígido, de compartimentos estancos, primero, segundo y tercer grado. Más no ha de llevarse a engaño, pues hay un principio que alcanza notable desarrollo con el Reglamento de 1996, el principio de flexibilidad, que trastoca todo el sistema, el cual permite romper los rígidos moldes del sistema clasificatorio tradicional, permitiendo combinar las diversas características de los grados de clasificación.

Tal instrumento presenta importantes ventajas, pues con esta figura se posibilita la configuración de una modalidad de cumplimiento individualizada, *ad hoc* a las condiciones del sujeto, combinando aspectos característicos de cada uno de los distintos grados del sistema de individualización científica⁹²⁸. El art. 100.2 RP facilita la flexibilidad de aquel al permitir la combinación de las características de los distintos grados penitenciarios en respuesta a un programa de tratamiento específico, acortando las distancias entre aquellos, si hay vías de intersección intermedia⁹²⁹.

Este principio fluiría de la mano del tratamiento penitenciario dotando de elasticidad y versatilidad al sistema en su faceta de ejecución de las penas, siendo una manifestación del principio de humanidad en orden a impedir desocialización de los reclusos, permitiendo la conexión de la privación de libertad con los vínculos del mundo extrapenitenciario⁹³⁰.

Podría afirmarse de esta figura que participa de una naturaleza mixta, por un lado, afecta a la clasificación, en tanto que se funda en un modelo de ejecución que combina elementos de cada uno de los grados, y, por otro, es un instrumento del tratamiento, pues toma como referencia el desarrollo de un programa tratamental, que de otra forma no pueda ser ejecutado⁹³¹.

El principio de flexibilidad permitiría, que instituciones como los permisos de salida o salidas programadas, con precisos requisitos objetivos para su concesión, sean extensibles a los penados, aunque no reúnan los requisitos de aquellos, pudiendo así salir del establecimiento para determinadas actividades específicas, instituciones penitenciarias destinadas para grados concretos que así pueden ser aprovechadas en función del éxito y de la necesidad del programa individualizado de tratamiento. Tal principio sería fruto de una idea aperturista y generosa en orden a potenciar el sistema

⁹²⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "La ejecución de las penas... op. cit., p. 122.

⁹²⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 216.

⁹³⁰ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. "El sistema de ejecución... op. cit., p. 138.

⁹³¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., pp. 443-463.

de individualización científica frente a los rígidos aspectos regimentales, siendo una vía de escape ante los vaivenes de los cambios políticos y legislativos, permitiendo superar los estrictos límites establecidos por los actuales artículos 36.2 y 78 CP. Permitiría la creación de múltiples modalidades de vida, independientemente del grado asignado el penado, colocando así a la norma penal en segundo plano⁹³².

Esta posibilidad de combinar características de diversos grados puede entenderse de dos formas, o bien que opera en los dos sentidos de la escala de clasificación, siendo el objetivo no restringir la libertad de los internos más allá de lo que sea necesario y proporcional en atención a la evolución tratamental y las limitaciones regimentales correspondientes al grado que sin la aplicación de este principio les corresponderían, pudiéndose así aplicarse para evitar la clasificación en primer grado de internos respecto de los cuales sean factibles restricciones del régimen ordinario, limitaciones parciales de aquel, menores que las que comporta régimen cerrado⁹³³, o bien solo en orden descendente para permitir mayores márgenes de libertad.

Si bien la primer opción, teóricamente, encajaría en la letra del precepto, en la medida en que implica un régimen más restrictivo que el marcado por la ley penitenciaria para el régimen de vida ordinario, que es el que comporta la clasificación en segundo grado, ello puede suponer una colisión con los derechos del interno, máxime considerando la mera cobertura reglamentaria del instrumento, de ahí que sea más útil, para situaciones transitorias que exijan restringir la forma de vida correspondiente al grado de clasificación, acudir a otros institutos, véase las limitaciones regimentales del art. 75.1 RP. Y en el caso de la clasificación en tercer grado, si se entiende que su régimen habitual de salidas es inadecuado desde el punto de vista tratamental, para eso está la modalidad restringida, art. 82.1 RP.

Tal principio de flexibilidad, lógicamente, ha de tener una apoyatura legal, pues de no ser así, por muy satisfactorio que en ocasiones pudiera resultar su aplicación, no podría tener acomodo en una norma meramente reglamentaria. Es el art. 71 LOGP el que sirve de punto de partida de este principio, la supeditación del régimen al tratamiento, la consideración de aquel como medio y de este último como fin. Fruto de esta consideración es el art. 100.2 RP, el cual permite, por razones tratamentales, combinar características de varios grados de clasificación, siendo admisible así, por ejemplo, que un interno clasificado en primer grado, sometido por ello al régimen cerrado, sin embargo, participe de alguna o algunas características del régimen ordinario. Lo excepcional de la situación se pone de manifiesto en la imperativa necesidad de aprobación judicial y en orden a evitar un posible uso torticero de tal posibilidad por los riesgos que entraña.

FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁹³⁴, además de invocar el art. 71.1 LOGP, añaden que el régimen de flexibilidad es consecuencia del principio de

⁹³² FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., p. 142.

⁹³³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 617; SOLAR CALVO, María del Puerto. "El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una interpretación amplia y posibilista". En: *Diario La Ley*. nº 698, 2017.

⁹³⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 616.

resocialización, como finalidad principal de la actividad penitenciaria recogido en el art. 1.1 LOGP, además de la propia noción de la clasificación, recogida en el enunciado del art. 63.1 LOGP, como instrumento de individualización del tratamiento. Con la acogida del principio de flexibilidad en el Reglamento Penitenciario puede concluirse que existe una cuarta modalidad de régimen que califican de *mixta y variable* y que vendría a complementar a los tres regímenes comunes -cerrado, ordinario y abierto-.

Precisamente este último aspecto es cuestionable, no tanto por el sustrato fáctico que lo justifica, la dificultad del encaje de esta medida en el rígido esquema clasificatorio diseñado en la ley, antes bien, por haberse hecho esta atribución en una norma de rango reglamentario, al margen de las previsiones de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La inviabilidad jurídica de una ampliación de las competencias de un órgano jurisdiccional al margen de la norma ha llevado a que haya quien considere inaplicable tal previsión⁹³⁵, además de que se haya reclamado su plasmación en una eventual reforma de la ley penitenciaria⁹³⁶.

Negar el ajuste a la legalidad del art. 100.2 RP, por entender que es un exceso reglamentario, trae más consecuencias que las circunscritas a él, pues se extendería a todas las exteriorizaciones del principio de flexibilidad, esto es los instrumentos recogidos en el Reglamento Penitenciario en los arts. 114 y 177, las formas especiales de ejecución de los arts. 165 y 182 y el control telemático del régimen abierto del art. 86.4.

Sería necesario la introducción de normativa complementaria que dotara a este principio de cierta seguridad jurídica, pues tal y como está configurado en la normativa reglamentaria aparece como una figura arbitraria y discrecional, con carácter excepcional, por parte de la Administración, esencia de la individualización penitenciaria⁹³⁷.

También ha sido calificada esta previsión reglamentaria por algún sector doctrinal como *tercer grado encubierto*⁹³⁸, terminología que MIR PUIG (Carlos)⁹³⁹ considera no del todo correcta.

Partiendo de la consideración de la clasificación como uno de los pilares del sistema penitenciario, ANDRÉS LASO⁹⁴⁰ rechaza que pueda generalizarse de forma

⁹³⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho...* op. cit., p. 261.

⁹³⁶ SANZ DELGADO, Enrique. "El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. coord. GARCÍA VALDÉS, Carlos, VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, CUERDA RIEZU, Antonio Rafael, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. vol. 2, Madrid: Edisofer, 2008, p. 2426; CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 218; MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Los retos de la prisión... op. cit., p. 153; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Apuntes sobre la esperada reforma penitenciaria". En: *Diario La Ley*, nº 9516, 2019.

⁹³⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., p. 494; CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, *La prisión permanente revisable*, BOE, Madrid, 2019, p. 176.

⁹³⁸ En asuntos especialmente mediáticos -véase *asunto Procés* y *asunto Urdangarín*- esa ha sido una de las argumentaciones invocadas en los recursos interpuestos por la Fiscalía.

⁹³⁹ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 119.

⁹⁴⁰ ANDRÉS LASO, Andrés. "Principio de flexibilidad y clasificación penitenciaria". En *La necesaria reforma penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Granada: Comares, 2021, p. 83.

inmotivada el principio de flexibilidad, ni que el art. 100.2 RP pueda servir para fines distintos de los previstos en el ordenamiento penitenciario, de forma que se emplee en la práctica a los solos efectos de estimular o reconocer el buen comportamiento de los reclusos, para incorporarle a una categoría intermedia de otro grado sin contenido tratamental alguno, como vía de ampliar el disfrute de días de permiso al margen de los límites establecidos.

MATA Y MARTÍN⁹⁴¹, en atención que el supuesto en el cual se hace un uso más profuso del principio de flexibilidad es en la atribución a la clasificación en segundo grado de características del tercero, emplea el término *clasificación no regular en tercer grado*. El objetivo del art. 100.2 RP no sería sino lograr una mayor individualización de la intervención penitenciaria y ello con el presupuesto de un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Y como alternativa al esquema clasificatorio general, su excepcionalidad comporta que sea necesaria la aprobación judicial, máxime a la vista del deficiente amparo normativo.

Este mismo autor apunta que por finalidades prácticas se puede pretender una aplicación extensiva de esta medida. En ocasiones para ordenar determinadas salidas formativas de penados clasificados en segundo grado; en otras para eludir el obstáculo que puede en la situación penitenciaria de ciertos internos representar el periodo de seguridad, cuando no para evitar la concesión del tercer grado a algunos penados que pudieran estar en condiciones para ello. De esto modo concluye que “podría decirse que la fuerte expansión del principio de flexibilidad penitenciaria en los últimos años sin criterio aparente -posibilidad además no prevista en la Ley, como se ha indicado, sino únicamente en el Reglamento Penitenciario- potencia facilitar soluciones a casos especiales, pero también puede originar situaciones no justificadas, desajustando los elementos del modelo de ejecución”⁹⁴².

Precisamente ese último riesgo apuntado siempre está latente ante la falta de unos criterios claros y la excesiva indefinición, si bien hay que reconocer que toda la materia clasificatoria, por su propia configuración en torno a la individualización de la respuesta peca de incurrir en ese riesgo. Los conceptos que se emplean en el art. 102 RP son, por su propia naturaleza, en muchas ocasiones maleables y susceptibles de múltiples interpretaciones, pues junto a elementos más objetivables, como lo son el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso, hay otros como la personalidad, los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento que tienen un perfil de difícil concreción.

Desde un punto de vista crítico, CERVELLÓ DONDERIS⁹⁴³, considera que la regulación actual no responde, como en general todo el sistema clasificatorio y otras instituciones penitenciarias -véase permisos, etc.- a un sistema de ejecución penitenciaria individualizador, entendiéndose por tal aquel que descansa sobre un marco legal que fije con claridad el margen de discrecionalidad de la Administración y unos

⁹⁴¹ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Clasificación penitenciaria... op. cit., p. 233.

⁹⁴² MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Apuntes sobre la esperada... op. cit.

⁹⁴³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “La clasificación en tercer grado... op. cit., pp. 14-17; CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Individualización garantista... op. cit., pp. 230 y 238.

criterios de aplicación basados en el análisis objetivo de los aspectos personales garantizado con la exigencia de motivación y revisión judicial; y si bien “la indeterminación en el cumplimiento es una consecuencia directa del objetivo resocializador ya que si la ejecución se dirige a facilitar la reinserción social es necesario dejarla abierta a posibles cambios que se puedan producir en el penado, pero individualizar la planificación del cumplimiento de la pena de prisión no puede dar paso a una total discrecionalidad en la concesión de las figuras penitenciarias que configuran el sistema penitenciario tales como medidas de seguridad y convivencia, contactos con el exterior o posibilidad de actividades, sino que debe determinarse el modo de cumplimiento más adecuado para cada interno teniendo en cuenta preferentemente sus necesidades tratamentales, y no el delito cometido o la duración de la pena impuesta”. Los inconvenientes que puede arrastrar este sistema de flexibilidad son la arbitrariedad institucional y desigualdad de trato entre los internos, de ahí que se dé una especial exigencia al necesario estudio especializado y que la respuesta, la decisión, sea suficientemente razonada, pues otra cosa sería dejar en manos de la Administración un posible trato de favor a determinados internos. Esta falta de precisión de la legislación penitenciaria no es exclusiva del régimen de flexibilidad, pues también se extiende a la clasificación en tercer grado por la Administración penitenciaria, lo cual conduce a un elevado grado de discrecionalidad en la toma de sus decisiones, que unido a la no poco frecuente falta de motivación de sus resoluciones, todo ello conduce a un margen de inseguridad jurídica excesivamente alto, que se podría corregir con el análisis de los fundamentos que deben ser observados en la argumentación de toda decisión administrativa o judicial que verse sobre el grado de clasificación penitenciaria.

En esta idea del riesgo de no ya la discrecionalidad, sino caer en la arbitrariedad por parte de la Administración, incide GARCÍA ALBERO⁹⁴⁴, ante la indeterminación de las variables en que se apoya la clasificación, lo que otorga a aquella un auténtico poder para modificar sustancialmente el contenido aflictivo de la condena.

En esta misma línea, FERNÁNDEZ BERMEJO⁹⁴⁵ echa en falta una serie de criterios que garantice su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica, que marquen un equilibrio normativo, tales como que no suponga en ningún caso un nuevo grado, amén de potenciarse el control judicial, no solo *ab initio*, sino de forma continua, fijándose unos plazos de revisión de los programas de tratamiento, todo ello en orden a evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad expansiva por parte de la Administración.

7.2 El requisito de la excepcionalidad

El art. 100.2 RP permite adoptar excepcionalmente para un interno un modelo de ejecución que combine aspectos característicos de diversos grados; pero para que tal posibilidad se factible, la medida debe fundarse en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado.

⁹⁴⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón, y TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La reforma de la ejecución...* op. cit., p. 41.

⁹⁴⁵ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., pp. 496-497.

Esta excepcionalidad es precisamente la causa que justifica la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en una materia que se encuadra en la clasificación⁹⁴⁶; como es sabido, tal actividad, por regla general es ajena a esta figura, de ahí que tenga cierta lógica que la decisión administrativa sea, en principio, ejecutiva, sin perjuicio del ulterior sometimiento a la decisión judicial.

Con relación a esta nota, FERNÁNDEZ BERMEJO⁹⁴⁷ duda de su virtualidad, pues las justificaciones del tratamiento traen causa en un estudio previo de especialistas que han tenido en cuenta las vicisitudes del interno y las variables ponderables existentes, de forma que, siendo una planificación individualizada, tiene poco de excepcional, siendo la opción más eficaz para la resocialización y, por ello, se entiende que no hay otro modo de ejecutarlo.

Apunta RODRÍGUEZ YAGÜE⁹⁴⁸ que por esta vía, por ejemplo, se podría sortear el rígido requisito temporal en casos de pronóstico favorable de reinserción de condenados a penas de prisión de larga duración en los que no sea posible desactivar el período de seguridad de obligado cumplimiento -art. 36.2 CP- y en la pena de prisión permanente revisable, posibilitando con ello que, a pesar de estar clasificados en segundo grado de tratamiento, puedan acceder a las salidas previstas para el tercer grado – permisos o de fin de semana-. También sería viable acudir a este cauce en supuestos de excepcionalidad, como la Crisis del Covid-19, en orden a dar cumplimiento de las recomendaciones de organismos internacionales en orden a reducir la población penitenciaria para evitar los contagios y expansión de la pandemia⁹⁴⁹.

Por otro lado, en la práctica se ha venido haciendo uso de este precepto para justificar salidas que en ocasiones poco o nada tienen que ver con la realización de un programa, antes bien se crea un auténtico régimen mixto que tienen difícil encaje en el esquema clasificatorio. En otras ocasiones es posible encontrar resoluciones judiciales que, analizando el cuestionamiento de una denegación de progresión al tercer grado, confirman la decisión y, sin que haya mediado previa petición en sede administrativa y sin diseño de programa alguno, hacen uso del régimen de flexibilidad⁹⁵⁰.

Crítico con la aplicación en los tribunales de este instrumento es YUSTE CASTEJÓN⁹⁵¹, al tiempo que rechaza cualquier calificación del régimen de flexibilidad como forma intermedia de clasificación, sosteniendo que aquellas son las tres tradicionales, amén que su aprobación correspondería en un primer momento a la Junta de Tratamiento y no al Centro Directivo, frente a lo que dispone la I SGIP 9/2007,

⁹⁴⁶ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "El Juez de Vigilancia... op. cit., p. 369

⁹⁴⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., pp. 496-497.

⁹⁴⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "La ejecución de las penas... op. cit., p. 212.

⁹⁴⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "Covid-19 y prisiones: un desafío no solo sanitario y de seguridad, también humanitario". En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 33, 2020.

⁹⁵⁰ Sirva de ejemplo, entre otros, el AAP Madrid (5ª) AAP Madrid (5ª) 3/2013 de 9 de enero (ROJ: AAP M 118/2013 - ECLI:ES:APM:2013:118A).

⁹⁵¹ YUSTE CASTEJÓN, Ángel. "Artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario: instrumento o coartada". En: *Diario La Ley*. nº 9610, 2020.

decantándose, al tiempo, por una visión más restringida en cuanto al eventual contenido del régimen resultante de la combinación de elementos⁹⁵².

Esta confusa situación incluso tiene reflejo en la STS 586/2019, de 27 de noviembre (ROJ: STS 3873/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3873), dictada en unificación de doctrina, pues en ella se hace referencia, como cosa diversa al régimen del art. 100.2 RP, a una eventual aplicación de un sistema mixto en la clasificación -combinación de aspectos de uno y otro grado sin un programa tratamental-, posibilidad que no se rechaza, como si aquel cupiera al margen del precepto reglamentario. Precisamente se desestima el recurso porque entiende que no hay contradicción entre la resolución cuestionada y las de contraste invocadas, por ello innecesaria la unificación, ya que en realidad se deniega la aplicación del principio de flexibilidad, no por falta de la propuesta de aplicación por parte del Equipo Técnico, sino por falta de datos fácticos para resolver sobre tal aspecto, *ratio decidendi*, según se afirma, tanto en la resolución cuestionada, como de las citadas de contraste, no existiendo así discrepancias jurídicas entre ellas⁹⁵³. Se trata de una oportunidad perdida por parte del Tribunal Supremo en orden a clarificar la cuestión⁹⁵⁴, pues no se especifica en esta resolución cuál puede ser el amparo normativo de ese sistema mixto, si es que no lo es art. 100.2 RP, y cómo encaja en aquel en el principio de legalidad ejecutiva.

Pero frente a estos planteamientos doctrinales y prácticos, más o menos generosos, el ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*)⁹⁵⁵ ha supuesto un punto de inflexión, restringiendo el ámbito de operatividad del principio de flexibilidad al menos con respecto a lo que había sido la práctica, no solo administrativa, antes bien de los propios órganos jurisdiccionales. De esto modo se va a afirmar que se trata de una medida excepcional que exige una justificación individualizada de su pertinencia, como medida de flexibilización del grado, que debe fundamentarse en un programa específico de

⁹⁵² Llama la atención poderosamente que este autor, que no es precisamente un teórico, pues ocupó el cargo de Secretario General de Instituciones Penitenciarias desde el año 2011 a 2018, y sin embargo, no derogó la Instrucción citada, antes bien durante su mandato se aplicó en los mismos términos de forma uniforme.

⁹⁵³ El pronunciamiento del Tribunal Supremo de referencia trae causa en el AAP Palma de Mallorca (1ª) 1098/2018, de 14 de diciembre (ROJ: AAP IB 357/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:357A), el cual recoge como motivo para rechazar el recurso contra la resolución del Juez de Vigilancia un motivo procedimental, cual es la ausencia de la propuesta del Equipo Técnico –“Como bien dice la Juez a quo, no concurren los presupuestos para la concesión de ese régimen más flexible de cumplimiento, ya que no consta la propuesta del Equipo Técnico a la Junta de Tratamiento que, como medida excepcional, debe ser aprobada posteriormente por el Juez de Vigilancia, por lo que tampoco este Tribunal tiene resolución alguna que revisar en tal sentido”-, mas, sin embargo, luego, lejos de no entrar en el fondo, rechaza los argumentos materiales del recurrente.

⁹⁵⁴ A esa misma conclusión llega Rodríguez Yagüe. En RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 490.

⁹⁵⁵ El criterio de este Auto dictado en la causa especial 20907/2017 (*asunto Procés*) es seguido en nueve posteriores dictados el 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) en esa misma causa. En concreto esta resolución cuestiona en el caso examinado “la falta de conexión entre el programa de tratamiento y el delito cometido”, lo cual haría “injustificable un régimen de semilibertad”; y concluye que “el principio de flexibilidad que incorpora el art. 100.2 del RP solo se entiende a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad”.

tratamiento; excepcionalidad que obligaría a una interpretación exigente de los presupuestos y requisitos que legitiman su aplicación. A lo que añade que habrá que perfilarlo a partir de una estricta subordinación entre el régimen diseñado en la propuesta de aplicación y el objetivo de reinserción frente al delito por el que se ha impuesto una pena privativa de libertad, poniendo así específicamente en relación el programa de tratamiento con la conducta delictiva desplegada por el condenado. Y todo ello sin hacer olvido, aunque tampoco recaer el peso de la decisión, en la entidad cuántica de la pena impuesta.

No cabe duda de que este planteamiento, exteriorizado en el mediático asunto del *Proceso*, se aleja de la realidad y necesidades penitenciarias diarias, en las cuales las propuestas de la Administración se ligan a la realización de programas, sin duda, vinculados a la reinserción, y que no pueden realizarse en los centros penitenciarios, por lo que se aprovecha las infraestructuras y recursos extrapenitenciarios; pero tales programas, habitualmente, poco o nada tienen que ver con las actividades delictivas de los internos que les han conducido a la privación de libertad -sirva de ejemplo, cursos de carretillero, gruista, cocinero u otros similares, que proporcionan una formación laboral imprescindible para la reinserción, pero de contenido desconectado de la causa de estancia en prisión-. Resulta más que difícil imaginar un programa ligado a la tipología delictiva que no se desarrolle en prisión (sirva de ejemplo programas ligados a las agresiones sexuales, violencia de género, delitos violentos, etc., están plenamente implantados en el medio). Parece olvidar este pronunciamiento que la reinserción es mucho más que la realización de programas específicos ligados a una tipología y que para intentar alcanzar aquella, de ordinario, ha de actuarse en múltiples frentes en orden a superar las carencias y déficits que concurren en los internos. De hecho, los programas de tratamiento, a los cuales se refieren los arts. 20 y 113 a 117 RP, no se circunscriben a la tipología delictiva, antes bien conectan con la definición del tratamiento penitenciario como conjunto de actividades ligadas a la reeducación y reinserción social.

Quizás, en el supuesto sometido a consideración lo dudoso es que el programa fuera acorde a las carencias exteriorizadas por la condenada con la realización de la conducta delictiva, de ahí del carácter inútil y superfluo del régimen aplicado, además de no haberse considerado otros factores propios de la clasificación, especialmente la entidad de la pena⁹⁵⁶; pero generalizar y exigir una conectividad específica entre la tipología delictiva y tales programas vacía de operatividad al instrumento. Hubiera bastado con afirmar algo que nunca debió olvidarse, que en la aplicación del régimen de flexibilidad no es un dogma absoluto y excluyente la opción resocialización y que, en definitiva, no puede obviarse otros elementos propios de la clasificación, como lo es la duración de la condena, y los diversos fines de la pena. Pesa quizás, aunque no se diga, la duda sobre el ajuste a la ley del reglamento, esto es, que estamos ante un exceso en el desarrollo, y por ello simplemente se haya optado por desactivarlo y hacerlo

⁹⁵⁶ Tanto en el Auto de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Proceso*), como en los restantes nueve de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) dictados en esa misma causa, se destaca que la entidad de la condena es un factor del cual no puede hacerse abstracción.

inoperante⁹⁵⁷. Más que la vinculación a la tipología delictiva, habría de acudirse a la etiología de la misma calificación, de forma que diseñándose los programas al amparo de las causas de la criminalidad en el sujeto, estos pudieran amparar una solución útil cual es el régimen de flexibilidad.

Queda abierta, por ahora, en esta línea, como única vía de acceso a programa tratamentales en el exterior del medio penitenciario, el limitado cauce del art. 117 RP, siempre y cuando no se extienda también a su aplicación esta concepción restrictiva del concepto de los programas de tratamiento y se identifique programa de atención especializada con programa ligado a la tipología delictiva.

Parece más acertada la formulación que hace JUANATEY DORADO,⁹⁵⁸ invocando ciertas resoluciones judiciales⁹⁵⁹, en orden a garantizar que las propuestas estén realmente basadas en un programa de tratamiento que aborde las necesidades específicas del interno y sirvan para subsanar sus carencias, lo cual exige que aquellas tengan un determinado contenido: la descripción del programa específico de tratamiento cuya ejecución resulta imposible sin la medida propuesta; la explicación de las razones de tal imposibilidad; y cuáles son y en qué consisten los elementos o aspectos característicos de los distintos grados clasificatorios a combinar.

En definitiva, este instrumento es útil para abordar las carencias del penado que ponen en riesgo una futura vida sin delito, mas ésta va mucho más allá de la tipología concreta por la cual se cumple condena, aspecto este que no es sino una cara más del complejo poliedro que son las posibilidades de reinserción. Constreñirlo a una única faceta operativa, supone una visión reductora que simplifica una realidad penitenciaria que es mucho más compleja y multifacética e implica privar de facto de un recurso del tratamiento que bien y rigurosamente utilizado, profundiza la vertiente individualizadora de aquel.

En definitiva, se exterioriza en la actual tesitura las serias carencias normativas de la regulación reglamentaria, la ausencia de criterios claros de aplicación y de suficiencia de la cobertura legal del instituto, aspectos respecto de los cuales ya se ha incidido anteriormente.

⁹⁵⁷ No parece, no obstante, que la Administración haya hecho mucho caso al planteamiento del Tribunal Supremo, pues sigue proponiendo la aplicación del régimen de flexibilidad en los mismos términos en los cuales se había venido haciendo, sirva de ejemplo los mediáticos *asunto Alsasua* (noviembre de 2020) y *asunto Urdangarín* (tanto la primera propuesta de 20 de julio de 2020, como la segunda de 30 de diciembre del mismo año), en los cuales resulta cuando menos difícil cohonestar, en el primer caso, la realización de unos estudios de Psicología y una actividad laboral y, en el segundo, unas salidas laborales y disfrute de un fin de semana al mes, con la naturaleza de los delitos por los cuales los respectivos penados se estarían cumpliendo condena.

⁹⁵⁸ JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de...* op. cit., pp. 147 y 142-143.

⁹⁵⁹ AAP Barcelona de 20 de julio de 2004 (ROJ: AAP B 3618/2004 - ECLI:ES:APB:2004:3618A) y 522/2007, de 20 de septiembre (ROJ: AAP B 6031/2007 - ECLI:ES:APB:2007:6031A); AAP Almería 78/2007, de 19 de abril (ROJ: AAP AL 89/2007 - ECLI:ES:APAL:2007:89A).

7.3 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del acto de aplicación del régimen de flexibilidad suscita importantes problemas de trascendentes efectos prácticos. Si se considera que se trata de una mera cuestión de regulación de los aspectos regimentales, en paralelismo con el art. 114 o 117 RP, y por ello ajeno a la materia de ejecución de penas⁹⁶⁰, su régimen de recursos y ejecutividad con relación al eventual pronunciamiento judicial es distinto que si se considera que se trata de una decisión que afecta a la clasificación, la cual sí entra en el concepto de ejecución⁹⁶¹. Es decir, conforme a la DA 5ª LOPJ, en el primer caso, del eventual recurso de apelación conocería la Audiencia Provincial del lugar del establecimiento penitenciario al que se refiera la resolución judicial cuestionada, mientras que en el segundo lo sería el juez o tribunal sentenciador; y, en consecuencia, el eventual recurso del Ministerio Fiscal, en el primer caso no suspendería la ejecutividad de la decisión judicial, mientras que, en el segundo, sí, si se trata de delito grave⁹⁶².

Como argumento a favor de que se trata de una mera cuestión regimental, sería que no afecta a la clasificación, antes bien se parte de la asignación de un grado de los tres legalmente previstos, uno concreto, que determina unas características, régimen de vida, pero al cual se le dota simplemente de las características de otro, lo cual no crea un nuevo grado intermedio. En este sentido la propia I SGIP 9/2007, *sobre Clasificación y destino de los penados*, -en su apartado 3.4- recoge expresamente que “la precitada disposición reglamentaria no configura uno o varios grados intermedios

⁹⁶⁰ Desde el Acuerdo de Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, la materia de clasificación penitenciaria se encuadra en la ejecución de penas.

⁹⁶¹ En las escasas resoluciones de las Audiencias que abordan el tema se aprecia una cierta asunción de una u otra naturaleza en función de su práctica, con escaso cuestionamiento y concisa y escasa fundamentación, lo cual no deja de ser llamativo, pues la competencia funcional es el presupuesto de su actuación y su ausencia, a diferencia de la competencia territorial, determina la nulidad de lo resuelto, luego no es una cuestión baladí. Así el AAP Cádiz (1ª) 179/2020, de 5 de mayo, da como único argumento, lo que no pasa de ser una intuición, no un razonamiento jurídico, la apreciación de estar más ante una cuestión de régimen que de clasificación o ejecución; y, en sentido contrario, el AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A), entiende, sin más puntualización, que la aplicación del art. 100.2 RP es materia de clasificación, sin dar razón alguna en apoyo de su aserto, como si fuera una cuestión no controvertida. Precisamente esta última resolución se pronuncia sobre el Auto de 5 de marzo de 2020 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla y León nº 1 (*asunto Urdangarín*), el cual aborda con amplitud el tema, no por una mera cuestión doctrinal, antes bien porque de una calificación u otra dependía la ejecutividad de lo por él resuelto, conforme a la DA 5ª LOPJ.

Estos planteamientos de las Audiencias expuestos chocan con la relevancia que a la cuestión atribuye el ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*) el cual destaca la pertinencia de resolver esta cuestión pues “la diversidad interpretativa deja de ser enriquecedora cuando llega a socavar los principios que definen la competencia. Se erosiona la seguridad jurídica como valor constitucional (art. 9.3 CE) y puede quedar afectado el derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE)”.

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 602.

⁹⁶² El ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*) y las SSTS 965/2022 y 966/2022, ambas de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621 y ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660) extienden el efecto suspensivo del recurso del Ministerio Fiscal, en caso de condenas por delitos graves, a la eventual aplicación del art. 100.2 RP.

dentro del sistema de clasificación, grados que vienen tasados en la propia Ley Orgánica General Penitenciaria”. Ahora bien, incurriendo en una cierta contradicción, en ese mismo apartado, en el párrafo primero, se anuncia que “el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario abre interesantes y enriquecedoras posibilidades, en orden a la mejor consecución del principio de individualización científica consagrado en el art. 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, pues el principio de la individualización científica es la esencia de la clasificación, una modulación del sistema progresivo, luego habría sido más acertado que hubiera hecho referencia a que es un instrumento tratamental de gran potencialidad.

Las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2015, su Acuerdo 15º, sigue ese planteamiento al establecer que corresponde a la Audiencia Provincial del Centro Penitenciario de destino por tratarse de materia diferenciada de la clasificación, ya que no se recurre un grado, aclarando que se controla la legalidad de la actividad penitenciaria en materia de régimen y tratamiento y por ello rige en definitiva la DA 5ª, ap. 3 LOPJ. Ahora bien, el propio Acuerdo refleja lo controvertido del tema, pues fue adoptado por mayoría, dado que un grupo significativo de Fiscales – entre ellos Fernández Arévalo- defendió la tesis de la competencia del juez o tribunal sentenciador por entender que la combinación de modelos regimentales afecta al modo de ejecutarse la pena.

Para dar respuesta al debate, ha de hacerse una especial referencia al procedimiento en la aplicación del régimen de flexibilidad plasmado en el Reglamento Penitenciario y a lo que es la práctica administrativa en el caso de la SGIP, que difiere de la del Secretaría de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la víctima, de la Comunidad Autónoma de Cataluña⁹⁶³. En el texto reglamentario, es la decisión de la Junta de Tratamiento la que sin más se eleva al Juez de Vigilancia para su aprobación, pero en el caso de la SGIP, a diferencia de los que ocurre en el caso catalán, ésta se arroga la competencia de aprobar el programa específico de tratamiento que justifica la aplicación, siendo la recepción de aquella en el establecimiento penitenciario el momento a partir del cual será ejecutivo, tal y como se refleja en la I SGIP 9/2007. Esta Instrucción tiene por objeto la materia clasificatoria, en la cual enmarca la aplicación del art. 100.2 RP, a diferencia de la materia de permisos y otras salidas, que se contemplan en otra disposición, la I SGIP 1/2012.

Es llamativo que el art. 100 RP es el primero que se recoge bajo la rúbrica *Clasificación de Penados*⁹⁶⁴, y que la doctrina, cuando hace referencia a él, lo hace dentro del análisis de tal materia y no como un mero aspecto regimental en la ejecución de un programa. Ni que decir tiene que todo pronunciamiento clasificatorio tiene luego un efecto en ese otro campo, pues el grado asignado el que determina la forma de vida

⁹⁶³ Curiosamente, en la página web oficial de este organismo, la Circular 1/2005, referente a la aplicación del art. 100.2 RP se recoge bajo la rúbrica *clasificación*, al igual que ocurre con los boletines estadísticos del CGPJ.

http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/serveis_penitenciaris/instruccions_i_circulars/circulars/ [Consulta, 10/06/2020].

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informacion-general/Boletines/?filtroAnio=2018> [Consulta, 10/06/2020].

⁹⁶⁴ Capítulo II del Título IV del Reglamento Penitenciario.

regimental, pues la clasificación no es sino la asignación de un régimen de vida adecuado a las características del penado para mejor logro del objetivo resocializador de la pena. La combinación de aspectos propios de un grado y otro de clasificación, con la atribución de una específica forma de cumplimiento derivado de ella, es una cuestión que entra plenamente en la esencia de aquella, so pena de desnaturalizar el sentido mismo de la técnica y dejarla en un mero nominalismo vacuo. Sin caer en la creación de grados intermedios en sede reglamentaria, que chocaría de plena con el diseño de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la atribución de características de un grado diverso al nominalmente asignado va más allá de una simple alteración de un aspecto regimental propio de aquel, entra en el contenido esencial mismo de éste, creando auténticas modalidades de vida personalizadas según las necesidades del interno. Precisamente por ello, por el pobre amparo normativo de que adolece la regulación actual, es por lo que se establece la intervención judicial, a modo de salvaguarda ante tan excepcional situación.

Por otro lado, el art. 100.2 RP recoge expresamente que se trata de un modelo de ejecución, lo cual es significativo, pues el régimen penitenciario no es ejecución, no pasa de ser la forma, frente al contenido que es la privación de libertad y la manera en la cual se lleva a cabo la consecución de sus fines.

En concreto SANZ DELGADO⁹⁶⁵ entiende que el art.100.2 RP es el párrafo normativo de mayor transcendencia y ductilidad en materia de clasificación, encaminado a la recuperación de la individualización científica, desnaturalizada tras las reformas de 2003, siendo el reflejo y síntesis cardinal aquel. El programa tratamental específico es lo determinante para acceder a esta posibilidad, no el régimen en el que se lleva a cabo o en el que se hace uso de la medida externalizadora.

FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁹⁶⁶ señalan que todas las hipótesis de aplicación del principio de flexibilidad tienen en común la asignación del grado y del modelo regimental *correspondiente*, la existencia de un programa de tratamiento que incorpora actividades inscritas en un modelo regimental distinto, la aprobación del programa por el Centro Directivo que se recoge en el acuerdo de clasificación y la posterior dación de cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, comunicación ésta que se ajustaría a un principio no formulado expresamente en nuestro ordenamiento según el cual toda restricción de derechos o aplicación de un modelo de actividad penitenciaria que se aparta del estándar ha de ser objeto de ella.

MATA Y MARTÍN⁹⁶⁷ encuadra la aplicación del régimen de flexibilidad claramente en ámbito de la clasificación, como una modalidad que va más allá de las posibilidades recogidas en la ley, en orden a logra una mayor individualización de la intervención penitenciaria, como alternativa que escapa al esquema general de aquella, haciendo especial hincapié en su excepcionalidad, si bien reconoce que se está

⁹⁶⁵ SANZ DELGADO, Enrique. "El trabajo penitenciario... op. cit., pp. 2420-2421.

⁹⁶⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 617.

⁹⁶⁷ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Clasificación penitenciaria... op. cit., p. 167; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Apuntes sobre la esperada... op. cit.

perdiendo en la práctica, y que exige la aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Se puede objetar a la calificación de la cuestión como atinente a lo clasificatorio que la competencia en tal materia lo es de naturaleza administrativa, mas, como se ha visto, hay supuestos que, afectando a esta materia, sin embargo, la decisión corresponde a la autoridad judicial, el caso del art. 92.3 CP, en su redacción anterior a la LO 1/2015, y el actual art. 36 CP. Es más, que la decisión de la Administración en aplicación de este régimen mixto sea provisionalmente ejecutiva, a diferencia de lo que ocurre con la aplicación del art. 117 RP, como toda clasificación, apoya también la calificación que aquí se mantiene.

Esta intervención judicial responde a que la misma es una exigencia cuando pueden verse afectados derechos fundamentales de los internos o decisiones administrativas que impliquen un modelo de actividad penitenciaria que se aparta del estándar⁹⁶⁸.

Aunque es necesario dar una respuesta unitaria, que exige el encuadre en uno u otro ámbito atinente a lo regimental o clasificación, no es menos cierto que la realidad fáctica nos lleva a que, superando los nominalismos, haciendo abstracción de ellos, la decisión puede ser encuadrada en uno u otro ámbito con relación al concreto contenido del modelo de ejecución fundamentado en el programa tratamental específico. Es decir, no es lo mismo una aplicación del principio de flexibilidad comprensivo de salidas de fin de semana, con la periodicidad que se quiera, amén de otra clase de salidas laborales y formativas, que aquel otro que solo contemple éstas y por un periodo de, digamos, cinco o seis horas de lunes a viernes, por mucho que se emplee el mismo instrumento normativo. Mientras que este último caso se asemeja más a las salidas propias del art. 117 RP, esto es una opción en lo puramente regimental, el primer supuesto expuesto sobrepasa con mucho este último ámbito e incide en la esencia de la clasificación en tercer grado. Ciertamente la conclusión expuesta nos lleva a la inseguridad que comporta toda valoración *ad casum*, la cual debería ser despejada, de una vez por todas, con la correcta articulación normativa del principio analizado, mediante su regulación precisa en la ley penitenciaria.

En el fondo de este debate, en realidad, subyace otro de mayor calado, aquel que versa sobre la concepción de la propia pena privativa de libertad, si ésta no es más que un nombre o si es esencial a ella el contenido, la forma de cumplir.

La cuestión ha sido zanjada por el ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A)(*asunto Procés*), el cual tras afirmar que no es preciso determinar si estamos ante un grado diferente de los previstos en el art. 72 LOGP, entiende que lo relevante es fijar si la facultad recogida en el art. 100.2 RP puede ser considerada o no una actividad de clasificación. De esta forma, partiendo de la ubicación del precepto en el Capítulo II del Título IV del Reglamento Penitenciario en el ámbito de la clasificación de los penados, toma como punto de partida que es un modelo

⁹⁶⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 617; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Clasificación penitenciaria..." op. cit., p. 167; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Apuntes sobre la esperada..." op. cit.

de ejecución que combina aspectos de casa uno de los grados existentes, siendo esto el elemento nuclear, por lo cual no cabe sostener que estemos ante una actividad ajena a la clasificación, pues si valorar la inclusión de un interno en uno de esos grados es una actividad de clasificación, combinar aspectos característicos de ellos también lo será por pura coherencia sistemática.

Surge, por último, una vez determinado que el régimen del art. 100.2 RP se incardina dentro de la clasificación, si es posible por esta vía eludir el eventual periodo de seguridad del art. 36.2 CP, de forma que, aun en los supuestos en los cuales medie, cabe considerar la posibilidad en tales supuestos de dotar a la clasificación en segundo grado de algún aspecto del tercero. Una primera toma de posición, desde la perspectiva de que el art. 100.2 RP no es un nuevo grado, podría conducir a que en la medida en que se mantuviera formalmente tal nomenclatura, se estaría respetando el tenor del art. 36.2 CP. Sin embargo, este planteamiento es discutible, pues supone de facto hacer abstracción de lo que es esencial a la pena y, en especial, al objetivo, se comparta o no, de los periodos de seguridad, con lo cual se convertiría esta aplicación en una burla de ellos. Por ello, si se quiere ser respetuosos con la finalidad que cumplen éstos, en tanto no cesen en su vigencia, no es posible siquiera parcialmente prescindir de la limitación que hay que entender se refiere a todo lo que es propio de la clasificación en tercer grado. No hay que olvidar que el antes mencionado ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*)⁹⁶⁹ recoge que la previsión del artículo 100.2 del RP “va más allá de la aprobación de un programa individualizado de tratamiento y afecta, aunque se considerase que esa afectación es indirecta, a la clasificación del penado”.

7.4 Problemática procedimental

Junto a la distinta práctica de la SGIP y la seguida en la Comunidad Autónoma de Cataluña ya expuesta, cabe considerar si es posible la aplicación sin pronunciamiento de la Junta de Tratamiento del régimen de flexibilidad del art. 100.2 RP.

YUSTE CASTEJÓN⁹⁷⁰ se muestra totalmente contrario, frente cierta práctica en sentido contrario de algunas Audiencias⁹⁷¹ y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que se pronuncian sobre tal cuestión al tiempo de resolver recursos en materia de clasificación, incluso ante la total ausencia de programa específico, que incluso se diseña a posteriori a instancias del propio órgano jurisdiccional.

Este último planteamiento contrario a tal eventualidad es el más acorde con la letra del precepto y desde luego con una visión unitaria de todo el procedimiento, pues

⁹⁶⁹ Este Auto dictado en la causa especial 20907/2017 (*asunto Procés*), es seguido en nueve posteriores dictados el 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) en esa misma causa.

⁹⁷⁰ YUSTE CASTEJÓN, Ángel. “Artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario: instrumento o coartada”. En: *Diario La Ley*. nº 9610, 2020.

⁹⁷¹ Aunque no la cita el autor, la AP Madrid (5ª), es claro ejemplo de esta práctica.

en el diseño normativo, ese es el punto de partida, el estudio por la Junta de Tratamiento, lo cual excluye que tal posibilidad nazca en la propia fase judicial a iniciativa del recurrente o incluso de oficio -por entender que aunque se cuestione la clasificación en segundo grado, pidiéndose el tercero, la aplicación del régimen de flexibilidad sería como un estado intermedio, aunque inferior al intentado, con lo cual quedaría incluido en la solicitud del interno-. No obstante, en la medida en que la práctica introducida por la I SGIP 9/2007, exige la aprobación por el Centro Directivo, por muy cuestionable que sea, lleva a que sea este momento el crucial.

La cuestión, cuando menos es confusa, máxime a la vista de la STS 586/2019, de 27 de noviembre (ROJ: STS 3873/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3873), ya mencionada, anteriormente y en la que se hace referencia al art. 100.2 RP y a una eventual aplicación de un sistema mixto, que dota a un determinado grado de características de otro, como algo distinto de aquel, sin un programa específico de tratamiento.

De afirmarse que es un imperativo que la Administración penitenciaria haya tenido la oportunidad de pronunciarse, surge otro problema, si es preciso e imprescindible una iniciativa favorable nacida de la Junta de Tratamiento y aprobada por el Centro Directivo, o cabe en sede judicial la aplicación del principio de flexibilidad ante la negativa de la Administración. Alguna resolución judicial⁹⁷² condiciona la actuación del Juez de Vigilancia al criterio de oportunidad considerado por el órgano administrativo. No deja de ser sorprendente tal criterio, pues no es precisamente inhabitual que el Juez de Vigilancia Penitenciaria -y las Audiencias cuando resuelven en apelación- actúen sin esa propuesta en otras materias en las cuales se recoge esa

⁹⁷² El AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020 de 1 de abril (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A) (*asunto Urdangarín*) -voto particular en contra de tal planteamiento-, tras afirmar que el régimen de flexibilidad se incardina dentro de la materia clasificatoria, invoca como primer motivo para estimar un recurso de apelación del Ministerio Fiscal contra el AJVP de Castilla y León nº 1 de 13 de agosto de 2020 (ROJ: AJVP VA 1/2020 - ECLI:ES:JVPVA:2020:1A), por la cual se aplicaba el régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP, la falta de propuesta al efecto. Tal resolución destaca que el interno habría hecho la petición 24 horas antes del examen de la cuestión por el *Equipo Técnico*, lo cual considera precipitado. No deja de llamar la atención que el planteamiento de resolución citada se haga respecto de un establecimiento penitenciario en el cual la ratio de funcionario/interno es excepcional, 2/1, por lo cual, en aquel caso, con relación a un interno que llevaba en tal centro más de año y medio allí cumpliendo condena, salvo ineptitud o desidia manifiesta del personal, no podía ser obstáculo alguno para resolver el conocimiento de su situación, máxime cuando su petición no exigía la intervención o informes de entidades ajenas. Es más, es un hecho notorio para todo operador penitenciario que la Administración penitenciaria cuando entiende que no conoce suficientemente a un interno, así lo refleja expresamente en sus acuerdos bajo la fórmula *escasa permanencia en el centro*. Y es que, además, habiéndose admitido como indiscutible por tal resolución que la aplicación del régimen de flexibilidad es materia de clasificación, siendo coherente con esa afirmación, dado que legalmente no es el pronunciamiento de la Junta de Tratamiento la resolución susceptible de recurso, antes bien lo es el Acuerdo del Centro Directivo, que se dicta a instancia del interno, art. 106.5 RP, en el plazo de dos meses, prorrogables por otros dos, este plazo es tiempo más que suficiente para haber realizado cualquier otra consideración. Nótese que esos plazos no responden solo a una cuestión burocrática, antes bien se fijan, como es sabido, a los efectos del art.103.6 RP, esto es la mayor observación y consolidación de factores positivos, lo cual quiere decir que, si las 24 horas que se invocaban eran insuficientes, se disponía de hasta cuatro meses para recabar información y luego después resolver. Buena prueba de que el tiempo de la solicitud no era obstáculo es la posterior petición del interno en ese mismo asunto, en la siguiente revisión de clasificación, nueva petición hecha en el mismo día, dando lugar a la concesión del régimen de flexibilidad, luego revocado por el AAP Palma de Mallorca (1ª) 495/2020, sin que se haga en esta resolución la más mínima referencia a tal aspecto de premura temporal.

iniciativa en la norma; sin ir más lejos, el caso más claro y frecuente, el de los permisos⁹⁷³, cuando la Junta de Tratamiento los deniega, con lo cual faltaría según el criterio señalado, la propuesta⁹⁷⁴; y lo mismo cabe decir de las salidas del art. 117 RP; o el caso de las libertades condicionales denegadas, en su regulación anterior a la LO 1/2015, por ser desfavorable el informe pronóstico final del 67 LOGP. Esto es, el planteamiento minoritario expuesto, de ser coherente y consecuente con él, transformaría al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en estos casos a una mera comparsa de la Administración, la cual gozaría de un ámbito absoluto de impunidad ajeno a todo control, ante esa ausencia de su iniciativa, de su propuesta, dado que solo su existencia daría lugar a su actuación. No es admisible afirmar que el que no exista la propuesta no es *necesariamente injustificado o arbitrario*, a lo que bien podría añadirse, o sí, pues tal planteamiento crea un ámbito vedado a toda fiscalización judicial, lo cual supone apartarse abiertamente el art. 106 CE, el cual proclama que “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”. La Administración penitenciaria, según este planteamiento, con relación a esta materia específica, gozaría de patente de corso. Este planteamiento olvida, como señala la STC 163/2002, de 16 de septiembre (ROJ: STC 163/2002 - ECLI:ES:TC:2002:163), que la competencia de la Administración para la adopción de una decisión no excluye por sí misma la posibilidad de control posterior por un órgano judicial.

De generalizarse esa formulación y extenderse a las demás cuestiones penitenciarias, que no son pocas, ni irrelevantes precisamente, que vienen precedidas de la actuación administrativa, cuando esta fuera desfavorable, no existiendo por tanto propuesta, se dejaría vacías de contenido competencias esenciales del Juez de Vigilancia Penitenciaria, volviéndose a épocas preconstitucionales, ya superadas, en las cuales la Administración no daba cuenta de sus actuaciones ante autoridad judicial alguna.

Sería admisible la tesis expuesta si la aplicación del régimen de flexibilidad se tratara de una petición *ex novo* ante el Juez de Vigilancia con ocasión de un recurso en

⁹⁷³ El planteamiento del AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A), conecta con el de la AAP Almería (1ª), de 5 de julio de 1997, con referencia a los permisos ordinarios de salida, y que niega la posibilidad de concederlos en sede judicial en vía de recurso, antes bien considera que lo único factible es la devolución del conocimiento del asunto a la Junta de Tratamiento para que haga un nuevo pronunciamiento, eso sí, sin consideración de las circunstancias rechazadas por el órgano jurisdiccional.

⁹⁷⁴ Precisamente la AAP Palma de Mallorca (1ª), en materia de permisos, en los cuales falta precisamente la propuesta de la Junta de Tratamiento, se aparta del criterio expuesto en su Auto de 1 de abril y habitualmente, como prácticamente hacen todos los órganos judiciales que conocen de esta materia, entra a resolver concediendo o denegando el permiso no propuesto, obviando el obstáculo procedimental por ella considerada; sirvan de ejemplo sus Autos, entre innumerables, AAP Palma de Mallorca (1ª) 838/2019, de 26 de noviembre (ROJ: AAP IB 351/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:351A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 897/2019, de 12 de diciembre (ROJ: AAP IB 369/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:369A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 903/2019, de 12 de diciembre (ROJ: AAP IB 362/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:362A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 919/2019, de 17 de diciembre (ROJ: AAP IB 368/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:368A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 927/2019, de 19 de diciembre (ROJ: AAP IB 367/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:367A).

materia de clasificación, pues sería una forma de eludir el previo pronunciamiento de la Junta de Tratamiento⁹⁷⁵.

Por otra parte, el régimen de flexibilidad se constituye por un pronunciamiento judicial, con lo cual su cese no puede llevarse a cabo a través de un mero pronunciamiento administrativo, pues una autoridad de esta naturaleza no puede dejar sin efecto lo resuelto por aquel, al igual que un permiso aprobado por la autoridad judicial no puede quedar sin efecto si no lo es con anuencia de aquella. Por tanto, la decisión administrativa no tiene más que un alcance puramente cautelar, estando condicionada por la ulterior decisión judicial.

8. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN EN EL TERCER GRADO

Como un ejemplo más de la aplicación del principio de flexibilidad, la supeditación de los aspectos regimentales a los propios de tratamiento, hay que citar las Unidades Dependientes⁹⁷⁶ y las Unidades Extrapenitenciarias⁹⁷⁷. Ambas modalidades de cumplimiento, relativas a internos clasificados del tercer grado -con su consentimiento-, tienen en común que se apartan del enunciado del art. 72.2 LOGP, pues a aquellos internos a los cuales se les aplica no cumplen la condena en establecimiento de régimen abierto, antes bien, en un caso en infraestructuras arquitectónicas externas pero controladas por la Administración, y, en el segundo caso, ni siquiera eso, pues se lleva a cabo al margen de aquella, aprovechando recursos comunitarios extrapenitenciarios de carácter público o privado en orden al seguimiento de programas de deshabitación.

En el caso de las Unidades Dependientes, la nota característica de aquellas es la gestión directa de servicios y prestaciones por entidades extrapenitenciarias, por la dependencia de un centro penitenciario y por venir restringida su aplicación a penados clasificados en tercer grado de tratamiento⁹⁷⁸.

Las Unidades Dependientes puede decirse que son un instrumento de ejecución de la pena privativa de libertad distinto a la prisión y por tanto una alternativa a aquella, pues al ser establecimientos penitenciarios ubicados en el medio libre, se alude con ello claramente a la ejecución de la pena privativa de libertad en un medio plenamente abierto, es decir, sin la necesidad de una infraestructura penitenciaria al uso y con la ubicación en un entorno comunitario normalizado. Las Unidades Dependientes son viviendas ordinarias insertas en el entorno comunitario, establecimientos no penitenciarios, por lo que no serían cárceles, no responden al patrón de una arquitectura prisionizante. Los internos allí destinados allí, lo serían con su anuencia, ejemplo de un

⁹⁷⁵ No era el caso del asunto resuelto el AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A), en el cual sí existía la correspondiente petición.

⁹⁷⁶ Arts. 165 a 167 RP.

⁹⁷⁷ Art. 182 RP.

⁹⁷⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 853.

principio de autorresponsabilidad, al margen pues de la coacción que los elementos arquitectónicos suponen, con un seguimiento e intervención desde la libertad, aunque con la evidentemente vigilancia y control, y no desde la coacción arquitectónica, agilizando así el proceso de inserción social⁹⁷⁹.

Serían uno de los mayores logros del desarrollo de la Ley Orgánica General Penitenciaria al permitir el cumplimiento de la clasificación en tercer grado en el exterior del recinto penitenciario, ya que potencia al máximo la finalidad de reinserción social⁹⁸⁰.

En el caso de las Unidades Extrapenitenciarias, lo propio de ellas que se trata de espacios no penitenciarios al cual asisten penados clasificados en tercer grado. Precisamente el término que emplea el reglamento hace surgir la duda si es imprescindible que en ellos se lleve a cabo la pernocta o bien es factible que el interno la cumpla en su domicilio. Para FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁹⁸¹, esta última posibilidad parece está implícitamente asumida en el texto normativo, el cual se limita a hablar de *asistencia*, pues si aquella fuera en el establecimiento penitenciario, no sería sino un régimen abierto común, con salidas autorizadas del art. 83 RP.

En ambos casos hay una comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria, art. 167.3 y 182.1 RP, comunicación que no cumple más función que la de mera toma de conocimiento, pues los aspectos sustanciales de los internos clasificados en tercer grado – modalidad, salidas de fin de semana, permisos...- son propios de la Administración penitenciaria.

9. TERCER GRADO ART. 86.4 RP

El art. 86 RP, relativo a las salidas del establecimiento en el caso de internos clasificados en tercer grado, tras disponer que los internos podrán salir del establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social, que tales salidas deberán ser planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, señalando los mecanismos de control y seguimiento que se consideren necesarios, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento, que el horario y la periodicidad de las salidas autorizadas serán los necesarios para realizar la actividad y para los desplazamientos, fija que el tiempo mínimo de permanencia en el centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, si bien se establece, *in fine*, como excepción al tiempo mínimo de permanencia, que si de modo voluntario el interno acepta el control de su presencia fuera del centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en ese caso solo tendrán que permanecer en el establecimiento durante el

⁹⁷⁹ GARCÍA MATEOS, Purificación. “Unidades Dependientes: la cárcel sin rejas como alternativa a la crisis de la prisión”. En: *EduPsykhé, Revista de Psicología y Psicopedagogía*. vol. 8, 2009.

⁹⁸⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “La clasificación en tercer grado... op. cit., p. 16.

⁹⁸¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 867.

tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

El debate en torno a la vigilancia electrónica trae causa en el incremento de la población reclusa, el coste económico del sistema penitenciario y un cierto descrédito de la pena privativa de libertad como instrumento resocializador, por un lado; y junto a ello, por otro, la idea de potenciar este último factor, alejando al condenado del ámbito carcelario e implicándole en el acomodo de su conducta a un estilo de vida ordenado⁹⁸².

La utilización de mecanismos de vigilancia electrónica ha sido objeto de especial atención en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa , CM/Rec (2014)4 de 19 de febrero, la cual fija una serie de principios para su implantación en el ámbito de la justicia penal, debiéndose destacar el reconocimiento como un medio útil para reducir la delincuencia, lo cual los hace admisibles en el ámbito de la ejecución de la pena, si bien se reconoce su uso que debe ir acompañado de la intervención de profesionales y otras posibles medidas para facilitar la reinserción del delincuente⁹⁸³.

El uso de las nuevas tecnologías aplicadas a la justicia penal, destaca MATA Y MARTÍN⁹⁸⁴, aportan un factor de diversidad y alternativas, especialmente en lo relativo a las salidas fuera de la prisión de los reclusos mediante el uso de mecanismos de vigilancia electrónica, lo cual reporta ventajas en orden a reducir los efectos desocializadores de la prisión, como lo son la pérdida del trabajo y dificultades para el desarrollo de las actividades socio-familiares, al tiempo que repercute en una mejora en las condiciones de vida en ellas al reducirse la masificación e, incluso, ofrece ventajas económicas por los menores costes que conlleva frente a la reclusión. Pero junto a estas ventajas, también supone su uso un riesgo, pues puede comprometer los fines de la pena, los fines de la institución que implica las relaciones necesarias entre interno y funcionario, así como la afectación a los derechos del penado dentro y fuera del centro penitenciario. Por ello, el análisis de su potencial no puede dejar de lado la finalidad de la ejecución de la pena, pues todo lo incluido en el sistema penitenciario debe estar en consonancia con su realización; y, al tiempo, ha de evaluarse la coherencia de los sistemas de vigilancia con el conjunto de la normativa penitenciaria, los derechos fundamentales de los penados y las garantías del principio de legalidad.

Sobre la implementación de esta clase de instrumentos surgen críticas por múltiples motivos. Como pone de manifiesto IGLESIAS RÍOS⁹⁸⁵, serían escasos los puntos de consenso en el tratamiento de esta temática, y ello, en buena medida, por los

⁹⁸² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. "El control telemático de las penas: experiencias en el Derecho Comparado". En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014, p. 63; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. "Perspectivas político criminales de la vigilancia electrónica". En: *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*. dir. ROCA DE AGAPITO, Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 448-449.

⁹⁸³ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 272.

⁹⁸⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., pp. 273-274.

⁹⁸⁵ Así, por ejemplo, en Estados Unidos estos mecanismos habrían surgido con una finalidad humanitaria y economicista, pasando posteriormente a ser un instrumento de control en sentido estricto, no rehabilitador; y ello, frente al caso de Suecia, cuyo enfoque se enmarca en la tendencia reduccionista de la maquinaria penal, con una clara intención de introducir un componente más humanizador en la ejecución penal. En IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. "Perspectivas político criminales..." op.cit., pp. 446-447.

prejuicios ideológicos que condicionarían el discurso y las concepciones sobre esta nueva forma de sanción, además de por planteamientos filosóficos y ético-jurídicos.

Así, cabe plantear si con la implantación de estos controles telemáticos, frente al tradicional concepto de prisión, se siguen cumpliendo las finalidades propias del Derecho Penal.

Al principio de la implantación de estos sistemas telemáticos hubo una cierta resistencia por parte de los órganos judiciales, bien por temor a configurarse como una libertad condicional encubierta sin la preceptiva aprobación judicial, bien por entender que la atenuación del nivel de control minimizaría el efecto intimidatorio, lo cual no hace sino poner de relieve alguno de los problemas que aquejan la aplicación de los medios tecnológicos de control en el régimen abierto, cual es la falta previsión legal, su articulación con otros institutos penales-penitenciarios y el efecto perseguido con la medida⁹⁸⁶.

Para NISTAL BURÓN⁹⁸⁷ la monitorización, en la medida en que tiene un contenido punitivo, es susceptible de tener efecto intimidante y, por ello, generar un efecto de prevención general, tanto en sentido positivo -reafirmación del ordenamiento jurídico conculcado mediante la aplicación de la pena legalmente prevista-, como negativo -disuasión de la comisión de futuras infracciones mediante la aplicación efectiva de la pena-. No se pierde con ella el efecto de castigo que la pena privativa de libertad conlleva, que en ningún caso debe entenderse como una forma de libertad condicional anticipada, antes bien, el interno estando clasificado en tercer grado, sigue sometido a controles suficientes para valorar su evolución, sin perjuicio de la tutela judicial efectiva de sus derechos por parte de los órganos judiciales.

Pero también la prevención especial se puede lograr con el uso de estas técnicas. Así GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS⁹⁸⁸ considera que son una apuesta por incorporar al interno a la vida social y desde ella ejercer programa donde demuestre que no es un peligro social y que con su conducta merece paulatinamente incorporarse al grupo sin correr con los riesgos de una libertad descontrolada; y ello, frente a la pretendida idea de resocializar desde la prisión, planteamiento que desconoce desde el encierro lo que se hace es marginar al penado de la sociedad. El uso de estos dispositivos potenciaría la asunción de responsabilidad, no buscándose la creación de una conciencia de estar vigilado o controlado, sino reforzar su sensación de libertad, invitándole a gestionarla. Los medios electrónicos no serían un fin en sí mismo, ni comportarían necesariamente la rehabilitación del sujeto a estas técnicas, siendo un medio más para conseguir el fin resocializador, sin dejar de lado otras técnicas también útiles para reducir la reincidencia -programas formativos, desintoxicadores, laborales, etc.-.

⁹⁸⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Clasificación penitenciaria... op. cit., p. 170.

⁹⁸⁷ NISTAL BURÓN, Javier. "Las nuevas tecnologías al servicio de la ejecución penal. Su implantación en el Ordenamiento jurídico español". En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014, pp. 211-212 y 219-220.

⁹⁸⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *La nueva medida...* op. cit., pp. 79-81.

Pero no es temerario afirmar que esta forma de cumplimiento se acerca o asemeja en gran medida a la libertad condicional, pues estando ante un régimen distinto de las demás modalidades del tercer grado, en la práctica, por la potenciación de los recursos externos y la falta de especialistas en muchos Centros de Inserción Social, gran parte de la actividad tratamental se lleva fuera de él, de forma que el tiempo de entrevistas y controles en el establecimiento se diferencian poco del de los liberados condicionales⁹⁸⁹.

Pero no por ello habría que confundir esta vía con una especie de libertad condicional encubierta, pues, como FERNÁNDEZ BERMEJO ⁹⁹⁰ destaca, el control telemático no significa que el sujeto a él pueda vivir en régimen de plena libertad, ni en modalidades análogas a la libertad condicional. En todo caso, el fin sería conseguir la resocialización a través del programa individualizado de tratamiento y evitar, en la medida de lo posible, la desestructuración familiar, lo cual requiere una evaluación detallada y global por parte de la Junta de Tratamiento que debe tener en cuenta factores de carácter personal, social, delictivo y penal. Reconociendo que el art. 86.4 es una herramienta más, colaboradora y eficaz, sin embargo, debe existir un equilibrio en su acertada concesión, y no transformarse en la regla general, para lo cual será requisito que el programa individual de tratamiento lo acredite necesario, así como que existan elementos que favorezcan la integración sociolaboral y exista un pronóstico favorable de reinserción social.

Para IGLESIAS RÍOS⁹⁹¹, no habría que profundizar tanto en la intensificación de la vigilancia, sino en la planificación de un programa individualizado con un plan de obligaciones y terapias en orden a reforzamiento del autocontrol y autorresponsabilidad del sujeto, con una orientación a la potenciación de las mejores posibilidades de vida y posibilidades de futuro.

Si un problema es la salvaguarda de los fines de la pena, otro surge con relación a la notable incidencia de estos instrumentos técnicos en los derechos fundamentales, no solo en la libertad, en su faceta de determinación locativa, sino en también múltiples caras de aquella, amén de en otra pléyade de derechos -intimidad, dignidad, igualdad...- que conforman el espacio en el cual se desarrolla la conducta del individuo, hace que, aunque sean útiles, deba tomarse especiales cautelas a la hora de su aplicación por los riesgos que comporta su utilización.

De esta forma, BELLOSO MARTÍN⁹⁹² pondría de manifiesto que estaríamos asistiendo a una extensión y prolongación del panoptismo, la célebre propuesta de Bentham a través de las nuevas tecnologías, al tiempo que se acentúan las racionalizaciones punitivas o los paradigmas penológicos, siendo el control telemático uno de los instrumentos en los que más claramente acaban confluyendo estas

⁹⁸⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 272.

⁹⁹⁰ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., pp. 331-333.

⁹⁹¹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. "Perspectivas político criminales..." op. cit., pp. 448 y 468.

⁹⁹² BELLOSO MARTÍN, Nuria. "El control telemático en el Sistema Penal y el debate de la afectación de derechos fundamentales". En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014, pp. 299-334.

controversias. Es precisamente en los modos de vida en el régimen abierto donde la racionalidad punitiva llevaría a cuestiones tales como la justificación del castigo, los fines de la pena, el cómo y qué efectos tiene que tener ese control, lo cual conduce al tema de la prisión y el control telemático. La perspectiva tecnológica sugeriría un cambio de paradigmas, de forma que se pasaría de la punición a la prevención, en el que la *cultura del control* propiciaría pasar de un sistema de penas fuertes y débil vigilancia a otro de penas débiles y fuerte vigilancia, un escenario carcelario que pasaría de la cárcel física a cárcel la mental.

Frente a la simplificación de la afirmación relativa a que mientras la cárcel física ataca el derecho a la libertad, la cárcel electrónica cercena el derecho a la intimidad, LEGANÉS GÓMEZ⁹⁹³ entiende que ambas instituciones vienen dirigidas a limitar el derecho a la libertad mediante el control, pero que es necesario tener en cuenta que, bajo la acepción de vigilancia electrónica, se cobija un heterogéneo grupo de técnicas y mecanismos tecnológicos que aisladamente considerados parecen no tener nada en común, pero que están aglutinados en torno a la falta de libertad, que es lo que los amalgama.

Para LEGANÉS GÓMEZ⁹⁹⁴, los dispositivos telemáticos estarían ideados como un factor que coadyuva a la libertad responsable del individuo, con el fin de que el penado conduzca adecuadamente vida, pero no moldeando su subjetividad, sino invitándole a administrar su libertad. Se conjugaría así, por un lado, un riesgo al permitirle estar fuera de la prisión, pero, por otro, se consideraría la responsabilidad del sujeto que asume su condición para beneficiarse de la medida, no tratándose de crear una conciencia en torno a que se le está vigilando, sino potenciar su responsabilidad con la sensación física de libertad, para que aprendan a gestionarla.

Su acomodo constitucional no es cuestionable en la medida en que, prestado el consentimiento del sujeto, es admisible cierta afectación de su intimidad, siempre que exista cobertura legal, concorra finalidad legítima, se adopte por decisión motivada de autoridad competente y se respeten los límites de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁹⁹⁵.

La decisión de aplicación del control telemático, art. 86.4 RP, es objeto de comunicación al Juez de Vigilancia, a los meros efectos informativos, pues como se viene señalando, en el ámbito del régimen abierto, las funciones de la autoridad judicial son prácticamente inexistentes.

Surge, como ya ocurría con la aplicación del régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP, un primer problema con relación a su naturaleza jurídica, esto es, si es materia de ejecución, por afectar a la clasificación, o se refiere a un especial régimen de vida en atención a meras razones tratamentales, cuestión que afecta al régimen de recursos, en concreto, la competencia para conocer del eventual recurso de apelación. La primera postura defendería el paralelismo con el régimen de flexibilidad citado, que en este caso

⁹⁹³ LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. "La prisión abierta telemática en España". En: *La Ley Penal*. nº 116, 2015.

⁹⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁹⁵ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. "Perspectivas político criminales... op. cit., p. 463.

se traduciría en la combinación en el tercer grado de aspectos propios de la libertad condicional; mientras que la segunda entendería que sería un mero instrumento del tratamiento, como los son las salidas programadas o los permisos. La cuestión ha sido resuelta por los AATS de 25 de mayo (ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A) y 8 de septiembre 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A), los cuales consideran que esta forma de vida afecta al cumplimiento de la pena, siendo una modalidad de clasificación en tercer grado o, por lo menos, una actividad que incide en la clasificación.

Una segunda cuestión que se suscita vendría dada por los supuestos a los cuales sería aplicable esta modalidad de vida. La I SGIP 8/2019 va a vincular su aplicación al programa individualizado de tratamiento, exigiéndose un informe propuesta motivado de la Junta de Tratamiento, a la vista del estudio realizado por el Equipo Técnico⁹⁹⁶.

Para NISTAL BURÓN⁹⁹⁷, el art. 86.4 RP no deja de ser un régimen específico de vida que requiere la existencia de circunstancias particulares de carácter personal, familiar, laboral, sanitario, tratamental o de otra índole que exigen para su atención una mayor dedicación que la perfilada en el régimen abierto ordinario. Exige además una clara capacidad acreditada por parte del penado de inserción comunitaria, especialmente en la faceta laboral.

Un estudio comparativo realizado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña entre internos que estaban cumpliendo su condena en la modalidad del art. 86. 4 RP y los que lo hacían en la ordinaria, exteriorizó que no había un patrón preestablecido de característica para acceder a ella, si bien si constató la existencia de motivos laborales o familiares que favorecerían su concesión⁹⁹⁸.

Las dudas de interpretación que surgen a la hora de definir las características de los internos susceptibles de ser destinatarios de este instrumento traen causa en la parquedad normativa, por no decir nula regulación. Así, frente a un primer posicionamiento que entiende que el único requisito para la aplicación de ese precepto es la mera aceptación voluntaria por parte del individuo, rechazando expresamente las consideraciones acerca de naturaleza del delito, cuantía de la pena o necesidades de protección personal, no entrando en las valoraciones en cuanto a los riesgos de quebrantamiento de los fines de la pena privativa de libertad, arguyendo el principio de legalidad⁹⁹⁹, otros pronunciamientos judiciales exigen que esa excepción ha de estar fundada en razones laborales o familiares incompatibles con el tiempo mínimo de permanencia¹⁰⁰⁰, incluso se invoca el carácter excepcional, que no es de mera presencia

⁹⁹⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p. 274.

⁹⁹⁷ NISTAL BURÓN, Javier. "Las nuevas tecnologías..." op. cit., p. 217.

⁹⁹⁸ TORRES ROSELL, Núria, LUQUE REINA, María Eulàlia, RODRÍGUEZ PUERTA, María José, VILLACAMPA ESTIARTE Carolina, y MORÓN LERMA, Esther. "La utilización de los sistemas de control electrónico monitorado en la población penada de Catalunya". En: *Invesbrenu Criminologia*. nº 43, 2008.

⁹⁹⁹ AAP Vizcaya de 25 de noviembre de 1998.

¹⁰⁰⁰ AJVP Valencia nº 2 (Alicante) de 24 de septiembre de 1998.

puntual, pues de serlo se transmutaría la naturaleza del tercer grado, que dejaría de ser una forma de cumplimiento penitenciario más, para ser una mera libertad condicional¹⁰⁰¹.

Una cosa sería el principio de flexibilidad, que responde a necesidades muy concretas, que es la excepción a una pauta, y otra el vaciamiento de la forma ordinaria del cumplimiento en tercer grado, el régimen abierto, por lo que la legalidad del art. 86.4 RP solo se sostiene en una interpretación sistemática del ordenamiento penitenciario¹⁰⁰², lo cual exige una causa justificativa y no la mera voluntad para hacer uso del modelo de cumplimiento recogido en el precepto.

La I SGIP 13/2006 va a afrontar la tarea de perfilar las características que deben reunir los internos en orden a acceder a este control telemático del tiempo de permanencia, por un lado, un condicionamiento de carácter objetivo, esto es, que medie una causa, que se define como la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto; y por otro, un elemento de carácter subjetivo, que se concreta en una evaluación detallada y global de la capacidad del interno, por parte de la Junta de Tratamiento, que debe tener en cuenta factores de carácter personal, social, delictivo y penal, tales como, haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento, existencia de factores que favorezcan una integración socio-laboral y la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

La propia Instrucción recoge que no es aconsejable la inclusión de aquellos internos que presenten rasgos comportamentales que requieran la aplicación de un programa de intervención especializada de los contemplados en el artículo 116 RP, esto es, que presentan adicciones, siempre y cuando no se hayan llegado a alcanzar, de forma satisfactoria, los objetivos terapéuticos perseguidos.

Al tiempo se contendrían especificaciones para los casos de las madres con hijos y de las convalecencias médicas. Llama de nuevo un matiz frecuentemente presente en las prácticas penitenciarias¹⁰⁰³, cual es la asunción de los planteamientos patriarcales aún presentes en ciertos ámbitos de la vida social, pues curiosamente esta posibilidad con el fin de la atención de los hijos se sigue viendo como fundamentalmente tarea

¹⁰⁰¹ AJVP Andalucía nº 3 (Málaga) de 23 de agosto de 1999.

¹⁰⁰² MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Las nuevas tecnologías en los centros penitenciarios y sus implicaciones jurídicas". En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014, p. 245.

¹⁰⁰³ Sirva de ejemplo el art. 82.2 RP, el cual, a la hora de considerar las salidas propias del régimen abierto, establece que, en el caso de mujeres penadas clasificadas en tercer grado, cuando se acredite que existe imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado en el exterior, pero conste, previo informe de los servicios sociales correspondientes, que va a desempeñar efectivamente las labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar, se considerarán estas tareas como trabajo en el exterior. Una cosa es que exista una realidad social mayoritaria no igualitaria en el reparto de los quehaceres domésticos, pero más grave es consagrar tal situación a nivel normativa y no incentivar, en todos los ámbitos, la superación de aquella y fomentar nuevos e igualitarios esquemas de reparto de las tareas familiares.

femenina y solo, ante la ausencia de tal progenitora, es cuando se considera y se da un papel al padre.

CAPÍTULO VIII. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (III): SUSPENSIÓN DEL RESTO DE LA PENA Y LIBERTAD CONDICIONAL

1. NATURALEZA
2. EL PROBLEMA DEL RÉGIMEN TRANSITORIO
3. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA. LA SUSPENSIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.
4. PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS Y COMPETENCIALES
5. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA
6. REQUISITOS DEL SUPUESTO GENERAL
7. DENEGACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL
8. PLAZO
9. SUPUESTOS PRIVILEGIADOS
 - 9.1 Adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes del cumplimiento
 - 9.2 Adelantamiento de la libertad condicional adicional a las 2/3 partes de hasta 90 días por año de cumplimiento
 - 9.3 Adelantamiento a la mitad de la condena
 - 9.4 Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales
 - 9.4.1 Pena de prisión
 - 9.4.2 Pena de prisión permanente revisable
 - 9.5 Libertad condicional de extranjeros y españoles residentes en el extranjero
10. NORMAS DE CONDUCTA
11. MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONDUCTA Y DEL PLAZO DE SUSPENSIÓN
12. REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL
 - 12.1 Introducción
 - 12.2 Causas de revocación
 - 12.3 Órgano jurisdiccional competente para la revocación

1. NATURALEZA

Una de las más genuinas competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, al menos hasta la LO 1/2015, recogida en el art. 76.2 b) LOGP, es la relativa a la aprobación de la libertad condicional.

Tal figura, lejos de estar recogida en la Ley Orgánica General Penitenciaria, encuentra su regulación en los arts. 90 y 91 CP, en la nueva redacción dada por la LO 1/2015, que la configura como una forma más de suspensión de condena, planteamiento que nos remite a los arts. 80 a 87 CP. En su regulación anterior, recogida en los arts. 90 a 93 CP, se consideraba como una forma de cumplimiento de la pena, de modo que, en caso de revocación, no se producía la pérdida del tiempo pasado en libertad.

La libertad condicional tendría como antecedente el Decreto de 23 de diciembre de 1889 por el cual se creaba la colonia penal de Ceuta y se implantaba un sistema progresivo compuesto por cuatro periodos, el último de los cuales era de libre circulación, que sería la primera expresión de aquella en España; dado el éxito del sistema, se extendería al resto del país por Real Decreto de 3 de junio de 1901 bajo el nombre de periodo de *gracia y recompensa*¹⁰⁰⁴.

Pero como tal, aparece por primera vez en nuestro ordenamiento en la Ley de 23 de julio de 1914, inspirada por el gran penitenciarista Fernando Cadalso, que la concibió como el cuarto y último grado penitenciario: la puesta en libertad, con condiciones, de los reclusos, partiendo del periodo en régimen abierto¹⁰⁰⁵.

Incorporada posteriormente al Código de 1928, se mantendría en los sucesivos textos hasta nuestros días, si bien su ubicación es claramente discutible, pues hubiera sido más coherente su regulación en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Su naturaleza jurídica, en el plano normativo, es un aspecto que el legislador siempre ha tenido poco claro, siendo su postura confusa y vacilante. En la letra de la ley penitenciaria, la libertad condicional sería una auténtica clasificación judicial, el cuarto grado penitenciario, art.72 LOGP. Frente al esquema clasificatorio general, del cual se excluye al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que no conoce de las cuestiones que se suscitan en esa área sino por vía de recurso, en este caso tal órgano intervine con potestades propias, pues sin su aprobación, no surge el nuevo estado. En el Reglamento Penitenciario, la libertad condicional se regula junto con los beneficios penitenciarios, art. 192 RP y siguientes, como un derecho subjetivo; en el Código Penal, en su redacción originaria, se recoge bajo el epígrafe de *formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad* (Cap. III, Título III, Libro I), rúbrica que, ante su imprecisión, fue sustituida en la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la de *las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*, enunciado que se mantiene hasta nuestros días; por

¹⁰⁰⁴ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Sobre la libertad condicional dos o tres propuestas de reforma". En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. coord. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1065.

¹⁰⁰⁵ GARCÍA VALDÉS, Carlos, "«Que cuarenta años no es nada... op. cit., p. 17.

último, LO 1/2015, de 30 de marzo, que reforma de nuevo el Código Penal, manteniendo el enunciado del capítulo en el que se recoge, la configura claramente como una forma de suspensión de condena¹⁰⁰⁶.

Para CUELLO CALÓN¹⁰⁰⁷ la libertad condicional era, en su concepción originaria, un favor otorgado conforme a las disposiciones legales al condenado que ha cumplido una parte determinada de su condena y se le presume capaz y reformado para obtener el beneficio de su liberación.

GARCÍA VALDÉS¹⁰⁰⁸, tras destacar la notoria falta de criterio del legislador en los diversos textos, conceptuaría la libertad condicional como el último grado del sistema de individualización científica, si bien existiría además un beneficio penitenciario que sería el adelantamiento del requisito cronológico con relación al supuesto general de las tres cuartas partes. Señalaría además lo inadecuado de su ubicación en el Código Penal de 1995, máxime en su redacción original, la cual podría llevar al equívoco de considerarla una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Discrepa de tal consideración como cuarto grado penitenciario de clasificación MAPELLI CAFFARENA¹⁰⁰⁹, pues, aunque según la legislación penitenciaria, art. 72.1 LOGP, tendría tal calificación, sin embargo, se trataría de algo distinto a aquel porque los requisitos para su concesión y revocación tienen poca relación con los criterios de progresión y regresión de grado, porque se otorga en un procedimiento diferente y porque su contenido difiere absolutamente del régimen que se corresponde con los otros grados. A lo que añadiría que mientras que la actividad resocializadora en éstos se limita a la aplicación de un tratamiento, en la libertad condicional es posible imponer otras obligaciones o deberes. Se trataría, en definitiva, de un modelo alternativo al cumplimiento tradicional de la privación de libertad, que guarda cierta relación con la suspensión y la sustitución de la pena, de forma que, mientras que estas últimas están pensadas para una etapa anterior a la ejecución, la libertad condicional lo estaría para la fase ejecutiva, motivo por el cual el legislador mantendría su regulación básica en el Código Penal.

La nueva conceptualización, como una forma de suspensión de la condena, ha supuesto un punto de inflexión respecto de criterio marcado por la redacción primigenia del Código Penal vigente, si bien el nuevo planteamiento conecta tanto con el que le precedió, el Código Penal de 1973¹⁰¹⁰, como con un cierto espíritu anunciado en la reforma operada por la LO 7/2003¹⁰¹¹, en atención a sus consecuencias.

¹⁰⁰⁶ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Artículo 90". En *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015, p.806.

¹⁰⁰⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 58.

¹⁰⁰⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Sobre la libertad condicional..." op. cit., p. 1066.

¹⁰⁰⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 191.

¹⁰¹⁰ El art. 99 del Código Penal de 1973 establecía que la reincidencia o reiteración en el delito como causa de revocación llevaba aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, no así la observancia de mala conducta.

¹⁰¹¹ El art. 92.2 y 3 CP se modificó a los fines de establecer una normativa específica en cuanto al régimen de revocación de la libertad condicional para el caso de condenados por delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del libro II del Código Penal, lo cual implicaba en tales supuestos la pérdida del tiempo pasado en libertad.

Se ha señalado así que, hasta la LO 1/2015, la libertad condicional se enmarcaba dentro del sistema de individualización científica, como la última fase de cumplimiento de la pena de prisión del condenado, habiéndose ahora producido un cambio en su naturaleza, que parte del falso entendimiento de que el cumplimiento en libertad condicional no es cumplimiento de pena, generalizando la excepción establecida por la LO 7/2003 para los condenados por terrorismo, consistente en la no deducción del tiempo disfrutado en libertad condicional del cómputo del tiempo restante por cumplir en los supuestos de revocación de la libertad condicional¹⁰¹².

No es de extrañar que el Consejo de Estado, en el Informe al *Anteproyecto de Reforma del Código Penal*¹⁰¹³, llegara a afirmar que “difícilmente cabría mantener tras esta reforma, pues, como ahora hace el artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que la libertad condicional sea el último grado o fase del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, según el sistema de individualización científica”, por lo que en lógica coherencia proponía una modificación de su caracterización en aquel otro texto legal.

En esa misma línea incide MATA Y MARTÍN¹⁰¹⁴, el cual señala, tras destacar el cambio fundamental operado por la LO 1/2015 en la conceptualización de la libertad condicional, que pasaría a ser un período de suspensión de la pena y no ya, en sentido estricto, una parte de la ejecución de aquella, la contradicción de la regulación del Código Penal con las previsiones de la Ley Orgánica General Penitenciaria que sigue manteniendo las antiguas consideraciones como última fase del cumplimiento.

La reforma no ha generado sino serias críticas por las contradicciones creadas con la regulación penitenciaria específica de esta figura; por la convivencia entre la norma penal y la penitenciaria; y por las diferencias de difícil superación en la coherencia del sistema, que había venido siendo un conjunto cohesionado e interrelacionado, habiendo dejado al penado en libertad condicional en peor situación que en el régimen abierto¹⁰¹⁵.

La suspensión de la ejecución de la pena pasa a ser así en el Código Penal, afirma CERVELLÓ DONDERIS¹⁰¹⁶, una figura que abarca la suspensión propiamente dicha, la sustitución de la pena y la libertad condicional, lo que implica una confusión entre el no ingreso inicial en prisión como alternativa a las penas cortas de prisión y la excarcelación anticipada al final de la condena; si a ello se une que el proceso de revisión de la pena de prisión permanente revisable se regula también dentro de la suspensión de la ejecución, el resultado es una regulación compleja y de difícil comprensión. Es más, la suspensión de la pena de prisión permanente revisable, aunque exige similares requisitos que la libertad condicional, en realidad se trata del

¹⁰¹² GUIASOLA LERMA, Cristina. “Libertad Condicional (arts. 90, 91 Y 92)”. En: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, coords. GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 363.

¹⁰¹³ Dictamen de 27 de junio de 2013.

¹⁰¹⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Apuntes sobre la esperada... op. cit.

¹⁰¹⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., p. 77.

¹⁰¹⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Prisión permanente revisable II (art. 36)”. En: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, coords. GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 218-219.

proceso de revisión necesario para que no acabe siendo una pena perpetua, dado que tiene, en principio, una duración indeterminada e indefinida, por lo que de hecho está operando como una vía de revisión o de finalización de la condena, más que como una excarcelación adelantada.

Cabe concluir, coincidiendo con SOLAR CALVO¹⁰¹⁷, que, con la reforma de la libertad condicional y su configuración como una forma de suspensión, se ha llegado a un resultado extravagante y extraño, al mezclarse las alternativas a la prisión y el sistema de individualización científica para la ejecución de aquella, máxime cuando no se ha introducido novedad alguna en el Ley Orgánica General Penitenciaria, ni en su reglamento.

Como ha señalado algún autor¹⁰¹⁸, parece que se importa la nueva configuración de otro sistema, el alemán, donde no existe la clasificación y la libertad condicional no opera como la última fase del cumplimiento, siendo la pérdida del tiempo pasado en tal situación una consecuencia necesaria según su normativa.

En todo caso, su concesión se trata de una competencia que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, fruto de una cognición plena, no vinculada por la propuesta de la Administración; todo ello sin perjuicio de la ineludible tramitación por la aquella del correspondiente expediente *ad hoc*¹⁰¹⁹.

2. EL PROBLEMA DEL RÉGIMEN TRANSITORIO

Dado el dispar régimen introducido por la reforma en la materia de la libertad condicional, no tanto por los requisitos de acceso a ella, sino por los efectos de su eventual revocación, notoriamente desfavorables frente a la regulación derogada, la pérdida del tiempo pasado en libertad¹⁰²⁰, ante la ausencia de un pronunciamiento expreso del legislador mediante una disposición transitoria, se ha planteado el problema de la subsistencia de la antigua regulación para las condenas por hechos anteriores, en definitiva, un problema de retroactividad. No es un tema pacífico, ya que la respuesta ha de venir dada por la consideración de si la expectativa de la libertad condicional en el cumplimiento de la pena de prisión cabe entenderla como parte del contenido afflictivo de la pena o bien se trata de una mera de ejecución¹⁰²¹. En el primer caso, considerando el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, art. 9.3

¹⁰¹⁷ SOLAR CALVO María del Puerto. “La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP nº 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016”. En: *Diario La Ley*. nº 8873, 2016.

¹⁰¹⁸ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 165.

¹⁰¹⁹ STC 79/1998, de 1 de abril (ROJ: STC 79/1998 - ECLI:ES:TC:1998:79).

¹⁰²⁰ El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 sobre el *Anteproyecto* de reforma advertía de esta problemática en torno a la retroactividad de la ley penal desfavorable.

¹⁰²¹ Ya Concepción Arenal sostenía que “el modo de cumplir la pena forma parte esencial de la pena misma: apenas se puede imaginar una variación del modo de cumplir la pena que no la agrave o la suavice; de forma que variar viene a ser aumentar o disminuir”, Obras completas de D^a Concepción Arenal. Tomo Decimocuarto. Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes. Madrid, 1896, p. 7. En MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Aproximación a Concepción Arenal... op. cit., p. 205.

CE, la respuesta sería la subsistencia de la anterior regulación en tales supuestos, mas, si se considera que tal expectativa¹⁰²² es ajena al contenido punitivo, la nueva regulación sería aplicable a todas las condenas, con independencia de la fecha de los hechos delictivos.

El problema ya se planteó con la introducción con la LO 7/2003 de los periodos de seguridad, arts. 36 y 78 CP, siendo la respuesta del Tribunal Supremo¹⁰²³ que aquellos tenían naturaleza penal o material, que afectaban al contenido aflictivo, no mera cuestión de ejecución.

ROCH IZARD¹⁰²⁴ considera, por su parte, que los argumentos recogidos en la STS 748/2006, de 12 de junio (ROJ: STS 4583/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4583), que valen para vetar la retroactividad de los periodos de seguridad son, a *grosso modo*, parecidos a los que utilizó años después en la STEDH de 21 de octubre de 2013, *asunto Del Río Prada c. España*, referente a la aplicación retroactiva de un nuevo criterio jurisprudencial referente a elementos esenciales de las condenas de prisión fruto de la acumulación jurídica de penas que se apartaba del mantenido por los tribunales durante décadas, además de ser profundamente desfavorable para el reo. Entendería que ese mismo planteamiento sería trasladable a las modificaciones de la libertad condicional a penados por hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2015, cuando la aplicación de la nueva normativa sea claramente desfavorable.

CERVELLÓ DONDERIS¹⁰²⁵ pone de relieve las discrepancias entre los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria¹⁰²⁶ al respecto, si bien mayoritariamente rechazan la aplicación de la nueva normativa a hechos anteriores a su entrada en vigor -salvo que sea más favorable-, postura coincidente con la Fiscalía¹⁰²⁷ y los Servicios Penitenciarios de Cataluña¹⁰²⁸, no así la SGIP¹⁰²⁹. E invocando la STEDH ya citada anteriormente, se entendería, por exigencia de la seguridad jurídica, que ésta debe alcanzar tanto a la extensión y modalidad de la pena, como a la forma de cumplimiento, de modo que, en la medida en que la nueva normativa puede implicar el alargamiento de la fecha de excarcelación, por las consecuencias de la revocación, no sería la modificación aplicable retroactivamente.

¹⁰²² Sobre el diferente tratamiento de los derechos y las meras expectativas ya se pronunció la STC 42/1986, de 19 de abril (ROJ: STC 42/1986 - ECLI:ES:TC:1986:42) que declaró que lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia de los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad. Y así se concluye que la prohibición del art. 9.3 CE requiere, primero, que se trate de retroactividad, en los términos dichos, y, en segundo término, que la nueva disposición sea restrictiva de derechos, lo que supone la previa existencia de un derecho y no de una mera expectativa.

¹⁰²³ STS 748/2006, de 12 de junio (ROJ: STS 4583/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4583).

¹⁰²⁴ ROCH IZARD, Màrius, "Consideraciones sobre la configuración legal y aplicación del periodo de seguridad del art.36 CP". <https://www.abogacia.es/2016/01/21/consideraciones-sobre-la-configuracion-legal-y-aplicacion-del-periodo-de-seguridad-del-art-36-cp/> [consulta 2/10/2019].

¹⁰²⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., p. 122 a 128.

¹⁰²⁶ Reuniones de Málaga en 2017 y Coruña en 2018.

¹⁰²⁷ Circular FGE 3/2015, de 22 de junio.

¹⁰²⁸ I 3/2015, de 30 de junio.

¹⁰²⁹ I SGIP 4/2015, de 29 de junio.

La nueva normativa sería más generosa en la concesión que la anterior, pues los requisitos para acceder a la libertad condicional anticipada, en sus diversas modalidades, son más laxos. Así, el antiguo art. 91.1 CP exigía el desarrollo de actividades de forma continuada, en todo caso, y con un aprovechamiento excepcional, mientras que ahora en el art. 90.2 CP se prescinde de esta última calificación y se añade la alternativa, de modo que, aunque no sean continuadas, han de serlo con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.

Lo que realmente hace más duro el nuevo régimen son las consecuencias de la revocación, pero en este aspecto, precisamente la STEDH que se invoca, el *asunto Del Río Prada c. España*, recoge justo el argumento contrario al expuesto, con cita de otro asunto resuelto por este Tribunal anteriormente, caso *Kafkaris c. Chipre*¹⁰³⁰, en el cual la modificación de la legislación penitenciaria había privado a los reclusos que cumplían penas de reclusión indefinida del derecho a la remisión de su condena, considerándose allí que tal cambio afectaba a la ejecución de la condena y no a la pena impuesta y que aunque la modificación de la legislación penitenciaria y de las condiciones de excarcelación podría haber endurecido la reclusión, ello no podía interpretarse como una *pena* más rigurosa que la impuesta por el tribunal sentenciador.

En línea con el anterior aserto, SALAT PAISAL¹⁰³¹ entiende que es posible la aplicación de la nueva regulación con carácter retroactivo. La reforma de la libertad condicional es una modificación de carácter procesal que afecta a la forma de ejecución de la pena de prisión, mas no altera ni la duración, ni implica mayor gravedad de la pena impuesta; solo en caso de revocación podría cuestionarse esta afirmación y ni siquiera, pues cuando tal eventualidad ocurre, lo es por la propia conducta del liberado y no se modifica la previsión al tiempo de la comisión del delito por parte de su autor en cuanto a la duración de la eventual condena.

Una postura intermedia vendría representada por la expuesta por MAPELLI CAFFARENA¹⁰³² al aborda el problema de la retroactividad de las normas con relación a los beneficios penitenciarios en general. Habría que partir desde la consideración de dos posibles soluciones. La primera, entender que a la totalidad de las normas referidas a la ejecución de las penas se le aplica el principio de irretroactividad en los mismos términos que a las normas penales -principio de asimilación- y, en consecuencia, el punto de referencia es el momento de la comisión, por lo cual, dichas normas son irretroactivas, salvo que favorezcan al reo. Como segunda opción, entender que las normas referidas a la ejecución no son normas penales, por lo que para su eficacia no se debe tomar como referencia el momento de la comisión de la infracción, sino el momento de la ejecución, como sucede con las normas procesales -principio de diferenciación-, con lo cual, en cada momento durante el tiempo de cumplimiento se vendrá aplicando la norma de ejecución vigente –*tempus regit actum*–. Si bien la irretroactividad es una garantía asociada, en primer lugar, al principio de legalidad y a

¹⁰³⁰ STEDH de 12 de febrero de 2008, *asunto Kafkaris c. Chipre*.

¹⁰³¹ SALAT PAISAL, Marc. "Libertad condicional". En: *Comentario a la reforma penal del 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015, pp. 189-201.

¹⁰³² MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Algunas cuestiones... op. cit., pp. 47-54.

la seguridad jurídica, no obstante, también lo estaría a la función motivadora de las normas, pues solo la norma conocida tiene capacidad para disuadir a las personas de realizar determinados actos socialmente no deseados. Pero incluso desde la óptica de la seguridad jurídica, tal garantía implica el derecho de los ciudadanos a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal, pero al tiempo conocer con certeza cual es la forma en que se van a aplicar las penas, esto es, en que se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta. Por ello, no cabe afirmar que solo tienen que ser irretroactivas aquellas normas que tienen como misión la motivación de las conductas humanas, frente a las normas de ejecución de penas de esa garantía; como tampoco cabe escindir en el marco de la prevención general la tipificación de la conducta y la pena, frente a su ejecución.

Prosigue este autor que, considerando la autonomía del Derecho Penitenciario frente al Derecho Penal y al Procesal, las dos posturas inicialmente señaladas no pueden aplicarse a esta disciplina satisfactoriamente, pues en ella habría que distinguir normas penitenciarias de carácter funcional, tales como las que rigen los derechos, deberes, materia disciplinaria, etc., frente a otras carácter sustantivo, que se refieren al cumplimiento material de la pena que coincidirían con los llamados beneficios, pero, eventualmente, se incluyen también aquí aquellas otras normas que contemplarían sustituciones de la pena durante la ejecución o resuelven problemas que pueden afectar a ésta, como las enfermedades sobrevenidas y su repercusión en la ejecución de las penas. Las primeras se aplicarían en el momento en que entran en vigor y con efecto retroactivo, si con ello se beneficia al condenado, siempre que fuera posible. Las segundas se regirían por sus propios principios, debiéndose distinguir dentro de ellas entre las de carácter general, que no guardan relación con el delito cometido, sino con la relación jurídica originada por la sentencia condenatoria firme -dentro de ellas estarían instituciones como los permisos o los requisitos generales de obtención de la libertad condicional o al régimen abierto-; y, por otro lado, las que condicionan la obtención de un cambio sustancial en la ejecución de la pena al tipo de delito cometido. Las primeras toman en cuenta el momento en que se inicia la ejecución de la pena, mientras que, en el segundo, la norma que describe la conducta típica y, en consecuencia, aplicará esos criterios tomando en cuenta el momento de la comisión del delito.

Y concluye que la razón de ello sería que una solución distinta podría ocasionar problemas de ejecución insalvables en aquellos casos en los que transcurre un tiempo considerable entre la comisión del delito y la ejecución material de la pena, amén que la referencia debe ser el momento en que se inicia la ejecución porque es entonces cuando adquiere vigencia la relación jurídica entre la Administración de justicia y el condenado, la cual sirve de fundamento a las normas penitenciarias.

Desde el punto de vista jurisprudencial el ATS de 25 de julio de 2019 (ROJ: ATS 8963/2019 - ECLI:ES:TS:2019:8963A) deja entrever que, dado que el régimen de la libertad condicional con relación a los condenados por delitos cometidos con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 es, por regla general, más favorable al permitir la anterior redacción del art. 93 CP el cómputo del tiempo pasado en libertad, en tales supuestos tal instituto ha de regirse por la normativa derogada.

Posteriormente, en la STS 561/2020, de 29 de octubre (ROJ: STS 3650/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3650), aunque no siendo el objeto específico del recurso considerado, si bien íntimamente unida la cuestión al tema de fondo, la existencia de un delito de quebrantamiento de condena, el Tribunal Supremo aborda el alcance del cambio operado por la LO 1/2015 en la naturaleza de la libertad condicional y la eventual retroactividad de la nueva normativa; así dado que las reformas en materia penal no pueden tener carácter retroactivo, salvo en lo favorable, y no siéndolo la nueva regulación por las consecuencias de la eventual revocación, no cabe proyectar su eficacia sobre las condenas por hechos anteriores.

Ya, por último, la STS 380/2021, de 5 de mayo (ROJ: STS 1739/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1739), dictada en unificación de doctrina, resuelve la cuestión en línea con lo expuesto, al entender que las condiciones de ejecución afectan al cómputo de la pena, pues se alarga el plazo de extinción, y no se computa, en caso de revocación, el tiempo pasado en condicional, por lo cual no sería propiamente una mera modalidad de ejecución, sino que se integra en la propia duración de la pena, lo que afecta al principio de legalidad en ejecución penal y, por tanto, abarcado por exigencia del art. 2 CP, que impone la irretroactividad de las normas penales salvo en lo que sea favorable.

Lo que desde luego no parece procedente es hacer un régimen a la carta – como no lo fue con relación a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 respecto de las condenas impuestas bajo la vigencia del Código Penal de 1973¹⁰³³-, esto es aplicar a los supuestos de hecho anteriores a la nueva norma lo mejor de la antigua y de la nueva redacción, pues la retroactividad o irretroactividad de una regulación en una institución ha de hacerse en bloque¹⁰³⁴.

No obstante, la STS 425/2022 de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677), dictada en unificación de doctrina, se aparta de tal principio, hasta entonces no cuestionado, y aplica a una libertad condicional concedida al amparo del nuevo régimen, consentida por el penado, pero con referencia a una condena derivada de hechos anteriores, el régimen de revocación anterior a la reforma por

¹⁰³³ Las SSTS 557/1996, de 18 de julio (ROJ: STS 4470/1996 - ECLI:ES:TS:1996:4470), 848/1997, de 6 de junio (ROJ: STS 3989/1997 - ECLI:ES:TS:1997:3989), y 405/2000, de 14 de marzo (ROJ: STS 2042/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2042), establecen que para la determinación de cuál sea la ley más favorable, ha de tenerse en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código.

¹⁰³⁴ Esta puntualización se hace en referencia algunas resoluciones judiciales, sirva de ejemplo el AAP Alicante (10ª) de 11 de marzo de 2019 en el cual, a un supuesto de libertad condicional aprobada conforme a la nueva regulación, sin embargo, le reconoce el efecto del cómputo del tiempo pasado en tal situación conforme a la normativa derogada. El supuesto de hecho no deja de ser curioso, pues habiéndose negado tal efecto por el Juez de Vigilancia, no se recurre la resolución, sino que se plantea directamente la cuestión ante el sentenciador, en unos tiempos propios del recurso de apelación. El ATS de 25 de julio de 2019 (ROJ: ATS 8963/2019 - ECLI:ES:TS:2019:8963A), que se pronuncia sobre la cuestión de competencia planteada por el Juez de Vigilancia ante tal situación, entiende, por las particularidades procesales del caso, que no puede prosperar la cuestión de competencia.

De todas formas, la STS 561/2020, de 29 de octubre (ROJ: STS 3650/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3650), con relación a la regulación de la libertad condicional, afirma claramente que la determinación de la norma penal más favorable ha de hacerse comparando bloques normativos, esto es entre normas completas, sin que proceda la comparación troceada de las instituciones que se modifican, conforme dispone la DT 2ª CP.

entender que el mayor gravamen de la nueva legislación se concreta en ese momento. En definitiva, la resolución del Tribunal Supremo crea un régimen jurídico *ad hoc* para tales supuestos combinando ambas regulaciones, posición que no deja de ser sorprendente; es perfectamente posible que el penado se haya acogido a la nueva regulación por ser más favorable en la concesión, caso de las modalidades privilegiadas, en las cuales, en general, los requisitos de acceso son más relajados que en la normativa anterior, pero luego llegado el momento de la revocación, interesar la aplicación de la normativa derogada, eludiendo así los aspectos de la nueva que no le convienen, la pérdida del tiempo pasado en libertad.

Por otro lado, de entender que la reforma tiene carácter material y no mera cuestión de ejecución, ello implicaría la posible revisión de una libertad condicional aprobada conforme a la anterior normativa, si la nueva regulación pudiera resultar más favorable.

En caso de concurrencia de condenas por hechos anteriores o posteriores, la normativa aplicable ha de entenderse que es la nueva, pues a las condenas por estos últimos no cabe aplicar una ley derogada. Otra opción sería hacer dos bloques, mas, ello sería desconocer el principio de unidad de ejecución.

3. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA. LA SUSPENSIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

La competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en lo relativo a la pena de prisión, lo es tanto para la aprobación de la suspensión del resto de la pena y libertad condicional, como para la revocación, además de para la imposición y modificación de las normas de conducta, si bien el seguimiento corresponde a los Servicios Sociales Penitenciarios o Centro de Reinserción Social, art. 200 RP.

Con total incoherencia, como luego se dirá, el Juez de Vigilancia tiene también competencia para revocar la suspensión de la libertad condicional en la pena de prisión permanente revisable, art. 92.3 CP, cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

El actual art. 90 CP hace referencia, en exclusiva, a la pena de prisión, en clara contraposición con el art. 92 CP, que se refiere a la prisión permanente revisable, pero, fruto de una poco depurada técnica legislativa, se suscita una duda en cuanto al objeto de la suspensión del resto de la pena y libertad condicional, pues junto a estas penas privativas de libertad, el art. 35 CP recoge otras dos, a saber, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de multa.

La exclusión de la pena de localización permanente de este instituto no plantea problema alguno, pues es una pena de cumplimiento no penitenciario, ya que, aunque el art. 37.1 CP contempla la posibilidad de su cumplimiento en centro penitenciario, en la medida en que esa situación solo es factible cuando expresamente se contemple en la Parte Especial, no existiendo en ella supuesto alguno en que así se haga, no existe

realmente tal opción; pero aunque fuera el caso contrario, al ser pena privativa de libertad de cumplimiento discontinuo, no sería posible la clasificación penitenciaria, lo cual de nuevo impediría la libertad condicional.

Pero en el caso de la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de multa la respuesta no es tan sencilla pues, desde el punto de vista legal, responsabilidad personal subsidiaria y pena de prisión son formas diversas de privación de libertad, aunque sea obvio que no es así en la forma de cumplimiento. Con la aprobación del Código Penal de 1995 se suscitó alguna duda ya al respecto, si bien la doctrina mayoritaria entendió que salvo que se cumpliera bajo la forma de arresto de fin de semana, no ofrecía problema alguno el acceso a la libertad condicional¹⁰³⁵.

Pudiera pensarse que estamos ante un mero olvido o un defecto de técnica legislativa, pero hay que recordar que también cabe considerar que fuera esa la voluntad del legislador, pues del mismo modo que ha recobrado del Código Penal de 1973 una consecuencia de la revocación de la libertad condicional, la pérdida del tiempo pasado en libertad, es posible entender que haya seguido el mismo camino con la exclusión de ella en las penas cortas de privación de libertad, como ocurría bajo la vigencia del antiguo art. 98 del Código Penal de 1973¹⁰³⁶. Salvar este obstáculo, ante la literalidad del precepto, es una quimera en el caso de cumplimiento de una única pena de esa clase, si bien en el supuesto más frecuente, cuando concurre con otras penas de prisión, la solución puede venir dada por el principio de unidad de ejecución, considerando toda la privación de libertad como pena única de prisión, dándose así una cobertura a la realidad común del modo de cumplimiento.

Por otro lado, con relación a la regulación de la libertad condicional con anterioridad a la reforma, habría que citar una figura que había surgido en la práctica, la suspensión de la libertad condicional. Se trata de una solución carente de referencia legal expresa, a pesar de ser un supuesto extraordinariamente frecuente, que surge en dos supuestos: cuando un liberado reingresa en el establecimiento penitenciario en calidad de preso preventivo; y cuando un liberado condiciona ingresa a cumplir una nueva condena por hechos anteriores a la concesión de aquella. Con la suspensión de la libertad condicional se solventaría la imposibilidad material de estar cumpliendo una pena bajo la forma de libertad condicional y, al tiempo, estar privado, bien cautelarmente, bien como consecuencia del cumplimiento de una pena de prisión, de esa libertad; al quedar suspendida la libertad condicional, esa simultaneidad imposible queda salvada. La suspensión duraría hasta que se retorne a la libertad, bien por cese de la medida cautelar, bien por el cumplimiento de la pena en un régimen de vida que no permita la refundición con aquella condena en la cual se había concedido la libertad condicional o bien cuando sí sea procedente aquella, en cuyo caso se ampliaría la libertad condicional inicialmente concedida a la nueva condena.

Sobre la necesidad de su regulación en el Código Penal, con anterioridad a la LO 1/2015, se habría pronunciado GARCÍA VALDÉS¹⁰³⁷, si bien con una formulación

¹⁰³⁵ RENART GARCÍA, Felipe. *La libertad condicional...* op. cit., pp. 81-83.

¹⁰³⁶ Tal precepto disponía que las penas privativas de libertad de un año no gozaban de libertad condicional.

¹⁰³⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Sobre la libertad condicional..." op. cit., p. 1069.

más amplia, en línea con su planteamiento en cuanto a la necesidad de introducción de una nueva causa de revocación por una eventual involución tratamental.

SALAT PAISAL¹⁰³⁸ entiende que debería haberse aprovechado la reforma para regular los efectos de la suspensión cautelar de la libertad condicional en los casos expuestos, ausencia normativa que no sería óbice, no obstante, para reconocer su vigencia, sin que sea computable el tiempo que dure la situación en el plazo de suspensión.

Aunque algún otro autor sostiene también la vigencia de esta figura¹⁰³⁹, sin embargo, cabe afirmar que resulta inútil dada la actual naturaleza del instituto y el nuevo régimen jurídico de revocación. Al ser ahora la libertad condicional una forma de suspensión de condena, no ya una forma de cumplimiento de una pena privativa de libertad en sentido estricto, como lo era en la anterior regulación, nada impide que se pueda compatibilizar aquella con una situación de privación de libertad, hecho que además es habitual en el caso de las suspensiones de condenas acordadas al amparo del art. 80 CP, como alternativa al cumplimiento, sin que nadie se plantee la suspensión del plazo fijado por el sentenciador. Esto es, si la pena está suspendida, como la libertad condicional no es cumplimiento, nada impide que simultáneamente se esté cumpliendo otra pena privativa de libertad o se esté sujeto a una medida cautelar, al tiempo que corre simultáneamente el plazo de suspensión. El único efecto de esta situación es que habrá que adaptar las prohibiciones y deberes inherentes a la libertad condicional para que puedan ser llevados a cabo en el medio penitenciario. Simplemente ahora debe procederse con otra mentalidad.

4. PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS Y COMPETENCIALES

La actual redacción de los arts. 90 a 92 CP¹⁰⁴⁰ es especialmente imprecisa en lo terminológico e innecesariamente confusa en la atribución competencial, esto es, en la concreta intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria o del juez o tribunal sentenciador en cada caso, como ya fue denunciado en el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 al informar sobre el *Anteproyecto*.

Por el regla general, los arts. 90 y 91 CP, al referirse a la libertad condicional en el ámbito de la pena de prisión, recogen el término *suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional*, mas, en el art. 92 CP, relativo a pena de prisión permanente revisable, el legislador parece decantarse por el de *suspensión de la ejecución*, como para diferenciarse de la normativa recogida en los preceptos precedentes, si bien ulteriormente, en los párrafos tercero y cuarto de tal precepto, recoge de nuevo la denominación *libertad condicional*. Pero en todo caso, los tres

¹⁰³⁸ SALAT PAISAL, Marc. "Análisis del instituto de la libertad condicional en la Reforma del Código Penal de 1995". En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. nº 19, 2015, pp. 432-433.

¹⁰³⁹ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 179.

¹⁰⁴⁰ Tal redacción trae causa en el *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (presentado el 24/09/2013).

preceptos se recogen en una misma sección, el Cap. III, del Título I, Libro I, del Código Penal, bajo la rúbrica *Libertad condicional*.

Más allá de lo terminológico, la diferencia en el plano competencial entre los dos primeros preceptos, arts. 90 y 91 CP, y el tercero, art. 92 CP, radica en que en aquellos el protagonista es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, mientras que, en el último, lo sería el juez o tribunal sentenciador. No obstante, el art. 90.7 CP, en el ámbito de la pena de prisión, recoge una referencia al juez o tribunal sentenciador a la hora de fijar un plazo de revisión de la decisión sobre la concesión y el art. 90.3 CP, en el ámbito de la pena de prisión permanente revisable, en cuanto a la revocación de la suspensión, la referencia lo es al Juez de Vigilancia.

La mención al juez o tribunal sentenciador podía encontrar justificación, se ha señalado, por la nueva naturaleza atribuida a la libertad condicional, como forma de suspensión de la pena, ya que la decisión sobre la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad corresponde a tales órganos, conforme al Código Penal¹⁰⁴¹.

Tal confusión arranca de la primera versión del *Anteproyecto* (julio 2012), que contenía la retirada de la función decisoria en esta materia al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, lo cual, entiende RENART GARCÍA¹⁰⁴², que solo podía responder a dos exégesis incompatibles entre sí: una a la precipitación y a la irreflexión y, otra, más intuitiva, que vería en esta decisión propósitos inconfesables. Se recordaría, al tiempo, que los inicios de la actuación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en nuestro país distaron de ser pacíficos, buscándose así con este nuevo reparto competencial una mayor complacencia con la actuación administrativa ante el mayor desconocimiento, en general, de la materia por los juzgados y tribunales sentenciadores.

En este sentido, el Informe del CGPJ al *Anteproyecto*¹⁰⁴³ es sumamente ilustrativo, pues destaca como lo más llamativo de la nueva regulación que se proponía de la libertad condicional, la falta de determinación del órgano competente para la decisión sobre ella; recordaba que, conforme con el art. 76.2 b) LOGP, ésta está atribuida expresamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, mientras que en el texto presentado para informe tan solo se mencionaba a este órgano en el párrafo primero del art. 90.1, introduciéndose en el párrafo segundo una referencia al *juez o tribunal*, al igual que los arts. 90, 91 y 92, sin que se volviera a mencionar al Juez de Vigilancia Penitenciaria. El citado Informe concluye que, obviamente, cabe deducir que ese *juez o tribunal* no puede ser otro que el sentenciador –o aquel que tenga atribuida la ejecución-, eliminando toda duda de que pudiera referirse al Juez de Vigilancia Penitenciaria la mención relativa al *tribunal*. Ese diseño competencial de la libertad condicional se rechazaría, no ya porque esa competencia viene atribuída en la Ley Orgánica General Penitenciaria y Ley Orgánica del Poder Judicial al Juez de Vigilancia Penitenciaria - competencia que no se modifican en el *Anteproyecto*-, sino porque es el Juez de

¹⁰⁴¹ GUIASOLA LERMA, Cristina. "Libertad Condicional (arts. 90... op. cit., p. 364.

¹⁰⁴² RENART GARCÍA, Felipe. "La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de Reforma del Código Penal". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. nº extra 2, 2013, (Ejemplar dedicado a: *in memoriam* del Profesor Francisco Bueno Arús), pp. 220-221.

¹⁰⁴³ Informe del CGPJ de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Vigilancia el que ha conocido y ha seguido la trayectoria penitenciaria del penado, de lo cual cabe concluir que es éste el que cuenta con más datos para realizar la valoración que la ley establece como previa a la decisión sobre la suspensión (la personalidad, antecedentes, su conducta durante el cumplimiento de la pena, circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas).

No obstante lo expuesto, en el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020¹⁰⁴⁴ se excluye de nuevo al Juez de Vigilancia y se vuelve a atribuir la competencia al tribunal de ejecución, el cual no es sino el órgano judicial que ha dictado sentencia; en definitiva un nuevo intento de fragmentación del proceso de reinserción de los penados, que se contempla no como una unidad, sino como dos fases divididas, una penitenciaria, con órganos propios de control, el Juez de Vigilancia, y otra extrapenitenciaria, sometida al sentenciador, el cual carece de toda formación específica en la materia. En definitiva, un paso más de huida en la especialización de los órganos que intervienen en la ejecución de la pena privativa de libertad.

5. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA

El art. 90.7 CP recoge una auténtica antinomia normativa, pues tras establecer que el pronunciamiento judicial sobre la libertad condicional se realiza de oficio, a continuación, se somete la actuación judicial a la previa petición del interesado. Esta poco acertada redacción ya fue puesta de manifiesto en el Informe del CGPJ al *Anteproyecto*¹⁰⁴⁵, el cual destaca que la nueva regulación no deja claro si la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión debe ser acordada de oficio una vez se cumplan los requisitos del art. 90 y exista un pronóstico favorable, como así parece indicar la dicción del 90.1 (“El Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará...”); o si es a instancia del penado, como parece que se establece en el numeral 7º del art. 90 (“El juez o tribunal resolverá sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado”).

Para CERVELLÓ DONDERIS¹⁰⁴⁶ cabrían ambas vías, a diferencia de la normativa anterior, en la cual la iniciativa correspondía, en todo caso, a la Administración, conforme al art. 194 RP.

Por su parte, GUIASOLA LERMA¹⁰⁴⁷ apunta que la posibilidad instar la tramitación del expediente de libertad por el penado genera confusión y disfuncionalidad ante la exclusiva previsión reglamentaria de iniciativa administrativa, lo cual fundamentaría la necesidad de reforma de esta última normativa.

¹⁰⁴⁴ Arts. 907 y ss.

¹⁰⁴⁵ Informe del CGPJ de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 106.

¹⁰⁴⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., pp. 158-160.

¹⁰⁴⁷ GUIASOLA LERMA, Cristina. *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/2015 CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 101.

En el caso de que la petición no fuera estimada, se podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada. En la letra de la ley, absurdamente, se hace referencia al *juez o tribunal*, expresión que solo muy forzosamente puede referirse al Juez de Vigilancia, aunque por pura lógica ha de ser éste el que decida sobre tal cuestión. En su literalidad, aunque carezca de toda lógica, es el sentenciador el que ha de pronunciarse sobre tal posibilidad y, dado que éste solo interviene en esta materia en la resolución de un eventual recurso de apelación, sería con tal ocasión cuando debería hacer tal clase de declaración.

6. REQUISITOS DEL SUPUESTO GENERAL

En la regulación del supuesto general de libertad condicional, sus requisitos, en lo fundamental, no hay grandes diferencias, antes y después de la LO 1/2015. Para acceder a ella se exige, además de estar el penado clasificado en tercer grado, tener cumplidas las $\frac{3}{4}$ partes de la condena y haber observado buena conducta.

A la hora de considerar el requisito cronológico ha de tenerse en cuenta la eventual existencia de un periodo de seguridad del art. 78 CP, cuestión que ya se expuso al estudiar esta figura.

En el caso de existir pluralidad de condenas de cumplimiento sucesivo, habrá de acudirse al principio de unidad de ejecución, al que también anteriormente se ha hecho referencia, la denominada refundición penitenciaria recogida en el art. 193 RP, esto es, la suma de aquellas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional.

Este precepto recoge además cómo proceder para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, en caso de indulto. Así, el tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración¹⁰⁴⁸. Para el caso de ser varias las condenas, se consideran como una y, si hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

Uno de los votos concurrentes -suscrito por seis miembros de la Sala- de la STS 467/2022, de 15 de mayo (ROJ: STS 2007/2022-ECLI:ES:TS:2022:2007) plantea un especial supuesto de suspensión de la pena, cuyo conocimiento correspondería a la jurisdicción de vigilancia, al margen de la literalidad del art. 90 CP, con un particular requisito cronológico, el cual se fija tomando como referencia la pena de prisión permanente revisable (25 años). Se trataría de aquellos casos en los cuales no fuera factible, por no darse el requisito temporal del art. 76.2 CP, la acumulación jurídica, superándose así los límites previstos en el propio art. 76.1 CP. Se entendería que en estas situaciones puede producirse un desequilibrio manifiesto de la ley en la configuración de la reacción penal cuando se superan los plazos de revisión de la pena

¹⁰⁴⁸ Curiosamente, esta redacción se mantiene desde el Decreto de 5 de marzo de 1948.

de mayor entidad en nuestro ordenamiento, dándose la paradoja que, conductas de menor entidad que aquellas que son sancionadas con dicha pena, tienen un resultado penológico más grave. Para superar esa distorsión punitiva, se propondría articular un mecanismo de revisión ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por analogía, una vez se alcance el grado de cumplimiento antes indicado.

En cuanto a la exigencia de la observación de buena conducta, se trata de un requisito que se introduce en el Código Penal de 1995, frente al moralizante concepto de intachable conducta del Código Penal de 1973, pero al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, como señala CERVELLÓ DONDERIS¹⁰⁴⁹, ello acarrea serios problemas de interpretación, pues cabrían posturas que enlazarían con el término ya superado o, incluso con un régimen disciplinario estricto -ausencia de cualquier sanción-. En este sentido, esta autora propondría un concepto ligado a la trayectoria penitenciaria en sentido amplio, manifestada en la ausencia de incidencias relevantes que permitan entender que el sujeto pueda disfrutar el tiempo que le resta, con más amplias facultades de libertad que en el régimen abierto.

Puede ser significativo en esta cuestión el planteamiento recogido en la STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859), resolución ésta dictada con relación a los permisos ordinarios de salida, respecto de los cuales, para su concesión, se exige este mismo presupuesto conductual. La buena conducta enlazaría con el tratamiento penitenciario, los mecanismos propios de aquel, que deben acomodarse a la singularidad de su propia evolución y a los instrumentos orientados a obtener un mejor pronóstico de resocialización, prescindiendo de automatismos que ignoran las particularidades de éste; ello conduce a que haya que contemplar el tiempo que el penado lleva sometido al tratamiento, el esfuerzo apreciado en su desarrollo o los contextos en los que sobrevino el fracaso (sanciones) e, incluso, el tiempo que reste hasta la ineludible puesta en libertad del interno por cumplimiento completo de la pena privativa de libertad impuesta.

No se recogería, aparentemente, tras la reforma, con relación a la pena de prisión, la concurrencia de un pronóstico de reinserción social favorable, presupuesto que sí se mantendría en el caso de prisión permanente revisable - art. 92.1 CP-. Sin embargo, materialmente, si bien no nominalmente, aquel sigue vigente, ahora sin intervención de la Junta de Tratamiento, al menos en el planteamiento del Código Penal, pues sigue en vigor el art. 67 LOGP¹⁰⁵⁰, que no ha sido reformado, y se exige al Juez de Vigilancia valorar la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Precisamente, esos mismos son los aspectos que se someten a la valoración por

¹⁰⁴⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., p. 143.

¹⁰⁵⁰ Art. 67 LOGP

Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá 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.

tribunal sentenciador, cuando de la pena de prisión permanente revisable se trata, art. 92.1 CP, y que se denomina pronóstico de reinserción.

El problema realmente viene en la ya citada ausencia de toda referencia al informe pronóstico de la Administración penitenciaria o a cualesquiera otros que pudiera valorar el Juez de Vigilancia a la hora de tomar su decisión, lo cual hace surgir la duda en cuanto a que puedan recabarse por tal autoridad. Esta omisión, para RENART GARCÍA¹⁰⁵¹, no es un serio impedimento, ante el silencio de la ley, a diferencia de lo que ocurría con el antiguo art. 90 CP con relación a los eventuales informes extrapenitenciarios, por lo cual nada impide a la autoridad judicial contar con los informes emitidos por el órgano colegiado de la institución penitenciaria sobre aspectos de naturaleza estrictamente penitenciaria y otros emitidos por otros técnicos. Se advierte no obstante del peligro de que el órgano judicial ciña su decisión a la mera constatación de los requisitos objetivos legalmente establecidos –ya sea por ausencia de formación criminológica o por falta de tiempo–, que solo puede ser “conjurado con la facilitación de cuantos informes técnicos pueda requerir para que su decisión resulte técnica y científicamente más consistente y, con ello, menos incitadora de posteriores impugnaciones”.

En esta cuestión SALAT PAISAL¹⁰⁵² considera que a pesar de la eliminación expresa en el art. 90 CP del término analizado, es igualmente necesario que la Junta de Tratamiento realice tal informe en el cual deben hacerse constar las distintas variables a tener en cuenta para la concesión de la libertad condicional, pues no se ha modificado el precepto antes mencionado de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ni el correlativo del reglamento, art. 192.

Por su parte, SOLAR CALVO¹⁰⁵³, sin embargo, considera que la omisión resulta muy relevante, pues da mayor relevancia a la prevención general y a la retribución por el hecho cometido, pues mientras que el art. 67 LOGP hace una proyección de futuro, la nueva redacción del art. 90 CP introduce datos referentes no solo al presente o al devenir, sino también del pasado, como lo son los antecedentes y circunstancias del delito.

Como señala BARQUÍN SANZ¹⁰⁵⁴ estos factores a considerar por el Juez de Vigilancia coinciden con los contemplados en el art. 80 CP en orden a la concesión de la suspensión condicional de la pena, con lo cual el vínculo entre ambos institutos queda reforzado, más allá del simple nominalismo. Pero como señala SALAT PAISAL¹⁰⁵⁵,

¹⁰⁵¹ RENART GARCÍA, Felipe. La libertad condicional en el Anteproyecto... op. cit., pp. 226-227; RENART GARCÍA, Felipe. “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del art. 13 de la Ley 41/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal)”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 17-14, 2015, p. 37.

¹⁰⁵² SALAT PAISAL, Marc. “Libertad condicional”. En: *Comentario a la reforma...* op. cit., pp. 189-201.

¹⁰⁵³ SOLAR CALVO, María del Puerto. *El sistema penitenciario español...* op. cit., p. 320.

¹⁰⁵⁴ BARQUÍN SANZ, Jesús. “De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional”. En: *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. dir. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Madrid: Dykinson, 2015, p. 257.

¹⁰⁵⁵ SALAT PAISAL, Marc. “Libertad condicional”. En: *Comentario a la reforma...* op. cit., pp. 189-201.

ambos institutos tienen fundamentos distintos, pues mientras la suspensión tendría como objetivo eludir la pena de prisión en delincuentes en los cuales su ejecución sería innecesaria o contraproducente, en la libertad condicional su concesión nada tiene que ver con ello, antes bien responde a la concurrencia de un pronóstico de reinserción favorable en orden a la resocialización.

La misma labor que se confiere al Juez de Vigilancia en la pena de prisión, se exige al tribunal sentenciador en la pena de prisión permanente revisable, labor que se conceptúa expresamente, ahora sí, como concurrencia de un pronóstico de reinserción social favorable.

Introducido por la LO/2003, se mantiene en el art. 90.8 CP un especial matiz en el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, el cual se conecta con el pronóstico de reinserción social, una especial labor de prognosis que se atribuye al Juez de Vigilancia. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la 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 autoridades¹⁰⁵⁶. Esto es, en estos casos se exige una labor proactiva del penado para entender que es factible el acceso a la libertad condicional.

Este requisito se exige ya en el acceso al tercer grado, conforme al art. 72.6 LOGP, lo cual no es sino una muestra de incoherencia metodológica, señala RENART GARCÍA¹⁰⁵⁷. La reiteración de este requisito al tiempo de la consideración de la libertad condicional es innecesaria, pues precisamente la misma ley que lo introduce, modifica la Ley Orgánica General Penitenciaria y lo recoge también para el acceso al tercer grado, que es un presupuesto de aquella otra institución, con lo cual previamente ha de concurrir, pues sin él no habría sido posible la progresión. En cuanto a su constatación, se sigue una fórmula abierta, no solo una exteriorización de la voluntad, antes bien se le dotaría de una mayor garantía al recogerse una referencia a los informes de los técnicos, si bien se destacaría la limitada fiabilidad de ellos en la medida en que se refieren a la actividad en el centro penitenciario, cuando los datos que se pretenden evaluar tienen más bien lugar fuera de él.

¹⁰⁵⁶ Estas tipologías se excluyen, en el propio 90.8 CP, de los supuestos de acceso privilegiados a la suspensión del resto de la pena y libertad condicional.

¹⁰⁵⁷ RENART GARCÍA, Felipe. *La libertad condicional...* op. cit., pp.164-168.

Pero tal enunciado plantea un problema en la práctica, no con la actividad terrorista, para la cual claramente se introdujo el enunciado, antes bien porque el precepto va mucho más allá, e incluye, sin matices, en su ámbito a cualquier delito cometido en el seno de una organización criminal. Y es que son extraordinariamente frecuentes las condenas por pertenencia a grupo criminal de los meros partícipes en los delitos contra la salud pública, al amparo del art. 570 bis CP, precepto que se recoge en el Cap. VI, del Título XXII, Libro II, del Código Penal, bajo la rúbrica *De las organizaciones y grupos criminales*, por lo cual habría que hacer esta particular consideración respecto de ellos.

La norma define un especial concepto de arrepentimiento, que se conforma como la muestra por parte del penado de signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista. Y, de forma concurrente con tal conducta, la colaboración activa 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. Tales extremos pueden acreditarse bien 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, bien 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.

Puede, de esta forma, afirmarse que en el caso de los internos terroristas se exige un especial pronóstico de reinserción social que va más allá del establecido en el art. 67 LOGP. Su objetivo, que enlaza con la finalidad del tratamiento en el art. 59.2 LOGP, sería constatar fehacientemente los resultados alcanzados en él, junto a un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que será tenido en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional. Pero es llamativo que se exige en esta tipología delictiva, mas no en otras no menos graves, lo cual deja en mal lugar el principio de igualdad del art. 14 CE¹⁰⁵⁸.

El diseño del requisito es problemático conceptualmente, pues la intención de vivir respetando la ley penal no incluye manifestaciones de arrepentimiento, peticiones de perdón o colaboración con las autoridades, ni siquiera el firme propósito de satisfacer las responsabilidades civiles frente a las víctimas, antes bien, se trataría únicamente de que el reo haya decidido no delinquir en el futuro, aunque lo sea para no ser encarcelado de nuevo¹⁰⁵⁹.

Con la introducción de este requisito exigible a los condenados por terrorismo parece que con relación a ellos no basta con un pronóstico razonable de que el infractor

¹⁰⁵⁸ En este sentido podría entender que se crean diferentes categorías de víctimas. En RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "El modelo penitenciario español frente al terrorismo". En: *La Ley Penal Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 65, 2009, pp. 13-14.

¹⁰⁵⁹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Los beneficios penitenciarios... op. cit.;" RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "El modelo penitenciario español... op. cit., pp. 13-14.

no vaya a cometer nuevos delitos, sino que la expectativa se eleva hasta el punto de que el reo ha de haber cambiado en su forma de percibir y valorar el mundo, planteamiento que puede afectar a la libertad ideológica y el derecho a no inculparse de los arts. 16 y 24 CE¹⁰⁶⁰; o incluso una intervención no legítima en la libertad ideológica del sujeto, cuando no al incorporación de elementos más propios de la moral, como sería el arrepentimiento, que difuminan más el contenido de la idea de reinserción que debe limitarse a que el sujeto no cometa delitos en el futuro¹⁰⁶¹.

El precepto, a juicio de LANDA GOROSTIZA¹⁰⁶², lleva a la confusión de los medios y los fines terroristas como objeto necesario de la exigencia legal de abandono; se identifica además, en un todo, la organización armada con las actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean, de forma que parece que sería una exigencia de retractación ideológico-social, respecto de la cual subyacería tácitamente la identificación de cualquier empatía con el tejido sociopolítico cercano al terrorismo como factor criminógeno de primer grado de la actividad terrorista concreta. Lo relevante sería no el comportamiento postdelictivo respecto de sus hechos delictivos, sino sobre un juicio de las actitudes y conducción de vida del terrorista condenado respecto de los fines de la organización armada e incluso sobre el entorno de ésta.

Por su parte, IGLESIAS RÍO¹⁰⁶³ pondría de manifiesto el amplio margen de discrecionalidad que introduce el uso de conceptos jurídicos normativos indeterminados, sin que se precise además el grado de idoneidad o eficacia ha de revestir la colaboración. Y todo ello sin perjuicio que, por la naturaleza de la actividad, resulte de por sí complicado en el seno de las organizaciones criminales disponer de información valiosa sobre el historial delictivo ya realizado o sobre la futura planificación.

Podría afirmarse que el sistema en el caso de los condenados por terrorismos estaría basado en consideraciones claramente retributivas y no de peligrosidad¹⁰⁶⁴.

Aunque no se refieren a la materia terrorista, pero sí a otro asunto con connotaciones políticas, conviene traer a colación los diversos AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*), precisamente en materia del régimen de flexibilidad, art 100.2 RP, y progresión al tercer grado, en los cuales se aborda directamente el respeto de la libertad ideológica en el tratamiento penitenciario. De esta forma, se reconoce que “la reflexión sobre la propia conducta y sobre sus consecuencias, así como el reconocimiento de los hechos y sus efectos son sin duda relevantes para el buen resultado del tratamiento”, ahora bien “pero no han de ser su única finalidad”. Se continúa afirmando que la finalidad reeducativa y de reinserción social de los penados no pueden ser ajenas al delito por el que fueron

¹⁰⁶⁰ GARRO CARRERA, Enara. “Tercer grado y libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo: una mirada desde la libertad ideológica y el derecho a ni inculparse. La gestión penitenciaria del final de ETA”. En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 28, 2017, p. 15.

¹⁰⁶¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “El modelo penitenciario español... op. cit., pp. 13-14.

¹⁰⁶² LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004)”. En: *Derecho Penal del Enemigo*. coords. CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Madrid: Edisofer, 2006, p.198.

¹⁰⁶³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. “Lagunas, contradicciones y deslegitimación... op. cit., p. 24.

¹⁰⁶⁴ GARRO CARRERA, Enara. “Tercer grado y libertad... op. cit. p. 15.

condenados, pero que con ello no se pretende que el interno “reniegue de sus convicciones políticas, sencillamente porque estas son ajenas a su condena”, pues ello “nada tiene que ver con el significado del cumplimiento de una pena privativa de libertad en una sociedad democrática. La libertad ideológica de cualquier interno ha de permanecer intacta y no puede ser erosionada durante el tiempo de cumplimiento. Nuestro sistema penitenciario no autoriza intromisiones en el espacio ideológico de los reclusos”. Sería la ruptura de las reglas que delimitan el funcionamiento normal de cualquier estado de derecho y la promoción de incidentes violentos la causa de la condena y no la ideología¹⁰⁶⁵.

Por último, se mantiene el requisito introducido por LO 7/2003, de 30 de junio, tanto para el acceso a la libertad, como al tercer grado, relativo a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, que se va a traducir aquí en una voluntad de pago, en una empatía con el perjudicado que, en el texto original de aquella norma, exteriorizaría un aspecto de la buena conducta y del pronóstico de reinserción social. Resulta difícil establecer qué relación hay entre la buena conducta de un interno y la atención de la responsabilidad civil, formulación que ha sido incluso calificada, con toda razón, de esperpéntica¹⁰⁶⁶.

Para FARALDO CABANA¹⁰⁶⁷ se trata de una muestra más del interés del legislador en la satisfacción del interés de la víctima y, sin duda, puede tener efectos preventivo-generales y preventivo-especiales, por lo que no resulta descabellado asociarlo al juicio de peligrosidad a la hora de realizar el pronóstico de reinserción social. Desde la prevención general la sociedad entiende que no se trate igual a quien delinque y no paga frente al que sí lo hace; y desde la prevención general, enfrenta al delincuente con la víctima que deja de ser alguien anónimo y puede producir una consternación interna que influya en la resocialización, al tiempo que puede evitar los efectos de una estancia más o menos prolongada en prisión.

El establecimiento de este requisito en nuestro ordenamiento es criticado por MAPELLI CAFFARENA¹⁰⁶⁸, que apunta su dudosa constitucionalidad, porque si bien es cierto el carácter prioritario de la indemnización, no lo sería menos que se introduce en la fase de ejecución, cuando la capacidad económica del condenado ha quedado seriamente mermada precisamente por ingresar en prisión, criterio economicista que va a terminar modulando la cantidad de pena que aquel debe soportar.

Por su parte SOLAR CALVO¹⁰⁶⁹ entiende que se trata un requisito de carácter mercantilista. Si cabe criticar que nuestro sistema penitenciario, en general, favorece cambios impostados en pos de salidas y márgenes de libertad, con este requisito se

¹⁰⁶⁵ MARCOS MADRUGA, Florencio de. “Especialidades penitenciarias en penas de prisión por delitos de terrorismo. Políticas de concentración y dispersión. reinserción y arraigo”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 57, junio 2022, pp. 100-101.

¹⁰⁶⁶ RENART GARCÍA, Felipe. *La libertad condicional...* op. cit., p.122.

¹⁰⁶⁷ FARALDO CABANA, Patricia. “Un Derecho Penal de enemigos...” op. cit., pp. 323-324.

¹⁰⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Algunas cuestiones...” op. cit., p. 46.

¹⁰⁶⁹ SOLAR CALVO, María del Puerto. *El sistema penitenciario español...* op. cit. Madrid: BOE, 2019, p. 244.

incidiría en ello, pues con aportar una cantidad de dinero bastaría para valorar que ese cambio se ha producido, pudiendo responder a un proceder meramente manipulativo.

Si embargo, hay que decir que, en realidad, esa actitud positiva de asunción de los aspectos civiles de la condena ha estado implícita siempre en el pronóstico de reinserción social, o debería haberlo estado, si bien ahora se explicita; sería difícil afirmar que concurría si no se mostraba empatía alguna en esta dimensión con la víctima atendiendo, cuando era posible, lo que era incumbencia de quien pretendía la progresión de grado o el acceso a la libertad condicional. Debería ser obvio, en cualquier delito con repercusión económica, que el penado que no afronta lo que es su obligación, pudiéndolo hacer o simulando no tener capacidad patrimonial, no es un sujeto que ha asumido los valores prosociales implícitos en un pronóstico favorable de reinserción.

Presenta además el requisito un problema de fondo, pues siendo la pena una respuesta sancionadora de naturaleza pública, en este caso su ejecución puede venir condicionada por un elemento privado, la voluntad del perjudicado de exigencia de la responsabilidad civil, pues este tiene la posibilidad de renunciar tanto a su ejercicio en el proceso penal, art. 107 LCRIM, como a la indemnización una vez impuesta. La posibilidad de progresión de grado queda así vinculada la voluntad de la víctima.

Dado que el sistema de individualización científica pivota sobre los principios de flexibilidad y de la reinserción, dependerá como se interprete el requisito analizado para que se dé una orientación más resocializadora, como valoración del esfuerzo reparador del interno, o bien un carácter más retributivo de compensación a las víctimas, como consideración de un efectivo pago¹⁰⁷⁰.

Para CERVELLÓ DONDERIS¹⁰⁷¹, la exigencia del pago de la responsabilidad civil como presupuesto de acceso a la libertad condicional presenta dos inconvenientes; en primer lugar, adolece de un sentido reduccionista de la reparación a la víctima enfocado exclusivamente a la responsabilidad civil como pago económico, olvidando otros aspectos más positivos desde el punto de vista penitenciario como son la conciliación o mediación entre agresor y víctima; y, en segundo lugar, ignora la realidad del trabajo penitenciario, que reporta escasos ingresos, y las dificultades para encontrar una ocupación laboral en el exterior.

Para considerar concurrencia de este requisito, el art. 72.5 LOGP establece que ha de valorarse la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

¹⁰⁷⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 224; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Clasificación penitenciaria*... op. cit., p. 163.

¹⁰⁷¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "La clasificación en tercer grado..." op. cit., p. 12.

Esta exigencia tiene especial intensidad en el caso de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y los delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del Libro II del Código Penal.

El Informe del CGPJ *sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, entiende que esta exigencia es un signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado, que no consiste en la efectiva reparación, sino un esfuerzo serio dirigido a ella. No sería una condición absoluta para el disfrute del beneficio, antes bien, conecta con una perspectiva preventivo-especial, que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima de su delito, lo que engarza con aquel otro requisito relativo a la prognosis favorable de reinserción social. Ésta será negativa cuando el sujeto que, pudiendo hacerlo, no repare el daño causado permaneciendo indiferente a las consecuencias de su acción... De este modo se afirma que es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura ese comportamiento post-delictivo observado por el penado, que se entiende como esfuerzo serio de la reparación.

Esta interpretación supera las dudas que pudieran surgir de la literalidad de la norma e incluso puede afirmarse que en realidad lo que se hace es una llamada de atención a la consideración de un elemento valorativo que ya estaba presente a la hora de la clasificación o el pronóstico para el acceso a la libertad condicional, para que no caiga en el olvido, la empatía hacia la víctima como elemento resocializador, lo cual, además conecta con el nuevo papel que esta va tomando en la ejecución de la pena.

Especial relevancia en este aspecto analizado tiene la STS 59/2018, de 2 de febrero (ROJ: STS 230/2018 - ECLI:ES:TS:2018:230), que veta la posibilidad de fijar como norma de conducta en la concesión de la libertad condicional la obligación de satisfacción, tras la excarcelación, de una determinada cantidad de dinero en pago de la responsabilidad civil, pues entiende que esa obligación, en el caso de los ingresos inferiores a lo declarado inembargable por la ley, quedaría al margen de la ejecución y, consecuentemente, no puede ser considerada como parte del esfuerzo reparador que el deudor debe realizar para satisfacer la deuda. La razón de ello es que, si el ordenamiento civil señala determinados ingresos o bienes como inembargables, ello responde a la idea de preservar un mínimo vital necesario para una vida en condiciones de dignidad del deudor obligado al pago de la responsabilidad civil, un umbral de lo absolutamente necesario para una vida digna y límite frente al legítimo derecho del acreedor al cobro su deuda.

El planteamiento del Tribunal Supremo, entiende CERVELLÓ DONDERIS¹⁰⁷², se extiende también al momento previo de la consideración de la concesión de la libertad condicional, de forma que, si el interno carece de recursos superiores al salario mínimo, no puede entenderse incumplido el requisito.

¹⁰⁷² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., pp. 152-153.

Cabe objetar a esta última postura, en el caso de un penado con expectativas de acceso a la libertad condicional, que hasta el momento previo en el cual aquella situación acontezca, aquel está privado de libertad, con lo cual sus necesidades vitales básicas las tiene cubiertas por la Administración, por lo que su posición no es la misma que la del sujeto que tiene que atender a su propia subsistencia. Por ello no cabe entender que el concepto de esfuerzo reparador sea el mismo en uno y otro momento, antes bien su contenido puede cambiar en función de ello, de modo que para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional sí cabe considerar su nivel de recursos, incluso aunque se trate de cantidades civilmente inembargables, siendo precisamente esa aportación a la cual no está por tal ordenamiento obligado lo que es el núcleo esencial relevante en el ámbito penitenciario.

El esfuerzo reparador, en definitiva, conecta con algo muy propio del concepto u objetivo tratamiento penitenciario, el desarrollo de una actitud de responsabilidad al prójimo, a que se refiere el art. 59 LOGP, pues que mejor muestra de él que el desarrollo de la empatía hacia la víctima del delito, en este caso exteriorizada en la reparación del daño más allá de aquello a lo cual conforme al orden civil está obligado. Es una valoración por ello plenamente subjetiva en cuanto a la concreta actitud a valorar, pero con referencia a elementos objetivos, esto es lógicamente teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso -véase cargas familiares, etc.-. Si con el esfuerzo reparador se tratara de valorar una mera consecuencia legal necesaria, que no contingente, cual es la posibilidad de un embargo, salvo que mediara una actitud obstruccionista contrastada, sobraba todo el amplio enunciado del art. 72.5 LOGP. Es más, en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003¹⁰⁷³ refleja claramente que se trata de ir más allá de un concepto de insolvencia formal, una auténtica actitud de cooperación que se liga al pronóstico favorable de reinserción social que subyace en toda progresión al tercer grado y libertad condicional.

7. DENEGACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Recoge el art. 90.4 CP dos supuestos adicionales de denegación de la suspensión del resto de la pena y libertad condicional -el primero sería la no

¹⁰⁷³ “VIII...El primer apartado exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado, teniendo en cuenta que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de tratamiento debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica plenamente en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito y no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, singularmente, cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal...”.

conurrencia de los requisitos generales-, que conectan y pretenden reforzar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, ya se refieran a la responsabilidad civil derivada del delito -lo cual no es sino una redundancia con relación a lo ya dispuesto en el art. 72.5 LOGP-, ya al decomiso. Así, por un lado, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 LEC, por un lado. Y, por otro, también podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código -*Delitos contra la Administración Pública*-, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado.

Es dudosa la necesidad de la puntualización, pues si hay una actitud renuente o claramente elusiva constatada, ello se traduce en una ausencia de voluntad de pago, que en la anterior redacción suponía una ausencia de pronóstico de reinserción social favorable y, ahora, la no concurrencia del requisito ya establecido de forma general para el acceso a la libertad condicional.

8. PLAZO

La nueva naturaleza de la libertad condicional comporta la necesidad de fijar un plazo de suspensión, que el art. 90.5 CP establece que será de dos a cinco años, pero en todo caso tal plazo no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento.

Esta redacción no deja de ofrecer dudas y admite diversas hipótesis. Para CERVELLÓ DONDERIS¹⁰⁷⁴ hay que considerar dos límites, uno fijo, de dos a cinco años, más otro proporcional, que no debería ser inferior a lo que reste por cumplir, pero tampoco superior a la duración de la condena. Rechazaría que el periodo de suspensión pueda ser superior a lo que reste de la condena, pues ello supondría olvidar que la libertad condicional ha pasado a ser una suspensión de la ejecución del resto de la pena y que tan imperativo sería el art. 90.5 que fija un plazo mínimo de dos años, como el 90.1 que claramente habla de suspender el resto de la pena, es decir, lo que queda por cumplir y no más. Otra consideración afectaría al principio de seguridad jurídica, pues al no coincidir plazo de suspensión y lo que resta por cumplir se vería afectada la previsibilidad del tiempo de cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia; como al de proporcionalidad, porque implicaría una prolongación de la sumisión punitiva más allá de la pena impuesta; y, por último, al de reinserción social, pues en lugar de adelantar la excarcelación para facilitar la reincorporación a la sociedad con el

¹⁰⁷⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., pp. 99-104.

correspondiente apoyo tratamental, se interrumpe el cumplimiento y el tratamiento y se fomenta la supervisión meramente punitiva y el tiempo de control formal¹⁰⁷⁵.

No se comparte este planteamiento, pues la nueva situación no es sino precisamente consecuencia del cambio de naturaleza del instituto, que es una nueva forma de suspensión de condena. Y así como no se cuestiona en la suspensión configurada como alternativa a las penas cortas de prisión que el plazo de suspensión sea superior a la pena suspendida, art. 81 CP, ahora en el nuevo diseño de la libertad condicional, aquel comporta que la misma opere al margen del cumplimiento, por lo cual su plazo no tiene necesariamente que coincidir con lo que reste de cumplir, antes bien, como en la suspensión ordinaria, se ha optado por un mínimo, que con carácter general es dos años, pero que nunca puede ser inferior a lo que le reste por cumplir, si este último periodo es mayor. En definitiva, una cosa es el requisito cronológico de la libertad condicional y la cuantía de la condena y otra distinta el plazo de suspensión.

No obstante, sigue existiendo un problema, ahora con relación al límite máximo, pues caben tres opciones: la primera, que la duración máxima de la suspensión, en general, sea cinco años, pero si queda más tiempo de cumplimiento, como el plazo de suspensión nunca puede ser inferior a lo que reste por cumplir, éste se prolongará hasta ese último momento. La segunda, entender que el plazo máximo sería en todo caso cinco años, aunque reste más tiempo por cumplir, con lo cual la puntualización examinada solo operaría respecto del término inferior, esto es, el de dos años, que en ningún caso podría ser modificado hacia abajo. La tercera hipótesis es que cuando reste más de cinco años por cumplir, no quepa la libertad condicional hasta que se alcance tal límite temporal.

La última hipótesis es una interpretación claramente contra el reo, que además transmuta la naturaleza del plazo, que, de ser una consecuencia de la libertad condicional, se convierte en requisito de ella, lo cual es inadmisibile.

La postura que defiende la prolongación del plazo más allá de los cinco años tendría a su favor la literalidad del precepto –“En todo caso...”–, que no distingue entre límite inferior, ni superior.

Mas la segunda postura, aquella que fija una duración máxima del plazo en cinco años como inamovible, en una interpretación sistemática con los preceptos de la prisión permanente revisable, considerando que en tal pena el plazo de suspensión tiene un límite de diez años, art. 92.3 CP, da una respuesta más satisfactoria al problema, pues en otro caso podría resultar que una pena de prisión especialmente dilatada¹⁰⁷⁶ superara éste último, resultando así un peor trato a una pena de menor entidad que a aquella otra que se constituye en la más grave respuesta sancionadora del ordenamiento. En esta formulación cabría otra opción, matización de aquella, entender

¹⁰⁷⁵ En esta misma línea de entender que el plazo de suspensión no puede ir más allá de lo que reste por cumplir por considerar que ello iría contra la naturaleza de la institución y que, por ende, generaría problemas prácticos. En GUIASOLA LERMA, Cristina. *La libertad condicional...* op. cit., pp. 68-70; ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis. “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”. En: *Diario La Ley*, nº 8652, 2015.

¹⁰⁷⁶ Sirva de ejemplo un penado que cumpliera penas superiores a 40 años por no ser aplicable el límite máximo del art. 76 CP.

que en todo caso el plazo máximo tiene como límite diez años, tomando como referencia el de la pena de prisión permanente revisable, que, en ningún caso podría superarse.

9. SUPUESTOS PRIVILEGIADOS

9.1 Adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes del cumplimiento

Junto al supuesto general visto, se recogen en el art. 90 CP tres supuestos de suspensión del resto de la pena y libertad condicional privilegiados en la medida en que se adelanta el plazo de excarcelación, se reduce el grado de cumplimiento en relación con el requisito cronológico de la fórmula general. Por tal motivo, el Reglamento Penitenciario los enmarcarían en el ámbito de los beneficios penitenciarios, art. 202 RP, en su modalidad de reducción de la duración del tiempo efectivo de internamiento.

En línea con la anterior normativa, se recoge en el art. 90.2 CP un supuesto de adelantamiento de la libertad condicional a las dos terceras partes del cumplimiento y otro adicional a aquel, de 90 días por año de cumplimiento, una vez superada la mitad de la condena.

Se ha suprimido, de forma general, la exigencia en estos dos supuestos del matiz de excepcionalidad que anteriormente se recogía en todo caso. La excepcionalidad conectaría con el desarrollo normativo del plus de actividad, que ya estaba presente en el Código Penal de 1928 y en el RP1981, para disfrutar del adelantamiento de la libertad condicional y que, en la práctica, en la realidad penitenciaria, se referenciaba con relación al resultado obtenido en la valoración de las actividades realizadas por el penado que se hacía en aplicación de la I SGIP 8/1999 -resultado positivo en ella¹⁰⁷⁷.

La LO 1/2015 da a este beneficio penitenciario una configuración distinta con relación a la anterior normativa, pues por lo que a las actividades que justifican el adelantamiento se refiere, en el primer supuesto, adelantamiento a las 2/3 partes, se formula una alternativa: junto a la continuidad en la forma de realización de actividades laborales, culturales u ocupacionales, se admite que esta nota no concorra, pero que en tal caso medie un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa. En cuanto a la primera opción, no deja de ser extraño que la simple continuidad, sin resultado o interés alguno, salvo la mera asistencia a la actividad, se considere como un efecto positivo en la trayectoria penitenciaria del sujeto; más bien parece que con tan voluntarista criterio lo que se premia no es al interno, antes bien a la Administración penitenciaria por ofertar un catálogo de actividades, aunque el resultado sea nulo. En la segunda opción, solo son relevantes aquellas actividades que tengan incidencia en los aspectos de ligados a la actividad criminal del sujeto, en la

¹⁰⁷⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, y MEDINA DÍAZ, Olga. "El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución". En: *Revista Criminalidad*, nº 58, 2016, p. 104.

medida en que únicamente las que produzcan un efecto positivo en su superación son susceptibles de ser consideradas.

En definitiva, si por un lado la reforma parece que acierta al recoger un supuesto en el cual se realiza la valoración de las actividades que enlazan con los factores que inciden en la génesis de la criminalidad, con lo cual se entiende y refuerza la actividad e interés rehabilitador del recluso, por otro lado, en el caso de la mera exigencia de continuidad en la realización de la actividad, su configuración sigue un criterio que se aleja de tal planteamiento potenciador de la resocialización, favoreciendo un eventual comportamiento utilitarista de los internos, los cuales obtendrían una clara ventaja penitenciaria sin la realización de esfuerzo o coste personal alguno.

9.2 Adelantamiento de la libertad condicional adicional a las 2/3 partes de hasta 90 días por año de cumplimiento

En el segundo supuesto privilegiado de libertad condicional, partiendo de la realización de actividades laborales, culturales u ocupacionales, ahora sí, desarrolladas en todo caso de forma continuada, se exige un plus, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

La configuración procedimental en este segundo supuesto de adelantamiento adicional es la misma que con anterioridad a la reforma, esto es, propuesta de Instituciones Penitenciarias e informe del Ministerio Fiscal y de lo que se denomina las *demás partes*. Dado el sometimiento de la actividad administrativa al control judicial, la dicción expuesta no implica que a falta de propuesta no pueda el Juez de Vigilancia sopesar la procedencia del beneficio, so pena de consagrar áreas de impunidad.

Por otro lado, no deja de sorprender la referencia a audiencia de *las demás partes*, pues parte ante el Juez de Vigilancia solo lo es el interno/liberado y el Ministerio Fiscal, conforme a la DA 5ª LOPJ¹⁰⁷⁸, y la víctima en los casos establecidos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*. La única interpretación plausible es que el precepto quiera referirse no a partes ante el Juez de Vigilancia, antes bien a quienes lo fueron en el proceso del cual deviene la condena. Pero en todo caso, su actuación se limita a la de una mera audiencia, sin que vaya más allá, ni se le dote de legitimación alguna para cuestionar la eventual resolución que luego se dicte.

Tanto en estos dos supuestos de adelantamiento de la libertad condicional, como en el que se expondrá a continuación, se establece su exclusión en los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, art. 90.8 CP.

¹⁰⁷⁸ ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A).

9.3 Adelantamiento a la mitad de la condena

Un tercer supuesto sería el de los internos primarios a que se refiere el art. 90.3 CP, los cuales pueden acceder a la suspensión del resto de la pena y libertad condicional cuando en ellos concurren los requisitos del primer supuesto privilegiado, se trate de un penado que esté cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración, una vez hayan extinguido la mitad de su condena.

Añade en este caso el precepto una nota de excepcionalidad, lo cual conecta con la anterior regulación de los supuestos de adelantamiento de la libertad condicional, nota que, como se dijo, se ha suprimido ahora en ellos. Al tiempo, a diferencia de la antigua redacción en los casos de adelantamiento de la libertad condicional, ya no se hace referencia alguna a un cierto matiz premial¹⁰⁷⁹ en su concesión, ya que se ha desechado el término *merezcán*, que se sustituye, en este caso, por el de *penados en que concurren*, con lo cual se aleja del concepto de beneficio penitenciario y parece conectar con una configuración como derecho. No obstante, la persistencia de la calificación de la actividad en el texto de la norma introduce un matiz diferencial respecto de los supuestos que le preceden y no permite, con rotundidad, afirmar que se haya producido un cambio de criterio en el legislador en cuanto a su naturaleza, si bien es difícil de concretar a qué puede referirse, ya que las actividades se valoran en los mismos términos que en los supuestos anteriores. En definitiva, si por un lado parece que en este caso se hace una configuración objetiva, próxima a la configuración de un derecho, por otro se desdibuja y se recoge un matiz que solo puede entenderse al margen de los demás requisitos considerados y que no hace sino introducir una subjetividad difícilmente de coherencia con la seguridad jurídica.

Además de la exclusión general de esta modalidad de libertad condicional de los delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales, art. 90.8 CP, se exceptúan de este régimen, en una concesión más al populismo legislativo, muy en boga desde las reformas del año 2003, a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales. Tal puntualización ha sido objeto de críticas, por ignorar que la Ley Orgánica General Penitenciaria ya cuenta con mecanismos para impedir que los internos con pronóstico desfavorable de reinserción accedan al tercer grado, que es difícil además por la elevada penalidad de estas tipologías que se dé el supuesto y porque contiene una presunción contra la capacidad de reinserción de estos delincuentes¹⁰⁸⁰.

Se recoge en el precepto como requisito para acceder a este particular régimen de libertad condicional la primariedad en el cumplimiento de una pena de prisión, esto es, la primariedad entendida en sentido penitenciario, primer ingreso en prisión, de lo que se deriva que no sería obstáculo la existencia de anteriores condenas a penas de prisión que hubieren sido suspendidas o sustituidas¹⁰⁸¹. No serviría aquí el

¹⁰⁷⁹ RENART GARCÍA, Felipe. *La libertad condicional...* op. cit., p. 206.

¹⁰⁸⁰ GUIASOLA LERMA, Cristina. *La libertad condicional...* op. cit., p. 42.

¹⁰⁸¹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit. p. 140.

planteamiento del Tribunal Supremo¹⁰⁸² relativo a que la suspensión de condena es una forma de cumplimiento. A ello habría que añadir que incluso si hay penas de prisión prescritas o indultadas, no cabe su consideración tampoco.

Pero de nuevo, ante la mala técnica legislativa, nos encontramos ante un problema terminológico de insalvable solución. El art. 90.3 CP se refiere expresamente al cumplimiento de la primera condena de *prisión* y es que el reduccionismo del redactor, en su única preocupación por excluir toda referencia a la pena de prisión permanente revisable, olvida que pena prisión y pena privativa de libertad no es lo mismo. El tema no es baladí, pues la literalidad del precepto conduce a un auténtico absurdo, pues cabe perfectamente que un individuo que haya sido condenado a la pena más grave de nuestro ordenamiento, la pena de prisión permanente revisable o que haya cumplido anteriormente una o más penas de responsabilidad personal subsidiaria e incluso que sea un habitual de esta última, a estos efectos, es primario, siempre y cuando no haya cumplido una pena de prisión. Una poco cuidada, carente de rigor, redacción conduce a esta aberrante paradoja.

Desde el punto de vista práctico, este supuesto de libertad condicional no tiene tanta proyección como parecería *prima facie* por el desajuste entre el tiempo que resta por cumplir, escaso en muchos casos, y el plazo mínimo de suspensión, que es de dos años, pudiendo alcanzar los cinco, lo cual desincentiva el interés de un penado que ya ha alcanzado el tercer grado, con las salidas y permisos que implica, y que incluso puede estar simplemente sometido a control telemático, art. 86.4 RP¹⁰⁸³. A ello se añade el riesgo siempre latente del efecto de una revocación de la libertad condicional, la pérdida del tiempo pasado en tal situación, lo cual no acontece en el caso de una regresión del tercer al segundo grado al ser siempre tiempo de cumplimiento.

9.4 Libertad condicional septuagenarios y enfermos terminales

9.4.1 Pena de prisión

El art. 91 CP recoge dos supuestos relativos a septuagenarios y enfermos terminales con fundamento en principios humanitarios de respeto a la vida e integridad, en su doble dimensión física y moral, proclamado en el art. 15 CE, soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, que tienen un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno, ni por ninguna pena¹⁰⁸⁴. En función del grado de deterioro que supone, en un caso, la edad de por sí y, en otro, la enfermedad que, en todo caso, ha de ser grave e incurable, se regulan dos situaciones.

¹⁰⁸² STS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716).

¹⁰⁸³ En este sentido, GUIASOLA LERMA, Cristina. *La libertad condicional...* op. cit., p. 41; y MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Apuntes sobre la esperada..." op. cit.

¹⁰⁸⁴ STC 48/1996, de 25 de marzo (ROJ: STC 48/1996 - ECLI:ES:TC:1996:48).

En el párrafo primero se recoge el caso de los penados que hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, así como cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables y reúnan los requisitos exigidos en el art. 90 CP, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional. Y a continuación se establece, en el párrafo segundo, que, en tales casos, 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, quien, a la hora de resolverlo, valorará, junto a las circunstancias personales, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto

Un segundo supuesto, recogido en el párrafo tercero del mismo precepto, sería la libertad condicional cuando el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente. En estos casos, la competencia se atribuye al juez o tribunal, referencia que no puede llevar sino al sentenciador y no al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Para acceder a la libertad condicional ahora, bastará la constatación de la situación por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario y sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito, valorando la falta de peligrosidad relevante del penado, sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la evaluación.

Para JUANATEY DORADO¹⁰⁸⁵, en lo competencial, el art. 91.3 CP incurre en una evidente incoherencia con el art. 36.3 CP -actual 36.4 CP-, por lo cual considera que más bien se trata de un error del legislador fruto de las modificaciones que de estos aspectos se produjeron durante la tramitación parlamentaria, por lo que la interpretación razonable sería considerar que el pronunciamiento corresponde al Juez de Vigilancia.

En ese mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ YAGÜE¹⁰⁸⁶, que entiende en este caso que la referencia al *juez* en el art. 91.3 CP los es al Juez de Vigilancia Penitenciaria, postura que comparte CERVELLÓ DONDERIS¹⁰⁸⁷.

Por su parte la SGIP, con referencia a la pena de prisión, en este caso, supuesto de patente riesgo vital, considera competente al Juez de Vigilancia Penitenciaria¹⁰⁸⁸.

Esta conclusión, sin embargo, es cuestionable, pues el art. 36.4 CP se refiere a la progresión al tercer grado cuando media periodo de seguridad, mientras que el art. 91.3 CP es un supuesto de libertad condicional sin progresión al tercer grado, que se asemeja más al supuesto de suspensión por enfermedad del art. 80.4 CP, en el cual la decisión es del juez o tribunal sentenciador. No ha de olvidarse además que, en la anterior regulación, el art. 92.3 CP, que atribuía la competencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sí exigía esa progresión simultánea al tercer grado, en coherencia con

¹⁰⁸⁵ JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de...* op. cit., p. 245.

¹⁰⁸⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "La ejecución de las penas..." op. cit., p. 199.

¹⁰⁸⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., p. 141.

¹⁰⁸⁸ | SGIP 3/2017.

todo el sistema de libertad condicional, con la particularidad, eso sí, que éste era el único caso, al margen de los recursos, de progresión judicial. Por ello cabe entender que no es un error, antes bien, responde a la nueva configuración de la libertad condicional como forma de suspensión, que hace que, según los casos, en unos supuestos la aprobación siga siendo competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en un diseño más acorde con la legislación derogada, de ahí la exigencia de la clasificación en tercer grado como requisito previo, y en otros, más propios de la nueva naturaleza, esa competencia corresponde al juez o tribunal sentenciador. Es más, hay un argumento más de carácter terminológico, en el art. 36.3¹⁰⁸⁹, en su redacción por la LO 1/2015, a diferencia del art. 91.3 CP, recogía expresamente la mención tribunal o Juez de Vigilancia Penitenciaria y no simplemente al juez o tribunal.

Por último, es significativo que se mantenga a ultranza, por la expresa remisión que se hace en el art. 91.4 CP al 90.4 CP, la garantía del pago de los pronunciamientos de contenido patrimonial, responsabilidad civil y decomiso, especialmente en los casos de patente riesgo vital, cuando el deceso se presume no muy lejano en el tiempo; considerar en estos supuestos que debe prevalecer el castigo en caso de ocultación del patrimonio o falta de garantía de pago resulta, cuando menos, dudoso.

9.4.2 Pena de prisión permanente revisable

Una nueva duda surge en cuanto a la posibilidad y órgano competente para la aplicación de esta modalidad de suspensión en el caso de la pena de prisión permanente revisable. Por lo que se refiere al primer aspecto, la pertinencia de este instituto, dado que, tanto en ella, como en la pena de prisión, esta suspensión obedece a los mismos principios humanitarios y de coherencia intrasistémica (ya que estas causas se admiten para acceder al tercer grado en la pena de prisión permanente revisable), no parece que haya obstáculo para entender procedente su pertinencia, máxime considerando la remisión que se hace al art. 91 CP en el art. 92.3 CP¹⁰⁹⁰. Precisamente ese apartado hace una extensión de los supuestos referenciados a esta nueva pena, en este caso la modalidad de libertad condicional por motivos humanitarios.

En cuanto al órgano judicial competente para pronunciarse sobre esta modalidad de suspensión en la pena de prisión permanente revisable, la eventual respuesta no se presenta tan sencilla ante la ausencia de la más elemental sistemática en la regulación de este instituto. La duda surge por la perniciosa técnica de remisiones empleada, pues al señalarse que en estos casos es aplicable las previsiones del art. 91 CP, hay que recordar que éste se refiere, en lo competencial, al Juez de Vigilancia cuando se trata de enfermedad grave e incurable o septuagenarios y juez o tribunal sentenciador en el caso de patente riesgo vital. La duda surge así en el primer supuesto, mas, en buena lógica, si a quien por regla general se atribuye la competencia para acordar la

¹⁰⁸⁹ En la actualidad su contenido ha pasado al apartado cuarto, en virtud de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, la cual se refiere a “la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, según corresponda...”.

¹⁰⁹⁰ FUENTES OSORIO, José Luis. “Periodos de cumplimiento mínimo... op. cit., p. 140. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “La ejecución de las penas... op. cit., p. 195.

suspensión en esta pena es al tribunal sentenciador, no se alcanza motivo sólido para poder pensar que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda tener papel alguno ahora, máxime cuando la competencia para la exoneración del periodo de seguridad, cuando procede en estos casos, lo es del sentenciador, tal y como resulta del art. 36.4 CP. En definitiva, estas remisiones de la norma han de entenderse circunscritas, como más adelante se volverá a decir, a los aspectos de carácter material y no a los de contenido competencial.

Hay que hacer referencia, por último, al art. 91.4 CP, que en una nueva remisión, técnica que en la LO 1/2015 se ha hecho tan habitual, establece que son aplicables a los supuestos de suspensión por motivos humanitarios las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 -que contiene otra remisión más- y 6 del artículo precedente; este último numeral, que dispone que la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento y que el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena, es una previsión que está fundamentalmente pensando en una pena limitada y concreta en su duración, la pena de prisión. En la pena de prisión permanente revisable, la referencia a la pérdida del tiempo pasado en libertad únicamente es relevante en un supuesto, precisamente en estos casos libertad condicional por motivos humanitarios, cuando se hubiere accedido a ella con anterioridad al cumplimiento de los periodos de seguridad.

9.5 Libertad condicional de extranjeros y españoles residentes en el extranjero

Al margen de la regulación del Código Penal, el Reglamento Penitenciario recoge un supuesto adicional de libertad condicional en el art. 197, precepto que contempla la posibilidad de su concesión para disfrute en el país de residencia a extranjeros no residentes legalmente en España o a españoles que residen en el extranjero, exigiéndose en todo caso su consentimiento documentado, pues de otra forma podría entenderse no como una libertad propiamente tal, sino una forma de expulsión. Al tiempo se recoge en la norma que habrán de adoptarse las cautelas precisas en orden a que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado y que siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado de referencia la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

Esta norma se enmarca en un planteamiento resocializador, pues, por regla general, el lugar de residencia es donde las circunstancias personales y sociales son más favorables de cara a la reinserción¹⁰⁹¹. Con esta previsión reglamentaria se pretende salvar las reticencias de la Administración penitenciaria y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en proponer aquella y conceder este último la libertad condicional a los penados que carecen de un entorno propicio para cumplir el último periodo de su condena; al tiempo la nueva redacción habría superado las críticas a la

¹⁰⁹¹ TÉBAR VILCHES, Beatriz. "El modelo de libertad... op. cit., p. 190.

anterior regulación – art. 63 RP1981- que no preveía esta opción en el caso de los penados españoles no residentes¹⁰⁹².

Esta redacción es anterior a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de *reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, por lo cual sus previsiones han de adaptarse a la nueva norma de rango superior, especialmente en lo tocante a la posibilidad de transmisión de las normas de conducta.

En la literalidad del art. 197 RP, con relación a los extranjeros, solo se contempla esta posibilidad para el supuesto de que su estancia en España no fuera legal, planteamiento discutible, especialmente en el caso de los ciudadanos comunitarios, pues por norma general en ellos no concurre esa nota de irregularidad, lo cual haría inoperante en la práctica las previsiones de la normativa de reconocimiento mutuo. Es por ello, que, dado que el español no residente puede acceder a esta modalidad, por el principio de no discriminación instaurado en el seno de la Unión Europea, los extranjeros comunitarios han de ser equiparados a estos y, por ello, deben poder gozar de esta modalidad de libertad condicional¹⁰⁹³.

En definitiva, ha de realizarse una interpretación más acorde con el fundamento de la previsión normativa y admitir que lo relevante es la idea resocializadora, las mayores posibilidades de reinserción, según las circunstancias concurrentes en cada caso, principio que, por otra parte, es el que se recoge en la normativa comunitaria¹⁰⁹⁴. Tal planteamiento, además, sería extensible a los españoles residentes en España cuando, por circunstancias sobrevenidas, sus mayores posibilidades de reinserción estén fuera de aquí (sirva de ejemplo, una oferta laboral)¹⁰⁹⁵.

10. NORMAS DE CONDUCTA

El art. 90.5 CP, con la remisión al art. 83 CP, establece la posibilidad de imposición de lo que hasta la LO 1/2015 eran las normas de conducta, prohibiciones y deberes ahora en la letra de la ley. Respecto al cambio de nomenclatura, es crítica CERVELLÓ DONDERIS¹⁰⁹⁶, pues la nueva denominación, incide especialmente en lo

¹⁰⁹² RENART GARCÍA, Felipe. *La libertad condicional...* op. cit., p.140-141.

¹⁰⁹³ BARAS GONZÁLEZ, Marcos. *El espacio penitenciario europeo*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2012, p. 69; MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. “Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas”. En: *La Ley Penal*. nº 115, 2015, p. 19.

¹⁰⁹⁴ Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008 , *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea* y Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas*.

¹⁰⁹⁵ Precisamente el art. 5.2 Decisión Marco 2008/947/JAI contempla la posibilidad de que la transmisión de las denominadas medidas de libertad vigilada, en este caso las normas de conducta impuestas al liberado, puedan transmitirse a un Estado distinto al de residencia, especificándose en el Certificado que ello puede obedecer a motivos laborales, familiares, de estudio o formación u otros.

¹⁰⁹⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., p.154.

punitivo, frente al enfoque de reinserción social más presente en la antigua fórmula, si bien se valora positivamente la plasmación expresa en la nueva regulación de la exigencia de necesidad y proporcionalidad en su imposición.

Ha de hacerse una primera puntualización con relación a la participación del liberado en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares, programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. Se trata de un contenido que, en el periodo de reclusión, son propios del tratamiento penitenciario y, por ello, no pueden imponerse sin consentimiento del penado, mas ahora, dado que condicionan la valoración del pronóstico de integración que se ha de considerar en la decisión judicial, es por lo cual puede formar parte de la parte dispositiva de aquella.

La imposición de deberes y prohibiciones recogidos en el art. 83.1 CP tiene su sentido en orden a garantizar la reinserción del liberado (especialmente la 5ª, 6ª, 7ª y 9ª), si bien algunos de ellos responden más a un fin de alejamiento del riesgo de recaída delictiva, cuando no a la protección de la víctima (la 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 8ª).

Por otra parte, de nuevo por la técnica de remisión en bloque empleada, resulta poco acertado el enunciado del art. 83.2 CP, que se refiere al supuesto de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, y que establece que se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior.

CERVELLÓ DONDERIS ¹⁰⁹⁷, entiende que este precepto es plenamente operativo en el caso de la libertad condicional.

Pero lo que en el caso de la suspensión de la pena tiene sentido, pues se trata de un condenado en libertad, al cual se le da la oportunidad de eludir el ingreso en prisión, en la libertad condicional carece de él, pues estamos ante un sujeto que ha ingresado en ella, que probablemente ha realizado unos programas y que seguramente ha cumplido una pena de alejamiento. Esto es, en estos casos, la realidad del condenado contemplada en uno y otro caso es radicalmente distinta, con lo cual la imperatividad del precepto carece de la más elemental lógica, pues se hace una absoluta abstracción de la necesidad y proporcionalidad que deberían mediar en todo caso, de ahí su ineficacia intrínseca.

Pero es que además si nos centramos en la prohibición de aproximación y comunicación, es perfectamente posible que durante el cumplimiento de una condena de estas características el penado y víctima hayan mantenido comunicaciones telefónicas o postales, pues en aplicación del art. 57.2 CP, la condena, de forma imperativa, solo contiene una prohibición de aproximación, conforme al art. 48.2 CP. Además, aunque la condena comprendiera tales prohibiciones de aproximación y comunicación, impuesta al amparo del art. 48.2 y 3 con relación al art. 57.2 CP, resulta

¹⁰⁹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., 2019, p.156.

que aquellas se cumplen simultáneamente, art. 57.1 *in fine*, por lo cual nada de extraño tendría que se hayan extinguido tales restricciones por su cumplimiento antes de la puesta en libertad, supuesto más que frecuente cuando el condenado tiene varias condenas además por otras tipologías. Es perfectamente posible que penado y víctima hayan mantenido relaciones íntimas – comunicaciones del art. 45.4 RP- ante el agotamiento de la pena privativa de derechos. Se ignora por ello, si seguimos una interpretación literal, a qué principio lógico podría responder el hecho que cuando el penado vaya a acceder a la libertad condicional se le vaya a prohibir y con qué fin aquello que con naturalidad ha venido haciendo habitualmente, apartarle de su círculo familiar y afectivo vivo. Este planteamiento llevaría a afirmar que el legislador desconoce las propias normas penales por él elaboradas – los arts. 57, 83 y 90 se modifican en la propia LO 1/2015-, la realidad penitenciaria y, lo que es quizás más grave, la vida misma, salvo que entendamos que su pensamiento opera en una realidad virtual.

Por ello, hay que superar la literalidad de la norma e ir a lo esencial, coherente con el contenido al cual se remite con los elementos sustanciales y esenciales de la institución en la cual se hace la referencia y armonizarlo con ella. Estas remisiones lo son a los aspectos que sean susceptible de ser incardinados en la libertad condicional, pero no un todo de contenido indiscriminado. Sirva de ejemplo, en el ámbito de las remisiones del art. 90 CP, el art. 86.1 b) hace referencia a la sustracción del control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, el cual nada tiene que ver con un liberado, al menos en la actual marco normativo de él¹⁰⁹⁸; o el incumplimiento a que se refiere el art. 86.1.c) -incumplimiento del acuerdo logrado en la mediación o de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos como condición o el impago de la multa de ese mismo carácter-, un *aliud* con respecto a la libertad condicional, al igual que ocurre con el contenido del art. 87.2 CP, que se refiere a un supuesto concreto de suspensión de pena propio del sentenciador. Por ello, pretender una aplicación en bloque de la normativa de referencia con fundamento en esa genérica mención resulta tan inapropiado como la propia técnica legislativa empleada.

El contenido de estos deberes y obligaciones puede ser muy amplio y adaptarse a las características de cada penado, no es un *numerus clausus*, todo ello en orden a posibilitar una reinserción en la sociedad con las notas que son propias de una vida normalizada. Así, con esas miras, es perfectamente posible imponer cualquier obligación, con su consentimiento y siempre que no afecte a la dignidad como persona. Precisamente por ello se puede imponer una obligación de cuidado y atención a los hijos¹⁰⁹⁹, lo cual es propio de una vida normalizada, por lo que su incumplimiento es causa de revocación; o el sometimiento al seguimiento de sus conducta y actividad laboral por un Verificador de la Libertad Condicional, a modo del *Probation and Parole Officer*.

¹⁰⁹⁸ RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

¹⁰⁹⁹ AAP Valladolid (2ª) 599/2019, de 15 de noviembre.

11. MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONDUCTA Y DEL PLAZO DE SUSPENSIÓN

Se recoge expresamente en el párrafo segundo del art. 90.5 CP, para el caso de cambio de circunstancias, la posibilidad, por parte del Juez de Vigilancia, de modificar la decisión originalmente adoptada e imponer nuevas prohibiciones o prestaciones o modificar las ya impuestas o alzarlas.

Por otro lado, en ese mismo precepto, se hace una remisión al art. 86 CP, el cual tras reiterar que cabe imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas, añade que cabe prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado. Esta remisión da lugar a dos problemas, uno el competencial, cuál es el juez que conoce del asunto, y otro si es factible superar el plazo máximo específico de suspensión de la libertad condicional, cinco años para la pena de prisión, diez para la de prisión permanente revisable.

En cuanto a la primera cuestión, el art. 86 CP recoge los términos *juez o tribunal*, que, dada su ubicación, la suspensión como alternativa en las penas cortas prisión, no es sino una referencia al sentenciador. Un primer posicionamiento sería entender que es ese mismo juez el que tiene la competencia para pronunciarse sobre la ampliación del plazo cuando de la suspensión del resto de la pena y libertad condicional estamos hablando. Sin embargo, tal planteamiento carece de sentido, el sentenciador nada tiene que ver con esta figura, ni tiene conocimiento alguno de la evolución del liberado, antes bien esa labor lo es del Juez de Vigilancia. Por ello parece más acorde una segunda postura conforme a la cual, ratificando lo que hasta ahora se ha venido diciendo, que no es sino el alcance limitado de estas remisiones, circunscribiéndolas a los aspectos materiales, en tanto no resulten incompatibles con el instituto de la libertad condicional.

La segunda cuestión sería la posibilidad de prorrogar el plazo de suspensión previsto el párrafo cuarto del art. 90.5 CP, pena de prisión, y párrafo primero del art. 92.3 CP, pena de prisión permanente revisable. Aquí el problema surge porque con la remisión que se hace al art. 86 CP, se produce un solapamiento, ya que, tanto el 90.5 CP, como el 92.3 CP, ya tienen prevista la modificación de las condiciones a la vista del cambio de circunstancias, esto es, que recogen una regulación específica del ejercicio de esa facultad. Da la impresión pues, en este caso, que realmente cuando se establece que la regulación de los arts. 90 y 92 CP hay integrarla con la normativa propia de la suspensión, en realidad debería entenderse que se refiere a lo no regulado, que por lo que aquí interesa, las causas revocación, art. 86.1 CP; de hecho, tanto en el 90.5 CP, como el 92.3 CP, cuando se recoge la causa adicional de revocación por cambio de pronóstico de peligrosidad, se hace como un añadido, como un complemento, pues se dice *asimismo*. Ello conduce a que quepa concluir que en la libertad condicional no es procedente la modificación del plazo señalado *ab initio*.

12. REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

12.1 Introducción

La redacción original del Código Penal de 1995 recogía como causas de revocación de la libertad condicional la comisión delictiva y la inobservancia de las reglas de conducta impuestas, atribuyéndose la competencia para tal pronunciamiento, en perfecta coordinación con la Ley Orgánica General Penitenciaria, al Juez de Vigilancia Penitenciaria. En todo caso, el tiempo pasado en libertad condicional se consideraba como tiempo de cumplimiento, fuese cual fuere el motivo de la revocación.

Esta configuración de la libertad condicional surge frente al diseño del Código Penal de 1973, art. 99, el cual, junto a la comisión delictiva, con pérdida del tiempo pasado en libertad, recogía como causa de revocación la observancia de mala conducta, concepto éste indeterminado, que introducía una notable inseguridad jurídica y que, incluso su consideración, en algunos casos, podría plantear si se incurría en una posible vulneración del principio de presunción de inocencia¹¹⁰⁰. Hay que decir, sin embargo, que el sistema del Código Penal de 1973, en este supuesto, era más coherente con la consideración de la libertad condicional como última fase del sistema de individualización científica, siempre y cuando esa observancia de buena conducta se valorara como justificación de una regresión de grado, en los mismos términos que aquella.

De hecho, con relación a la objetivada situación del Código Penal de 1995, años antes de la reforma operada por LO 1/2015, GARCÍA VALDÉS¹¹⁰¹ proponía la inclusión de una nueva causa de revocación junto a la reiteración delictiva y a la inobservancia de las reglas de conducta, la involución tratamental, que conectaría con los arts. 65.3 LOGP y 106.3 RP, planteamiento coherente con su concepción como cuarto grado.

Con la generalización ahora de la pérdida del tiempo cumplido en libertad condicional en caso de incumplimiento, al configurarse la libertad condicional como una forma de suspensión y no como parte del cumplimiento de la pena, se desnaturaliza por

¹¹⁰⁰ El ATC 114/1997, de 21 de abril (ROJ: ATC 114/1997 - ECLI:ES:TC:1997:114A), inadmite un recurso de amparo formulado contra un Auto de la Audiencia Provincial de Toledo que se pronuncia sobre un recurso de apelación contra otro del JVP núm. 2 de Castilla-La Mancha, resoluciones éstas que revocan la libertad condicional concedida a un penado por aparecer implicado en unas nuevas diligencias penales en las que incluso se habría decretado la medida cautelar de prisión provisional, apreciando así la causa de revocación prevista en el art.99 del Código Penal de 1973 de *mala conducta*, pues se entiende que su implicación en tales hechos era un signo inequívoco de la concurrencia de la misma. Decía el recurrente en su escrito que el término *mala conducta* había de interpretarse en sentido restringido pues dicha expresión habría sido incluso suprimida en el Código Penal de 1995, sustituyéndose por la de *inobsevar las reglas de conducta impuestas*, pidiéndose así el amparo con fundamento en la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Tales alegaciones son rechazadas en el Fundamento Jurídico Segundo del Auto del Tribunal Constitucional, que inadmite el motivo y ello porque la revocación de la libertad condicional se hizo no en base a la comisión de nuevo delito imprejuizado, antes bien en la mala conducta, en la valoración de los datos y elementos de hecho que disponía el tribunal para calificar la conducta del recurrente, lo cual no es sino una mera cuestión de legalidad.

¹¹⁰¹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. Sobre la libertad condicional... op. cit., p. 1068.

completo el significado de esta figura en el Derecho español y, de seguir siendo así, requerirá la modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria para evitar contradicciones¹¹⁰².

12.2 Causas de revocación

Tras la LO 1/2015, la revocación de la libertad condicional se va a articular de forma dual, por un lado, de nuevo con uso de la imprecisa técnica legislativa de las remisiones, por remisión del párrafo primero del art. 90.5 CP a los términos del art. 86 CP, y, por otro, con una cláusula que enlaza con la causa de la concesión, párrafo tercero del art. 90.5 CP, que implica que, de forma sobrevenida, ya no concurre el motivo de la concesión, el cambio de circunstancias que implican la pérdida del pronóstico de no peligrosidad.

Por lo que al primer supuesto se refiere, cuatro son los motivos que se recogen en el art. 86 CP por los cuales se puede revocar la suspensión del resto de la pena y libertad condicional al liberado:

a) Que sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al art. 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al art. 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 LEC.

El segundo enunciado del apartado b) y el apartado c) nada tienen que ver con la libertad condicional, se refieren, como es obvio, a la suspensión como alternativa a la pena de prisión, no a la libertad condicional.

En cuanto al apartado d), es de limitado alcance, máxime cuando el Tribunal Supremo¹¹⁰³ ha establecido que la adopción de medidas impuestas al liberado condicional conforme al art. 90 CP en orden a satisfacer la responsabilidad civil no

¹¹⁰² CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, "Prisión permanente revisable II (art. 36)". En: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, coords. GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 222.

¹¹⁰³ STS 59/2018, de 2 de febrero (ROJ: STS 230/2018 - ECLI:ES:TS:2018:230).

permite imponer obligaciones de reparación que superen los límites establecidos en el art. 607 LEC.

Queda pues como causas más propias de revocación, la comisión delictiva y el incumplimiento de las prohibiciones y deberes del art. 83 CP, supuestos a los cuales habría que añadir la cláusula abierta que se recoge en el art. 90.5 CP, párrafo tercero, cuando se perfila como motivo de la revocación el cambio sobrevenido de las circunstancias que posibilitaron la concesión.

La revocación por comisión delictiva, a diferencia de la legislación anterior, no opera automáticamente, antes bien se exige una nueva valoración en el cambio de las expectativas que se tenían al aprobar la libertad condicional, en definitiva, una valoración de la peligrosidad que ahora se ha exteriorizado con la ejecución de una nueva conducta delictiva. CERVELLÓ DONDERIS¹¹⁰⁴ considera desproporcionado la inclusión de esta causa, pues esa conducta ya es sancionada con su pena, por lo cual deberían articularse otros instrumentos correctivos menos punitivos, si bien entiende acertada la exclusión del automatismo presente en la anterior regulación.

Comisión delictiva que ha de entenderse en el sentido de que medie sentencia firme al efecto, no una mera causa en tramitación, pues solo en ese caso se respetaría el principio de presunción de inocencia¹¹⁰⁵.

Por lo que se refiere a la causa de revocación por el cambio sobrevenido de las circunstancias que posibilitaron la concesión, en su literalidad “la ley otorga al juez de vigilancia penitenciaria, como órgano competente para el control de la libertad condicional, una facultad casi omnímoda para ordenar el reingreso en prisión del liberado en virtud de una valoración de sus circunstancias personales exenta de pautas legales”¹¹⁰⁶.

La renovada mención al cambio de pronóstico es, sin duda, controvertida¹¹⁰⁷, pero no es una causa del todo novedosa. Como precedente remoto, conecta con la situación existente bajo la vigencia del CP 1973, en el cual era causa de revocación de la libertad condicional la mala conducta, que, en aquella regulación, a diferencia de lo que ocurría con la otra causa entonces prevista, la comisión delictiva, no implicaba pérdida del tiempo pasado en libertad¹¹⁰⁸. Bajo la vigencia de esta normativa, era posible encuadrar en ese concepto abierto de mala conducta, como exteriorización de ella, aunque no mediara sentencia firme aún, el estar implicado el liberado en unas actuaciones penales¹¹⁰⁹. Y como antecedente más próximo, tal configuración está

¹¹⁰⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 110-111.

¹¹⁰⁵ STS 425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677).

¹¹⁰⁶ STC 169/2021, de 6 de octubre (ROJ: STC 169/2021 - ECLI:ES:TC:2021:169).

¹¹⁰⁷ GUIASOLA LERMA, Cristina. *La libertad condicional...* op. cit., pp. 77-78.

¹¹⁰⁸ Art. 99 CP 1973.

¹¹⁰⁹ El ATC Auto de la Sala Primera del TC de 21-04-97, con relación a la revocación de la libertad condicional por mala conducta, al amparo de la regulación del CP 1973, inadmite un recurso de amparo frente a la invocación de la vulneración de la presunción de inocencia, reconociendo al Juez de Vigilancia la posibilidad de valorar la conducta desde su perspectiva, la evolución penitenciaria del sujeto. Este mismo planteamiento subyace en la STS 425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677).

presente en la LO 7/2003, que introdujo un apartado 2 en el art. 93 CP, aunque circunscrito al ámbito del terrorismo.

El principal problema que plantea esta causa de revocación, pero que también está presente en la concesión de la libertad condicional, sería la indeterminación, la enorme dificultad o, más bien, fiabilidad de los pronósticos criminales, que en este caso tiene que realizar a autoridad judicial, lo cual conduce a la inseguridad jurídica. Aunque se ha señalado por algún autor que el pronóstico de peligrosidad no está presente en la concesión de la libertad condicional¹¹¹⁰, no se comparte tal aserto, pues tal concepto subyace tras las circunstancias que se valoran por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en el art. 90.1 CP para la concesión, de ahí que en el art. 90.5 CP, a la hora de la revocación, se entienda que se haga dicha mención.

Para RODRÍGUEZ YAGÜE¹¹¹¹ sería criticable el concepto abierto empleado, el cual implica una notoria falta de seguridad jurídica, de forma que sería deseable que de *lege ferenda* se recogiera de forma clara y taxativa las posibles causas de revocación. Esta postura en realidad postula una vuelta a la configuración original del Código Penal de 1995.

La inseguridad que introduce el 90.5 CP, en realidad, coincide con el mismo margen de discrecionalidad que media a la hora de la adopción de la decisión por la cual se concede la libertad condicional, una valoración de una serie de factores no siempre fáciles y unos pronósticos no menos difíciles de objetivar. Pero la nueva causa de revocación, en contrapartida a la pérdida de objetividad del anterior sistema, aportaría, de atenerse a su dicción textual, una indudable ventaja, pues resulta cuando menos una quimera pretender que la autoridad judicial, al tiempo de la concesión, tenga la capacidad de perfilar todos cada uno de los deberes y prohibiciones que permitan conducir la conducta del liberado a la reinserción.

Con ese enunciado podría considerarse que es posible que se entienda que concurre un cambio de pronóstico como consecuencia de la entidad de los hechos probados en una nueva condena por hechos anteriores desconocida al tiempo de la concesión; o bien, porque tratándose de la adopción de una medida cautelar personal de prisión provisional, los hechos que la motiven exterioricen un comportamiento impropio de un liberado condicional.

MIR PUIG (Carlos)¹¹¹² sostiene que por la remisión del art. 90.5 al 86 CP en cuanto a las causas de revocación, ésta solo es factible con fundamento en una condena cuando aquella se refiera a hechos cometidos durante el periodo de suspensión, no por condenas anteriores o condenas recaídas en tal periodo por hechos previos.

En cierta forma de modo premonitorio, como luego se verá, SALAT PAISAL¹¹¹³, afirma que la regulación actual resulta vaga e incluso empeora la redacción del ya derogado art. 93 CP, a la vez que resulta incoherente con las distintas causas de revocación establecidas en el art. 86 CP; por ello, para evitar incoherencias entre ambos

¹¹¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Libertad condicional...* op. cit., p. 108-109.

¹¹¹¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "La ejecución de las penas..." op. cit., p.180.

¹¹¹² MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 180-181.

¹¹¹³ SALAT PAISAL, Marc. "Libertad condicional..." op. cit., p. 199.

preceptos, a la hora de determinar que se ha producido tal cambio de las circunstancias que en su día dieron lugar a la suspensión y que hace necesaria su revocación, ha de acudirse a las causas generales del art. 86 CP.

Este último planteamiento es precisamente el que se recoge en la STC 169/2021, de 6 de octubre (ROJ: STC 169/2021 - ECLI:ES:TC:2021:169)¹¹¹⁴, que se refiere a esta misma causa de revocación en el caso de la pena de prisión permanente revisable -art. 92.3, párrafo tercero, CP-. Las consideraciones que en esta resolución se hacen son plenamente aplicables a la revocación de la libertad condicional en la pena de prisión, si bien se apartan, en cierta forma, de aquella postura primera que con relación al CP 1973 pareció adoptar el Tribunal Constitucional, el ATC 114/1997, de 21 de abril (ROJ: ATC 114/1997 - ECLI:ES:TC:1997:114A). De este modo, ahora se va a entender que la constitucionalidad el nuevo enunciado del art. 90.5 CP solo puede salvarse, en aras a evitar la indeterminación, que de una lectura literal de aquel pudiera resultar, como que ese cambio de pronóstico no es sino fruto del incumplimiento de los deberes del art. 86.1 CP, lo cual, en definitiva, aunque no se diga, hace que devenga superfluo e innecesario aquel¹¹¹⁵.

No obstante, la STS 425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677), dictada en unificación de doctrina, omite toda referencia a la anterior resolución del Tribunal Constitucional y considera vigente la causa de revocación cuestionada para las condenas por hechos posteriores al 1 de julio de 2015. Es más, se llega a afirmar que la labor del Juez de Vigilancia en tal supuesto consiste en un análisis de las nuevas circunstancias que “no se limita a constatar que existan unos hechos de naturaleza delictiva atribuidos al reo por sentencia firme o unos incumplimientos de las normas de conducta que le fueron impuestas (supuestos contemplados en el art. 86.1 del Código Penal), sino que debe evaluar cualquier otro acontecimiento o incidente que pueda hacer desaparecer, de manera sustantiva, el pronóstico de falta de peligrosidad del beneficiario de la libertad condicional. En todo caso el nuevo pronóstico, como juicio hipotético a realizar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, incluye valorar la firmeza de los indicios de comisión de un nuevo delito por el beneficiario y las circunstancias que reflejan la probabilidad de que se haya producido una reversión del tratamiento penitenciario o de que el mantenimiento de la libertad condicional introduzca un riesgo social anteriormente inexistente”.

En definitiva, el pronunciamiento del Tribunal Supremo que reconoce y concreta el contenido de la nueva causa de revocación introducida en la reforma de 2015, relativa a la ausencia sobrevenida de los requisitos que posibilitaron su concesión, entra en abierta y palmaria contradicción con lo sostenido por el Tribunal Constitucional, el cual

¹¹¹⁴ Fto. Jco. 9 b).

¹¹¹⁵ STC 169/2021, de 6 de octubre (ROJ: STC 169/2021 - ECLI:ES:TC:2021:169), Fto. Jco. 9 b), “...es susceptible de generar en el liberado condicional la sensación insuperable de incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva que, conforme a la doctrina citada, constituye el límite de la libertad de configuración normativa del legislador, pues podrían integrar el fundamento de la decisión revocatoria circunstancias personales del liberado condicional completamente desconectadas con el fundamento de su condena y de su ulterior liberación —un determinado modo de conducirse por la vida— e incluso ajenas a su voluntad —la pérdida del puesto de trabajo, o de un apoyo familiar o institucional—. La consecuencia asociada a estos supuestos, el retorno a prisión, resulta manifiestamente desproporcionada”.

previamente había cuestionado y rechazado la inseguridad jurídica que introducía la indeterminación de tal previsión.

12.3 Órgano jurisdiccional competente para la revocación

Otro aspecto oscuro o confuso de la regulación actual de la libertad condicional, tanto en la pena de prisión, como en la de prisión permanente revisable, es la determinación del órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo tal pronunciamiento.

El art. 76.2 b) LOGP, inequívocamente, considera que ésta es una competencia más del Juez de Vigilancia cuando afirma que le corresponde “resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan”. No obstante, la Ley Orgánica General Penitenciaria no ha sido modificada en precepto alguno por la LO 1/2015, con lo cual su configuración normativa no podía contemplar la nueva pena de prisión permanente revisable, por lo que la ley penitenciaria poco puede ayudar o ser guía a la hora de solventar los no pocos problemas interpretativos que ha suscitado la nueva norma, al menos con relación a la nueva pena.

Por lo que se refiere a la revocación de la libertad condicional en la pena de prisión, SALAT PAISAL¹¹¹⁶ destaca la mala técnica legislativa seguida en la LO 1/2015, que se ve reflejada en la confusa regulación sobre cuál es el órgano responsable de tomar la decisión en tal caso, si el órgano responsable es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, tal y como se desprende del art. 90.5 CP, o el juez o tribunal sentenciador, según el art. 86 CP, si bien la lógica lleva a considerar que el órgano responsable debe ser y será el primero citado.

En la pena de prisión, el art. 90.5 CP recoge, por un lado, las causas de revocación generales para la suspensión considerada como alternativa a la pena de prisión, art. 86 CP, y por otro, una específica, el cambio de pronóstico de reinserción, párrafo tercero, supuesto en el cual expresamente se recoge que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria el que debe llevar a cabo la valoración y toma de la correspondiente decisión.

La duda se centra así en la competencia para pronunciarse en los supuestos del art. 86 CP, pues si se considera que la remisión legal a él lo es en bloque, ello implica que también tengan vigencia las referencias competenciales, lo cual conduce, en este caso, a atribuir la decisión sobre la revocación al juez o tribunal sentenciador. Si se defiende que la remisión solo es a las causas específicas de revocación, no a otros aspectos normativos, no hay alteración alguna con relación al enunciado de la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo que mantiene la coherencia y lógica del sistema, en el caso de la pena de prisión.

¹¹¹⁶ SALAT PAISAL, Marc. “Libertad condicional... op. cit., p. 199.

Desde el análisis del ámbito de la pena de prisión permanente revisable, la cuestión se complica más aún. La labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la libertad condicional, hemos visto, se centra en la pena de prisión y dado que ninguna intervención tiene en la concesión y seguimiento en la pena de prisión permanente revisable¹¹¹⁷, en coherencia con este diseño normativo, ningún papel debería tener en ella a la hora de considerar una eventual revocación. Sin embargo, algo que es tan sencillo, por motivos de difícil, sino imposible justificación, pues es de lógica que quien la ha concedido, debe ser quien tenga la competencia para revocarla, no es el panorama que resulta de la literalidad de la ley.

El art. 92.3 CP, párrafo tercero, sin sentido alguno, recoge una mención expresa al Juez de Vigilancia Penitenciaria, al cual se atribuye la competencia para revocar la libertad condicional en el caso de cambio de circunstancias que impliquen modificación del pronóstico de peligrosidad. Se le presume ahora a este órgano un conocimiento tal de la conducta del liberado que le permite pronunciarse sobre la revocación de aquella, lo cual, no deja de sorprender.

TAMARIT SUMALLA¹¹¹⁸ entiende que en la cuestión competencial con relación a la pena de prisión permanente revisable no se introducen diferencias con el régimen general de revocación de la libertad condicional establecido para las penas temporales.

Otros autores¹¹¹⁹, por su parte, llegan a una conclusión dual desde el punto de vista competencial. Así, a la hora de contemplar la revocación de la libertad condicional en esta pena había que considerar dos supuestos, uno general y común, con referencia al art. 86 CP, que circunscribe a los casos de comisión delictiva, incumplimiento grave de las prohibiciones impuestas y la no colaboración con la Justicia, cuya competencia correspondería al sentenciador; y otro específico, con referencia al art. 92.3 CP, cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada, cuya competencia correspondería al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Sin embargo, este último planteamiento, con ese fundamento, resulta problemático, pues la referencia al art. 86 CP que se hace en el art. 92.3 CP, párrafo primero, sin más, no puede considerarse título bastante de atribución competencial. Si bien la nueva normativa de la libertad condicional atribuye a esta la naturaleza de una forma de suspensión, no por ello se asimila plenamente a aquella otra alternativa a la privación de libertad, antes bien la libertad condicional conserva un régimen diferenciado y distinto al de la suspensión de penas privativas de libertad regulado en los arts. 80 a

¹¹¹⁷ Aunque el art. 92.3, párrafo segundo, CP, no usa el término *tribunal* que sí se emplea en el art. 92.1 al referirse a la concesión, antes bien, ahora se refiere al *juez o tribunal*, en la medida en que se cita la modificación de su decisión anteriormente adoptada, no hay duda de que el órgano competente es quien la concedió.

¹¹¹⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. "La prisión permanente revisable". En: *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 100.

¹¹¹⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Prisión perpetua...* op. cit., p. 215; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "La ejecución de las penas..." op. cit., pp.177-180; CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, *La prisión permanente revisable...* op. cit., pp. 247-250.

87 CP; incluso formalmente se recogen en secciones distintas del mismo Capítulo¹¹²⁰, el cual, por otra parte, tiene una rúbrica muy significativa, a saber, *De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*. La libertad condicional se ve como algo distinto, entre otras cosas porque su finalidad es diversa, el régimen de la Sección Primera no es sino un mecanismo articulado para evitar los efectos desestructuradores de las penas privativa de libertad en las condenas de corta duración, evitando el ingreso del penado en prisión, mientras que la libertad condicional es la última fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad, como uno de los mecanismos de reinserción.

El argumento invocado relativo a la remisión que se hace en el art. 92.3 CP, párrafo primero, al art. 86 CP para fundar la competencia del sentenciador, de ser coherentes con él, genera un problema de mucho mayor calado que aquel que se pretende resolver. El art. 90.5 CP, relativo a la libertad condicional en la pena de prisión, contiene una regulación en paralelo con el art. 92.3 CP, esto es, el precepto recoge la misma remisión al art. 86 CP e idéntica mención al Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuanto a la atribución de la potestad de revocación de la suspensión por el cambio sobrevenido de pronóstico; las referencias al juez o tribunal en los arts. 80 a 87 CP lo es al juez o tribunal sentenciador, en modo alguno al Juez de Vigilancia Penitenciaria; de seguirse la interpretación cuestionada, resultaría que el sentenciador, en la pena de prisión, también sería el competente para revocar la libertad condicional en los casos de comisión delictiva, incumplimiento grave de las prohibiciones impuestas y la no colaboración con la Justicia, lo cual no deja de ser llamativo, pues tal figura judicial lo ignora todo del seguimiento del liberado.

No cabe duda de que carece de elemental lógica, ni hay argumento razonable alguno para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que no tiene papel conocido en la concesión y seguimiento de la suspensión y libertad condicional en la pena de prisión permanente revisable, sea ahora el competente para revocar la libertad condicional concedida y controlada por el sentenciador¹¹²¹; pero para solucionar un absurdo, de seguirse la última línea argumental expuesta que pretende dar coherencia al sistema, se puede crear otra situación de conflicto de mayor calado, al menos numéricamente, pues llevando su razonamiento a la libertad condicional en la pena de prisión, se genera una más que notoria disfunción, pues implica que la revocación de aquella en tres supuestos (comisión delictiva, incumplimiento grave de las prohibiciones impuestas y la no colaboración con la Justicia) sería competencia del sentenciador y no del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Frente a esta tesis, como viene señalándose, puede invocarse que la remisión al art. 86 CP que se hace en la regulación de la libertad condicional en la pena de prisión permanente revisable, como en la pena de prisión, no hay que entenderla como título de atribución competencial alguno, antes bien simplemente como precepto de contenido material dentro la muy defectuosa técnica jurídica que impregna la reforma operada por la LO 1/1995, máxime tras la STC 169/2021, de 6 de octubre (ROJ: STC 169/2021 -

¹¹²⁰ Capítulo III, del Título III, del Libro I, del Código Penal.

¹¹²¹ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Artículo 92". En: *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 824.

ECLI:ES:TC:2021:169), en la cual inequívocamente se menciona al Juez de Vigilancia Penitenciaria como órgano encargado de la revocación en la referencia del art. 92.3, párrafo tercero, CP, supuesto que materialmente se identifica con aquel otro de incumplimiento de las reglas del art. 86.1 CP.

O, dicho de otra forma, en los términos de la sentencia antes mencionada, hay un único marco para la revocación de la libertad condicional, tanto en la pena de prisión, como en la de prisión permanente revisable, el del art. 86.1 CP, en el cual es el Juez de Vigilancia Penitenciaria el llamado a pronunciarse. Esto es, apreciar la ausencia sobrevenida de pronóstico de reinserción no es sino dejar constancia el incumplimiento de las pautas del art. 86.1 CP.

CAPÍTULO IX. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN (IV): LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL ART. 60 CP

1. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1.1 Concepto y fundamento

1.2 Presupuestos

1.3 Estados peligrosos

1.4 Límite temporal de las medidas de seguridad

2. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA

2.1 Delimitación de la competencia

2.2 Medidas de seguridad privativas de libertad

2.3 La custodia familiar

2.4 La libertad vigilada postpenitenciaria

2.4.1 Introducción

2.4.2 Contenido de la competencia

3. ENAJENACIÓN MENTAL DE APRECIACIÓN SOBREVENIDA

3.1 Introducción y problemática

3.2 Supuesto de hecho del art. 60 CP

3.3. Imposición de la medida de seguridad

3.4. Duración de la medida de seguridad

3.5 Revisión de la medida y restablecimiento de la salud

1. MEDIDAS DE SEGURIDAD

1.1 Concepto y fundamento

VON LISZT¹¹²² define las medidas de seguridad como “aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad -medidas educadoras o correccionales-, o la eliminación de los inadaptables a la sociedad -medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto-”.

Las medidas de seguridad son, en palabras de SANZ MORÁN¹¹²³, un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado

¹¹²² VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid: Reus, 1926.

¹¹²³ SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Valladolid: Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 71.

conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa.

Para el Tribunal Supremo¹¹²⁴ serían el remedio que prevé el Código Penal para el tratamiento de los supuestos de imputabilidad o semiimputabilidad, fundamentalmente dirigida al cumplimiento de unos fines preventivos especiales a través de medidas de carácter terapéutico, educativo o asistencial, imponiéndose en los supuestos en los que se haya declarado la existencia de un delito cometido por un inimputable, o un sujeto de imputabilidad reducida, y pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la comisión de nuevos delitos.

Sin embargo, tal definición ha de matizarse con motivo de la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria en la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010 -luego ampliada, en cuanto a los supuestos de hecho susceptibles de su aplicación, por la LO 1/2015-, la cual extiende esta consecuencia del delito a los sujetos imputables que han exteriorizado la peligrosidad criminal al haber incurrido en ciertas tipologías delictivas¹¹²⁵.

En torno al campo de las consecuencias jurídicas del delito, las medidas de seguridad surgen tras el debate sobre la función que debe desarrollar el Derecho Penal, esto es, si es simplemente un medio de represión, de ahí la pena como respuesta -monismo-, o también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia, ámbito en el cual surge la medida de seguridad -dualismo-.

De esta forma, en principio, así como la pena respondería a la prevención general y retribución, la medida de seguridad enlaza con la prevención especial, y mientras la primera tendría como presupuesto la culpabilidad, la segunda toma como referencia la peligrosidad, entendida esta como la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de una determinada persona.

Centrándonos en la peligrosidad, la misma permite adoptar dos puntos de vista en función del momento de su apreciación. Así podemos hablar de *peligrosidad predelictual*, la cual no se ha actualizado aún en la realización de un hecho delictivo, y de *peligrosidad postdelictual*, que en este caso se ha exteriorizado ya en la comisión de un delito.

Históricamente estas dos clases de medidas han coexistido hasta la Constitución de 1978. Se introducen por primera vez en nuestro ordenamiento en el Código Penal de 1928; luego se recogen en la *Ley de Vagos y Maleantes* de 1933 -reformada por Ley de 15 de julio de 1954-; y, posteriormente, en la *Ley de peligrosidad y rehabilitación social* de 1970, norma ésta última que no fue derogada formalmente sino con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, aunque de facto había quedado desactivada por la jurisprudencia constitucional¹¹²⁶. Precisamente ésta va a perfilar el carácter de las

¹¹²⁴ STS 773/2005, de 15 de junio (ROJ: STS 3854/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3854).

¹¹²⁵ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Artículo 6". En: *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 107.

¹¹²⁶ SSTC 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); 23/1986, de 14 de febrero (ROJ: STC 23/1986 - ECLI:ES:TC:1986:23); y 131/1987, de 20 de julio (ROJ: STC 131/1987 - ECLI:ES:TC:1987:131).

medidas de seguridad conforme a los nuevos principios que emanan del texto de 1978: su carácter materialmente sancionador; la necesidad de que la peligrosidad se haya exteriorizado en la comisión de un hecho delictivo; las mismas garantías en su enjuiciamiento que para las penas; y un principio que, como se verá al hacer referencia a la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, el legislador ordinario pone en duda, la imposibilidad de imponer una pena y una medida de seguridad con origen en un mismo hecho delictivo, principio que en su día dio lugar al sistema vicarial, que tuvo acogida en el art. 99 CP.

El Título Preliminar del Código Penal diseña los caracteres fundamentales de las medidas de seguridad, desarrollando luego su forma de aplicación en los arts. 95 y siguientes. Se reconoce así en él la naturaleza punitiva o sancionadora de las medidas de seguridad, art. 1 CP; el principio de legalidad, en sus distintas formulaciones, en los arts. 2 y 3 CP, incluida la ejecutiva; la peligrosidad criminal postdelictual como único fundamento de la medida de seguridad, rechazándose así la predelictual, en el art. 6.1 CP; y, dado el reconocimiento del carácter punitivo de esta respuesta, su no mayor onerosidad que la eventual pena aplicable en abstracto, con la correspondiente fijación de límites temporales, y la necesidad en su imposición, art. 6.2 CP. Sin embargo, el elemento temporal, no es una exigencia constitucional¹¹²⁷, antes bien es una decisión del legislador.

En el Código Penal de 1995 hay una aproximación de los conceptos de pena y medida de seguridad, que se plasma en los arts. 6.2, 95.2 y 101 a 103 CP, en los que se habla de la pena por el hecho ejecutado en tanto que límite de la duración de la medida. En un plano aséptico, de conceptos puros, la pena ha de ser proporcionada al delito, mientras que la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de inimputabilidad. O como señala la STS 345/2007, de 24 de abril (ROJ: STS 2748/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2748), resulta justificado y razonable conectar las medidas de seguridad relativas a los enajenados mentales, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad, prognosis que se fundamenta, a su vez en la peligrosidad criminal¹¹²⁸ -potencialidad idónea para cometer acciones antisociales o dañosas- y la necesidad de la aplicación de tales medidas¹¹²⁹. No obstante, nuestro legislador no ha desvinculado totalmente el concepto de medida de seguridad de la gravedad del hecho ejecutado, que sería lo correcto en atención a una clara delimitación con las penas, pues lo determinante en las medidas de seguridad debería ser, al menos en el plano teórico, la peligrosidad, no tanto por el hecho ejecutado, sino en atención a la posible realización futura¹¹³⁰.

¹¹²⁷ Las SSTC 112/1988, de 8 de junio (ROJ: STC 112/1988 - ECLI:ES:TC:1988:112), y 24/1993, de 21 de enero (ROJ: STC 24/1993 - ECLI:ES:TC:1993:24), con relación al Código Penal de 1973, confirmó la constitucionalidad de las medidas de seguridad de duración indefinida en atención a la pervivencia del estado peligroso.

¹¹²⁸ Art. 95.1.2ª CP.

¹¹²⁹ Art. 95 y 101 a 103 CP.

¹¹³⁰ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Artículo 6... op. cit., p. 108.

Dada la naturaleza penal de la medida, señala TAPIA BALLESTEROS¹¹³¹, ello implica, al igual que ocurre con las penas, que deben respetarse los principios de legalidad, entendido en sentido amplio, junto al de proporcionalidad, propios del Estado de Derecho. En virtud del principio de legalidad, tanto la medida, como los hechos y circunstancias que deben producirse para su aplicación deben estar definidas en la ley. Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, su ámbito de proyección es más discutible, de modo que algunos autores consideran se corresponde con la vinculación entre la determinación y duración de la medida con los hechos previos realizados, mientras que para otros lo relacionan con el pronóstico de peligrosidad futura del sujeto.

No obstante, frente al dualismo, MAPELLI CAFFARENA¹¹³² se muestra sumamente crítico con el tratamiento del enfermo mental en la legislación penal, pues sostiene que el control penal de los internamientos de inimputables termina criminalizándolos bajo un argumento político criminal de ampliación de las garantías de aquel, lo cual resulta acreditado, en primer lugar, por el hecho de la propia clasificación de las medidas en privativas y no privativas de libertad, lo que denota que en el ánimo del legislador pesa más el carácter represivo que el preventivo, lo que va contra su esencia; en segundo lugar, así resulta porque es el Juez y no el Equipo Técnico quien autoriza las eventuales salidas; en tercer lugar, porque la intervención judicial puede ser un auténtico obstáculo para la versatilidad de la medida conforme al programa terapéutico; en cuarto lugar, porque se prevé, para el caso de quebrantamiento, la eventual comisión de un nuevo delito; y, en último lugar, por la realidad de la red de centros de internamientos capaz de satisfacer la demanda. Frente a una justificación en la ventaja de la temporalidad de la medida, sin embargo, resulta que en el momento de su imposición el legislador no ha fijado el límite con relación a la pena en concreto, sino con la pena en abstracto; y si, en principio, por la equivalencia pena/medida de seguridad, si la primera no es privativa de libertad, la segunda tampoco puede serlo, ello no impide que se pueda iniciar el correspondiente procedimiento civil de internamiento, si es necesario; situación esta última que puede también concurrir al finalizar la medida de seguridad. En definitiva, se aprecia en la regulación una estrategia para asegurar el control judicial hasta el último momento de las personas que fueron declaradas exentas de responsabilidad criminal. La conclusión sería así, que, el dato objetivo de la comisión de un delito no explicaría por sí un tratamiento diferenciado de los incapaces con problemas de peligrosidad criminal, mientras que extraer del ámbito penal las medidas a los inimputables presentaría una ventaja por el refuerzo del carácter terapéutico del internamiento y evitaría la rigidez de algunas de las disposiciones del Código Penal.

Desde el punto de vista procesal, la distinta naturaleza de la pena y la medida de seguridad trae como consecuencia que no rige respecto de esta última el principio acusatorio, siempre y cuando se respeten los derechos de defensa y contradicción¹¹³³.

¹¹³¹ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. "Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española". En: *Política Criminal*. vol. 8, nº 16, 2013, pp. 577-578.

¹¹³² MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., pp.355-358.

¹¹³³ STS 730/2008, de 22 de octubre (ROJ: STS 6104/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6104).

1.2 Presupuestos

Las medidas de seguridad tienen como presupuesto de imposición, conforme al art. 95.1 CP, la comisión de un hecho delictivo, cualquiera que sea la gravedad del aquel, esto es, puede ser leve, menos grave o grave, con lo cual se ha ampliado el campo de aplicación de las medidas tras las LO 1/2015, pues antes era cuestionable si se incluían en él a las faltas. En este sentido recoge SANZ MORÁN¹¹³⁴ que para un sector quedaban excluidas tanto por una cuestión terminológica, el empleo de la palabra *delito*, como por mor del principio de proporcionalidad, ya que la medida resultaría en este caso más gravosa que la eventual pena; sin embargo, frente a tal posicionamiento, cabría indicar que el término *delito* no siempre se usa en el Código con carácter reductivo, y en cuanto al segundo obstáculo, la proporcionalidad, que, junto a las medidas privativas de libertad, existirían las no privativas de ella.

Como segundo requisito, en el mismo precepto, se recoge el pronóstico de peligrosidad, entendido como un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, a deducir del hecho y de las circunstancias personales del sujeto.

A todo ello, ha de unirse el principio de necesidad en su imposición, que deriva del art. 6.2 CP, esto es, que los niveles de peligrosidad del sujeto no puedan ser neutralizados por otros medios.

CERVELLÓ DONDERIS¹¹³⁵ destaca, sin embargo, que la libertad vigilada es una excepción al régimen general de medidas, pues además de permitir su imposición a sujetos imputables y por ello con responsabilidad criminal plena, respondiendo a un nuevo modelo de medida de seguridad para actuar sobre la peligrosidad postpenitenciaria, no exige para su imposición el correspondiente juicio de probabilidad al efecto, siendo de aplicación automática en los delitos graves y potestativa en los menos graves, si bien cabe su revisión ulterior.

La idea de la peligrosidad y la necesidad en la adopción de la medida de seguridad es recurrente en la jurisprudencia¹¹³⁶, peligrosidad entendida como probabilidad de comisión de nuevos delitos derivada de las circunstancias personales del sujeto que permitan deducir un pronóstico de comportamiento futuro.

1.3 Estados peligrosos

Con anterioridad a la LO 5/2010, los estados peligrosos conectaban directamente con la imputabilidad, de forma que eran las deficiencias en las capacidades volitivas o cognoscitivas del enjuiciado las que determinaban que, de forma

¹¹³⁴ SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de...* op. cit., pp. 245-246.

¹¹³⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 4ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 368.

¹¹³⁶ Sirvan de ejemplo SSTS 30/2001, de 17 de enero (ROJ: STS 167/2001 - ECLI:ES:TS:2001:167), y 753/2001, de 7 de mayo (ROJ: STS 3685/2001 - ECLI:ES:TS:2001:3685).

plena o limitada, aquella no concurriera y, en consecuencia, la respuesta, ante el estado peligroso exteriorizado en la conducta delictiva, era la imposición de la medida de seguridad.

Estados peligrosos era los previstos en el art. 20 CP: el que a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, art. 20 .1 CP¹¹³⁷; el que por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, art. 20.2 CP; y el que por alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, art. 20.3 CP.

Junto a ellos, los casos de semiimputabilidad, en que se atenúa la pena por concurrir las anteriores eximentes de manera incompleta, art. 21.1 CP, con relación al art. 20.1, 20.2. y 20.3 CP.

En los tres primeros supuestos, la respuesta penal vendría dada por las medidas de seguridad de los arts. 101, 102 y 103 CP; para los supuestos de semiimputabilidad se recogerían en el art. 104 CP, operando el sistema vicarial en estos supuestos, art. 99 CP.

Junto al esquema tradicional en nuestro Derecho, la medida de seguridad de libertad vigilada de ejecución postpenitenciaria, que introduce un nuevo estado peligroso desvinculado de la imputabilidad y que se exterioriza en la comisión de determinadas tipologías delictivas. De este modo, afirma TAPIA BALLESTEROS¹¹³⁸ -con anterioridad a la extensión de esta medida a otros delitos, operada por la LO 1/2015-, el legislador presume de forma absoluta la futura peligrosidad de los terroristas y de los agresores sexuales cuando ha cometido más de un delito de esa naturaleza y por ello se añade una medida de seguridad, limitada en el tiempo, que la neutralice más allá del tiempo de la pena, al entender que no es suficiente en tales supuestos el efecto rehabilitador. Y si bien un sector importante de la doctrina venía reclamando la ampliación de las

¹¹³⁷ El tratamiento de la salud mental en nuestro sistema penal y penitenciario refleja un panorama complejo y descoordinado respecto de las previsiones normativas y las infraestructuras más adecuadas. La posibilidad de personas con algún padecimiento mental en el medio penitenciario presenta multiplicidad de situaciones: junto a la existencia de centros penitenciarios especializados para sujetos a los cuales se les aplica una medida de seguridad de internamiento, es posible encontrar en establecimientos penitenciarios ordinarios internos cumpliendo una medida de esa misma clase; al tiempo personas que, con carácter previo al ingreso, se les ha diagnosticado una enfermedad mental o discapacidad, pero han sido declarados responsables en el proceso; personas ingresadas con algún tipo de antecedente que inicialmente no habría tenido influencia en su situación penal, pero que sufren una reagudización de procesos mentales crónicos previos al delitos y, generalmente, desconectados de él; y personas con diagnóstico enfermedad mental o discapacidad previo al ingreso, pero que no se ha advertido o manifestado durante el proceso. En MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "La protección de la salud mental en los centros penitenciarios". En: *Reinserción y Prisión*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021, pp. 30-31.

¹¹³⁸ TAPIA BALLESTEROS, Patricia. "Las medidas de seguridad... op. cit., pp. 590-591.

medidas de seguridad a sujetos imputables que exteriorizaran una evidente peligrosidad criminal, sin embargo el automatismo en la respuesta en la libertad vigilada, que liga la peligrosidad criminal futura a hechos pasados, habría conducido a una crítica prácticamente unánime al no haber previsto un pronóstico individualizado de peligrosidad criminal que está presente en la adopción de toda medida de seguridad y que es lo que legitima su adopción.

1.4 Límite temporal de las medidas de seguridad

El art. 6 CP, a la hora de fijar un límite temporal a la medida de seguridad toma dos referencias, por un lado, establece que la medida de seguridad no puede ser más gravosa ni de mayor duración que la pena en abstracto que correspondería a la conducta ejecutada y, por otro lado, ni exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor. La medida privativa de libertad solo puede imponerse cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido lo fuere también de tal clase, art. 95.2 CP.

El Código Penal de 1995, frente al Código Penal de 1973, que configuraba las medidas de seguridad, su proyección en el tiempo, con relación a la persistencia de la peligrosidad, opta por introducir un principio de proporcionalidad que toma como referencia la entidad de la pena prevista para el hecho ejecutado, ligando de este modo pena y medida de seguridad en el elemento de la carga punitiva.

Como señala MAZA MARTÍN¹¹³⁹, mientras que en el sistema anterior esta proporcionalidad venía referida a la peligrosidad del sujeto, por lo que las características de la medida, en especial su duración, debían corresponderse con la gravedad y persistencia de aquella, ahora se toma como parámetro la hipotética pena que hubiera podido haberse impuesto. El nuevo sistema, en aras a dotar a las medidas de mayores garantías, desdibuja los contornos propios de aquellas al alejarse de lo que es intrínseco a su esencia, la finalidad terapéutica y asegurativa, la cual estaba mejor recogida en el sistema anterior en el que no se fijaba un límite temporal máximo.

De este modo, pone de manifiesto JAVATO MARTÍN¹¹⁴⁰, la formulación del principio de proporcionalidad no deja de ser controvertida en tanto que se está considerando a la hora de la cuantificación de la proporcionalidad de la medida la gravedad del delito cometido por el sujeto, esto es, se considera el hecho pasado en lugar de atender al fundamento de la respuesta, la clase y gravedad de los hechos de previsible realización, la peligrosidad del sujeto a quien se aplica dicha consecuencia jurídica.

¹¹³⁹ MAZA MARTÍN, José María. "La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2006, p. 39-41.

¹¹⁴⁰ JAVATO MARTÍN, Antonio María. "La ejecución de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico". En: *Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021, p. 51.

La fijación de un límite máximo de duración de la medida de seguridad no es un tema pacífico, pues mientras que del art. 6 CP pudiera entenderse que aquel es la pena en abstracto, de los art. 101 a 103 CP no resulta tan clara la cuestión, pues tales preceptos parecen decantarse por la pena en concreto. Ambas posibilidades son así objeto de consideración en la doctrina. En opinión de MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN¹¹⁴¹, este principio de proporcionalidad opera de forma distinta según se trate de eximentes completas o incompletas; en el primer caso, eximentes completas, por aplicación de los arts. 101, 102 y 103 CP, entienden que juega como límite temporal el de la pena que concretamente hubiera resultado de ser declarado responsable el sujeto; en el caso de las eximentes incompletas, sin embargo, consideran que entra en juego el art. 104 CP que determina que el límite a considerar es la pena abstracta señalada al delito. Por su parte, GRACÍA MARTÍN¹¹⁴², entiende que, en todos los supuestos, tanto para inimputables como para semiimputables, el límite temporal de la medida vendría marcado por la pena en abstracto.

En cuanto a la jurisprudencia, ésta se decanta por entender que, tanto en el caso de las eximentes completas, como de la incompletas, el límite a considerar es la pena en abstracto¹¹⁴³, entendida como la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto el grado de ejecución -consumación y tentativa- y de participación -autoría y complicidad- y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico; pena en abstracto así entendida que opera como límite máximo¹¹⁴⁴ y que se fija en la sentencia absolutoria¹¹⁴⁵.

2. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA

2.1 Delimitación de la competencia

El art. 97 CP establece que el sentenciador puede acordar el cese, sustituir o dejar en suspenso la ejecución de una medida, mediante un proceso contradictorio, previa propuesta del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. No corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la ejecución en sentido estricto de las medidas de seguridad¹¹⁴⁶, si bien sí su seguimiento en el caso de las privativas de libertad, no así en las no privativas de libertad¹¹⁴⁷, con dos excepciones: por un lado, la custodia familiar del art. 105 b) CP; por otro, libertad vigilada postpenitenciaria.

¹¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 608. En el mismo sentido, SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de...* op. cit., pp. 251-260.

¹¹⁴² GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p.347.

¹¹⁴³ Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009.

¹¹⁴⁴ STS 773/2005, de 15 de junio (ROJ: STS 3854/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3854).

¹¹⁴⁵ STS 345/2007, de 24 de abril (ROJ: ROJ: STS 2748/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2748).

¹¹⁴⁶ ATS de 31 marzo 2000, Cuestión de competencia 3330/1999.

¹¹⁴⁷ ATS de 14 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 5438/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5438A).

El art. 98 CP con su nueva redacción tras la LO 5/2010 ha venido a clarificar el reparto competencial entre el juez o tribunal sentenciador/Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues ahora inequívocamente este último solo tiene competencia en las medidas de seguridad privativas de libertad y en la libertad vigilada postpenitenciaria, con la salvedad de la custodia familiar, acogiéndose así el planteamiento del Tribunal Supremo al dirimir las cuestiones de competencia bajo la vigencia de la redacción original del precepto. El problema venía dado porque el art. 97 y 98 CP, en su primera versión en el Código, al concretar el procedimiento de revisión de las medidas de seguridad por el sentenciador, se hacía referencia, indiscriminadamente, a la propuesta del Juez de Vigilancia, sin distinción de la clase de medida de seguridad, privativa o no de libertad. Ello dio lugar a un enfrentamiento competencial en cuanto a qué papel tenía el Juez de Vigilancia en las medidas no privativas de libertad, pues la esencia de su función lo es con relación a la privación de libertad, de ahí que se entendiera que solo debería hacer el seguimiento de las privativas de libertad. Esta interpretación reduccionista del art. 98 CP fue ratificada por el Tribunal Supremo¹¹⁴⁸ y luego recogida en nueva redacción del precepto.

2.2 Medidas de seguridad privativas de libertad

Las medidas de seguridad privativas de libertad contempladas en nuestra legislación son tres, a saber: el internamiento en establecimiento psiquiátrico, el internamiento en centro de educación especial y el internamiento en un centro de deshabitación¹¹⁴⁹.

La regulación de la ejecución de las medidas de seguridad resulta notoriamente escasa, no habiéndose desarrollado un marco normativo completo de esta respuesta penal al efecto¹¹⁵⁰.

Con relación al internamiento psiquiátrico, a los efectos del cumplimiento de la correspondiente medida de seguridad, los arts. 7 y 11 LOGP establecen una modalidad de establecimiento especial, si bien los arts. 183 a 191 RP, en una visión más actual, permiten la existencia bien de establecimientos para tal fin, bien unidades al efecto. El objetivo de estos espacios es múltiple: por un lado el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario; por otro, la observación de los detenidos o presos con patología psiquiátrica, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe; y, por último, con relación a los penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto por el Juez de Vigilancia Penitenciaria una medida de seguridad de esta clase al acordar la suspensión de la condena.

¹¹⁴⁸ ATS de 14 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 5438/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5438A).

¹¹⁴⁹ Art. 101 y 102 CP.

¹¹⁵⁰ JAVATO MARTÍN, Antonio María. "La ejecución de la medida de seguridad... op. cit., p. 52 y

Pero lo que no cabe es el internamiento como medida cautelar de carácter penal, al no estar prevista en la legislación¹¹⁵¹.

Junto a esta posibilidad de cumplimiento penitenciario de la medida de seguridad, cabe también su cumplimiento fuera del medio, tal y como lo recogen los arts. 20 y 21 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas*, pues cabe acordar su cumplimiento en los centros adecuados, públicos o concertados de las Administraciones públicas competentes por razón de la materia y del territorio, en cuyo caso su seguimiento queda la margen de la Administración penitenciaria.

Por lo que se refiere a los centros de educación especial, la ley penitenciaria se refiere a ellos bajo la denominación de establecimientos de rehabilitación social, siendo su finalidad el cumplimiento de las medidas penales, conforme a la normativa al efecto. No deja de ser sorprendente que el Reglamento Penitenciario, tras retocar el esquema de la arquitectura penitenciaria y funcional diseñado en la ley, crea establecimientos penitenciarios polivalentes, esto es, aquellos en los que indistintamente se acoge penados y preventivos, con la debida separación interior, prescinde de los centros hospitalarios, al ser más operativo acudir a los mecanismos asistenciales ordinarios de la comunidad, mantiene, los centros psiquiátricos penitenciarios, regulándolos como una forma especial de ejecución, pero no hace referencia alguna a los centros de rehabilitación social, salvo una escueta cita en el art. 182.3 RP, a los solos efectos de señalar que la Administración penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal. Por su parte el Real Decreto 840/2011 tampoco contiene referencia alguna en esta materia.

No hay así desarrollo normativo alguno que establezca la estructura y funcionamiento de los centros de educación especial, lo cual coloca la cuestión en un sorprendente limbo, pues delincuentes con capacidades distintas, no cabe duda, existen, como vigente está el principio de legalidad ejecutiva del art. 3.1CP, que proclama que no puede ejecutarse pena ni medida sino en virtud de sentencia firme, ni en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto¹¹⁵². Lógicamente la realidad, aunque no se regule, no por ello desaparece y hay que afrontarla, por lo cual la Administración penitenciaria ha tenido que abordar la situación, creando las infraestructuras al efecto¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ SSTC 217/2015, de 22 de octubre (ROJ: STC 217/2015 - ECLI:ES:TC:2015:217), y 84/2018, de 16 de julio (ROJ: STC 84/2018 - ECLI:ES:TC:2018:84). Especialmente interesante es esta última, pues contempla un supuesto de improcedencia de privación de libertad en vía penal en el caso de mediar sentencia absolutoria no firme por razón de apreciarse la inimputabilidad del procesado.

¹¹⁵² MARCOS MADRUGA, Florencio de. "El Centro de Educación Especial del CP Segovia". En: *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal, Cuadernos Digitales de Formación*. vol. 52. Madrid: CGPJ, 2009, pp. 5-6.

¹¹⁵³ Así, se estableció un Departamento de Oligofrénicos del Centro penitenciario de León, suprimido luego por una Orden del Ministerio de Justicia de 22 de mayo de 1990, creándose un nuevo

Por último, tampoco hay desarrollo alguno de la forma de cumplimiento de la medida de internamiento en centros de deshabitación, con lo cual, de nuevo, es la realidad la que marca el ritmo ante el vacío legal.

En estos centros de deshabitación, que por coherencia con el art. 80 CP, hay que entender pueden ser públicos o privados debidamente homologados o acreditados, irán destinados los sujetos imputables o semiimputables a los cuales se les imponga la correspondiente medida privativa de libertad.

Esta medida también es susceptible de imposición a aquellos sujetos que, aunque imputables, se les aprecie la correspondiente circunstancia atenuante de enajenación, al dejar abierta esa posibilidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha considerado que su análoga significación con la eximente completa o incompleta, no es solo identidad de sustrato fáctico, sino también de respuesta punitiva¹¹⁵⁴.

El Juez de Vigilancia, conforme al art. 98 CP, se encarga del seguimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad, para lo cual deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes, sin perjuicio de las demás actuaciones que lleve a cabo para tal fin. Una vez al menos anualmente, elevará al sentenciador una propuesta de cese, sustitución o suspensión.

Este diseño dual resulta inoperativo, al dar entrada a dos operadores jurídicos, lo cual lleva inevitablemente al conflicto; inconsecuente con las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues el art. 60 CP le confiere la potestad de suspender cualquier pena e imponer la correspondiente medida de seguridad en caso de ser

Departamento en el Centro Penitenciario de Sevilla II, que desapareció posteriormente. Posteriormente, el 20 de enero de 2004, el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias firmó un convenio de colaboración con la ONG Horizontes Abiertos, que tenía como objeto la realización de un programa para la atención a internos sometidos a medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en Centro Educativo Especial, bajo la Dirección del Centro Penitenciario de Segovia al que la Unidad se adscribe, al amparo del art. 182.3 RP. El Consejo de Dirección del Centro Penitenciario de Segovia el 8 de marzo de 2004 eleva la propuesta de protocolo de funcionamiento, que fue aprobada por la entonces Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el 30 de marzo de 2004. A primeros del año 2005, con el fin de estudiar la problemática de los internos discapacitados, se constituye en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias una comisión específica al efecto, fijándose como una prioridad para la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la necesidad de abarcar e incrementar la atención a internos que presentan discapacidad intelectual, física y sensorial. Por ello se precisa, por un lado, potenciar y mantener la Unidad Educativa Especial del Centro Penitenciario de Segovia, que como se dijo alberga a internos sometidos a medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en Centro Educativo Especial, y por otro se plantea ampliar y rentabilizar ese espacio terapéutico, de manera que puedan ingresar en la misma internos penados que presenten discapacidad, una vez detectada. A la vez, de acuerdo con las necesidades que surjan, habrían de crearse otros Módulos o Unidades en Centros distintos para dar cobertura a internos penados con esta problemática.

Pero como el estatuto de cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad y aquel otro de la ejecución de penas privativas de libertad es diverso, ello motiva la necesidad de un protocolo que acomode el plano material de la intervención con el marco técnico jurídico al que, por imperativo del principio de legalidad, están sometidas unas y otras, lo cual se acomete por el Consejo de Dirección del Centro Penitenciario de Segovia el 27 de octubre de 2005, siendo posteriormente aprobado por la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria en resolución de fecha 10 de noviembre de 2005.

En MARCOS MADRUGA, Florencio de. "El Centro de Educación Especial... op. cit., pp. 5-7.

¹¹⁵⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed... op. cit., p. 370.

necesaria; e incluso incoherente con las propias competencias del Juez de Vigilancia en la pena privativa de libertad, en la cual toma decisiones tan trascendentes como la libertad condicional.

En este mismo sentido MAPELLI CAFFARENA ¹¹⁵⁵ considera que esta configuración convierte al Juez de Vigilancia en una mera correa de transmisión, pues a la postre, quien toma la decisión es el sentenciador. De esta forma sería preferible que, o bien toda la información llegara directamente a quien tiene que resolver, o bien, de *lege ferenda*, el Juez de Vigilancia rompiera su actual molde de Juez competente en cuestiones de privación de libertad y asumiera toda la ejecución de penas y medidas sin distinción.

Recibida la propuesta por el sentenciador, éste resuelve motivadamente a la vista de la propuesta, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto. Dado que la actual redacción del art. 98 CP fue dada por la LO 5/2010, esta referencia a la víctima es llamativa, pues no es hasta la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, cuando se ha regulado su intervención en la fase de ejecución, si bien, en este caso, es una mera audiencia, lo cual no le atribuye la condición de parte y, por ello, carece de legitimación para formular un eventual recurso.

El contenido del pronunciamiento del sentenciador puede comprender el cese de la medida cuando haya desaparecido la peligrosidad del sujeto; bien la sustitución por otra más adecuada, que solo podrá ser privativa de libertad cuando hubiera sido posible *ab initio* su imposición; o, por último, la suspensión de la medida en atención al resultado obtenido con ella, la cual no podrá superar en su duración de lo que reste de la medida, pronunciamiento que presupone el mantenimiento de cierta peligrosidad, que de no mediar debería dar lugar al cese¹¹⁵⁶.

No especifica el Código a quién corresponde aprobar las salidas terapéuticas, habiendo sido el Tribunal Supremo¹¹⁵⁷ el que entiende que el art. 97 CP, cuando atribuye al sentenciador la decisión sobre el mantenimiento, sustitución o suspensión de las medidas de seguridad, previo informe del Juez de Vigilancia Penitenciaria, tal decisión, en ningún caso, incluye los permisos de salida terapéutica, que no suponen la modificación de la medida impuesta y que en la legislación penitenciaria son competencia del Juez de Vigilancia, por lo que cuando el artículo 101.2 CP establece que el sometido a la medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del juez o tribunal sentenciador, conforme a lo establecido en el artículo 97 CP, no se está refiriendo, evidentemente, a los permisos de salidas temporales, sino al abandono definitivo del establecimiento por cumplimiento de la medida, sustitución o suspensión,

¹¹⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 390.

¹¹⁵⁶ JAVATO MARTÍN, Antonio María. "La ejecución de la medida de seguridad..." op. cit., pp. 68-69.

¹¹⁵⁷ AATS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: ATS 17256/2009 - ECLI:ES:TS:2009:17256A); de 22 de febrero de 2017 (ATS 1398/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1398A).

decisión que compete, única y exclusivamente al tribunal sentenciador, al igual que el licenciamiento definitivo de un interno en un centro penitenciario ordinario de cumplimiento, solo puede aprobarlo el órgano sentenciador y no el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

2.3 La custodia familiar

El art. 105.1 b) CP recoge dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad la denominada custodia familiar, mediante la cual el sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. No establece la ley más referencia a su contenido que su eventual duración, que no puede superar los cinco años.

El calificativo de familiar puede llevar a pensar que tal labor ha de desarrollarla un pariente del sujeto a la medida, pero quizás con esa denominación lo que se haya querido remarcar es el objeto de la medida y no el ámbito subjetivo de quien coopera en su ejecución. Esto es, que es la labor propia que realizaría un familiar, no que tenga necesariamente que ser familiar quien la lleve a cabo, aunque lo habitual sea eso.

Para BORJA MAPELLI¹¹⁵⁸ *familiar* es todo aquel que reúne los requisitos para recibir una persona, de forma que si el sujeto a la medida tenía ya nombrado en vía civil un tutor cuando cometió el delito, el Juez sentenciador debería considerar la oportunidad de su nombramiento ahora.

LEAL MEDINA¹¹⁵⁹ pone manifiesto que el actual texto legal presenta serias carencias legislativas, pues por un lado, no se define el contenido de la custodia, ni tampoco el procedimiento y manera en que se ha de acometer, además de no concretarse en interés de quién se ha de imponer, lo cual sería importante pues marcaría y señalaría el camino del espíritu que ha de regir dicha actividad, aportando seguridad jurídica a la situación de irresponsabilidad del sujeto, como a la función familiar de la custodia encomendada, limitándose la norma a indicar quien la ejerce y frente ante quién se responde. No regula el precepto algo fundamental como es el control y capacidad de los llamados a ejercerla, la idoneidad de aquellos. Y, por otro lado, se dota de naturaleza criminal a un medio asistencial y de auxilio muy elemental que bien pudiera entroncar y compaginar mejor con elementos civiles, sociales o sanitarios de índole administrativo. Así, figuras como la patria potestad prorrogada, la tutela, la guarda o defensa legal, serían instituciones que representan el marco generalizado más desarrollado, cuyos objetivos han establecido el modelo más articulado y completo para dar oportuna respuesta, tanto a las situaciones de desatención y abandono del patrimonio del incapaz, como de la ayuda y amparo de los

¹¹⁵⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 380.

¹¹⁵⁹ LEAL MEDINA, Julio. "La custodia familiar: pasado, presente y futuro de una medida de seguridad insuficientemente regulada y de difícil encaje en el Derecho penal". En: *Diario La Ley*. nº 6452, 2006.

enfermos mentales y personas inhabilitadas que se manifiestan inadaptadas para llevar a cabo una vida con normalidad.

Ante esta indefinición de la norma, esta vacua descripción del contenido de la medida lleva a considerar qué alcance tiene esa labor tuitiva. Dado que es medida no privativa de libertad, ésta no puede quedar constreñida en principio, en lo que a sus facetas más amplias se refiere. Ahora bien, el sometimiento a una vigilancia y cuidado puede comportar restricciones accesorias, como de hecho ocurre con las obligaciones y deberes del art. 106 CP que pueden conformar el contenido de la libertad vigilada, que restringen facetas concretas de la libertad, pero no el núcleo esencial de aquella. Por otro lado, si la custodia familiar es algo distinto a la libertad vigilada, las eventuales funciones de vigilancia y cuidado no pueden tener el contenido de aquellos deberes y obligaciones que conforman esa otra medida. Resulta así difícil determinar qué es por tanto la esencia característica de la medida que nos ocupa, máxime cuando tampoco parezca que pueda contener restricciones propias de las capacidades civiles, cuya limitación ha de acometerse en otros ámbitos.

Para MAPELLI CAFFARENA¹¹⁶⁰ su contenido esencial es vigilar y controlar, sin que esas funciones deban obstaculizar otras eventuales tareas educativas o laborales del sujeto a ella, como indica la norma.

Pero este control y vigilancia inespecífico no deja de ser problemático si se conecta con el ámbito de las funciones tuitivas incardinadas en las instituciones civiles que cumplen tal misión, esto es patria potestad prorrogada, tutela y curatela, pues nada impide, antes bien lo contrario, que en el plano civil el inimputable o semiimputable esté declarado incapaz, en el grado que sea, o pródigo. El contenido de estas figuras, mejor perfilado en la legislación civil, no parece que puedan ser el objeto de la custodia de seguridad, en concreto aspectos tales como los que refiere a suplir la capacidad, pero en lo que se refiere a regir la persona puede dar lugar a zonas de conflicto, máxime porque legalmente no tiene por qué coincidir la persona llamada a cumplir una función u otra, es más, no es inhabitual en el caso de los incapaces que esa función la ejerza una institución y no una persona física.

Con esta insuficiente cobertura, por ejemplo, es más que dudoso que se pueda obligar al sujeto a ella a convivir con quien ejerza la función tuitiva o que este último tenga la potestad y amparo para impedirle ciertas actividades. Supone así, por un lado, simplemente, que el sujeto ella ha de aceptar un control, que está obligado a colaborar con él y, al tiempo, recibe, por parte del cuidador, atenciones difíciles de conceptuar, ante la indefinición legal. Pero esa vigilancia y cuidados hay que entenderlos con relación a la rama del ordenamiento en que nos encontramos y su objeto, esto es, el penal, por lo cual habrá que entenderla referida a los aspectos propios de la peligrosidad exteriorizada, situaciones que puedan incidir en ella -sirva de ejemplo las adicciones, la asistencia de ciertos lugares, etc.-.

La custodia familiar es así un instrumento de relativa y limitada eficacia, antes bien es una supervisión del sujeto peligrosos de menor intensidad, de forma que la persona próxima a él lo que asume es una función prácticamente de vigilancia y atención

¹¹⁶⁰ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 380.

elemental, de cuyo resultado se compromete a informar al Juez de Vigilancia. Este último, con la información que reciba, si resulta una mala evolución, simplemente lo comunicará al sentenciador que es quien tiene la potestad sobre la medida y quien, en su caso, puede modificarla, al amparo del art.97 CP. No se trata en este caso de una propuesta al modo del art. 98 CP, pues no hay previsión alguna al efecto en la norma.

El *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020, con buen criterio, tras fijar el contenido de esta medida, confiere su ejecución y seguimiento al sentenciador, art. 946.

2.4 La libertad vigilada postpenitenciaria

2.4.1 Introducción

Cuando nos enfrentamos al concepto de la medida de libertad vigilada nos encontramos con una respuesta penal frente al hecho delictivo un tanto particular, ya sea por su contenido, ya por los sujetos susceptibles de ser sus destinatarios.

De esta forma, la libertad vigilada consistiría en el sometimiento del condenado a ella a un control judicial a través del cumplimiento de una serie de medidas que se detallan en el art. 106 CP¹¹⁶¹. No hay pues un contenido predefinido, antes bien, aquel se ajusta a las necesidades concretas del individuo.

Por otro lado, en el plano subjetivo, en el diseño original del Código Penal, la libertad vigilada, como en general las medidas de seguridad, era una respuesta a los sujetos responsables de una conducta delictiva cuando concurrían en ellos una causa de inimputabilidad o semiimputabilidad. Pero tal concepto sufre una importante modificación tras la LO 5/2010, la cual hace extensible la medida de libertad vigilada a aquellos sujetos que, aunque imputables, exteriorizan una especial peligrosidad por haber incurrido en unas determinadas tipologías delictivas.

En principio los delitos a los que se aplicaba fueron aquellos a los que se refiere el art. 192.1 CP -delitos contra la libertad e indemnidad sexual- y del art. 579.3 CP -terrorismo-, habiéndose ampliado con la LO 1/2015 a los delitos contra las personas y a los de violencia de género¹¹⁶². En el primer grupo de delitos la medida ha de imponerse en todo caso, mientras que, en el segundo, aquellos a los que se amplía en la reforma, queda a voluntad del sentenciador.

¹¹⁶¹ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "De las medidas de seguridad... p. 439.

¹¹⁶² Como señala NISTAL BURÓN, tiene que acordarse de forma obligatoria en los delitos de terrorismo del art. 579.2 bis CP -salvo los casos de primariedad delictiva y comisión de delito único menos grave- y en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, art. 192.1 CP -con la misma salvedad referenciada-; y con carácter potestativo en los delitos contra la vida del Título I del Código Penal, en los términos previstos en el art. 140 bis CP, en los delitos de malos tratos y lesiones sobre víctimas de violencia de género y doméstica -arts. 156 ter y 173.2 CP, respectivamente, justificando la previsión en la necesidad de reforzar la protección especial para las víctimas de aquellos, en el segundo caso. En NISTAL BURÓN, Javier. "La libertad vigilada post-penitenciaria. De la teoría de su imposición a la práctica de su cumplimiento". En: *La Ley Penal*. nº 142, 2020.

Crítico con esta dualidad es SANZ MORÁN¹¹⁶³, el cual entiende que en el primer grupo se da una inadmisibile presunción *iure et de iure* de peligrosidad, mientras que, en el segundo, el introducido en la reforma de 2015, correctamente se fundamenta en la previa comprobación de los requisitos exigibles de forma general en las medidas de seguridad del art. 95 CP, en especial, de la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impone.

Las respuestas teóricas posibles a aquellos supuestos en los cuales la peligrosidad del sujeto se proyecta más allá del cumplimiento de la pena impuesta son múltiples. Desde medidas de carácter civil o administrativo, a modo del *civil commintment* norteamericano -internamiento por tiempo indefinido en un establecimiento psiquiátrico para delincuentes sexuales-; la sentencia indeterminada que propugnaba Jiménez de Asúa; la exacerbación de la respuesta estrictamente penal mediante el incremento de la cuantía de las penas; o, dentro del ámbito penal, el establecimiento de una medida de seguridad de posterior cumplimiento a la pena privativa de libertad, caso de la custodia de seguridad alemana¹¹⁶⁴.

Tendría como precedentes en Derecho Comparado la *lifetime supervision* estadounidense, la *Führungsaufsicht* alemana o la *extended sentence* británica¹¹⁶⁵.

Como antecedente en nuestro ordenamiento, la medida de libertad vigilada en el ámbito del Derecho Penal Juvenil de la LO 5/2000, *de responsabilidad penal de los menores*, como medida subsiguiente a otra de internamiento.

Para GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS¹¹⁶⁶ la regulación de la libertad vigilada establece como elemento inherente a la institución una presunción *iuris tantum* de futura peligrosidad, destacando que el *Anteproyecto* de 2008 partía de que la presunción de la peligrosidad de las personas en el momento de ser condenadas por determinados delitos subsistiría tras el cumplimiento de la pena de prisión, si bien ésta tenía que ser confirmada o bien quedar desvirtuada tras la ejecución de la pena de libertad vigilada y durante su cumplimiento; este planteamiento que además presume el fracaso de la reinserción sería criticado por el informe del CGPJ de 26 de febrero de 2009, amén de parecer incompatible con los presupuestos constitucionales y de la legislación penitenciaria. Por otro lado, la ejecución de esta medida en su nueva modalidad postpenitenciaria tendrá como única finalidad un objetivo meramente inocuidador o asegurativo, en vez de la orientación rehabilitadora que la naturaleza de esta medida demanda, porque es difícil pensar que lo que no se consiguió con la pena se vaya a conseguir con esta medida.

¹¹⁶³ SANZ MORÁN, Ángel José. "Una consecuencia jurídica no tan extraña: La libertad vigilada". En: *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. coord. MERCEDES PÉREZ, Mercedes. UCM: Madrid, 2020, p. 595.

¹¹⁶⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, y ANDRÉS LASO, Antonio. "La libertad vigilada postpenitenciaria... pp. 550-551.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 548.

¹¹⁶⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *La nueva medida...* op. cit., pp. 95 y 207.

Atrás, al menos en el planteamiento del legislador, han quedado los pronunciamientos que hizo el Tribunal Constitucional¹¹⁶⁷ con relación a la Ley 6/1970, de 4 de agosto, *sobre peligrosidad y rehabilitación social*, vetando la posibilidad de anudar a un único hecho la duplicidad de consecuencias, pena y medida cumulativamente: “no es posible sin quebrantar el principio *non bis in idem*, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»”. Pronunciamientos que fueron el origen del sistema vicarial que luego se plasmó en el art. 99 CP. Quizás por ello, con cierta cautela en el *Anteproyecto de Reforma del Código Penal*¹¹⁶⁸ no recogía la libertad vigilada en el catálogo de medidas de seguridad, antes bien lo hacía entre las penas en los art. 33, 49 bis y 57 bis, como pena accesoria¹¹⁶⁹, si bien el *Proyecto* ya recoge el actual planteamiento, en línea con su conceptualización en otros ordenamientos como medida de seguridad en orden al control del condenado por la comisión de determinados delitos tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad¹¹⁷⁰.

Esta disputa reflejaría un cierto carácter híbrido de la libertad vigilada, la cual participa de rasgos propios de las penas, su imposición a reos imputables, con carácter imperativo y la determinación total de su duración, pero también participaba igualmente de otros que son propios de las medidas de seguridad, como es la imposición de acuerdo con el criterio de la peligrosidad criminal y la posibilidad de su revisión¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁷ SSTC 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); 23/1986, de 14 de febrero (ROJ: STC 23/1986 - ECLI:ES:TC:1986:23).

¹¹⁶⁸ El *Anteproyecto de Reforma del Código Penal* de 14 de julio de 2006 se recoge la libertad vigilada como una pena menos grave -art. 33.3 n)-, restrictiva de derechos -art. 39- y que consistiría en la obligación del penado de facilitar de manera efectiva y constante su localización - art. 48.4-. Precisamente por ello resultaba muy pobre, no solo en objetivo, sino en cuanto a sus resultados, ya que en casos de reincidencia y habitualidad la localización del sujeto juega un escaso papel en su resocialización. El *Proyecto de Reforma del Código Penal* de 15 de enero de 2007 seguiría configurando la libertad vigilada como pena que podía aplicarse en dos supuestos, a saber, en casos de habitualidad y reincidencia y como pena sustitutiva de las penas de prisión. En el *Anteproyecto de Reforma del Código Penal* de 14 de noviembre de 2008 se configura como pena accesoria. En SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *La medida de libertad vigilada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 27, 29, 40.

¹¹⁶⁹ MAPELLI CAFFARENA entiende que la configuración de esta medida se asemeja más al de una pena accesoria dado que en la sentencia no se fija su contenido, sí el tiempo de duración máximo, manteniendo una estrecha relación con la gravedad y el delito cometido, si bien se decanta por considerar que más bien es una modalidad de libertad condicional continuada. En MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 365 y 383

¹¹⁷⁰ Aunque no es el objeto de este trabajo abordar la cuestión del acomodo a la Jurisprudencia constitucional de la medida de libertad vigilada, tan solo señalar que dentro del debate doctrinal se justifica la dualidad de respuesta pena-medida frente a cierta delincuencia cabe invocar su validez con base en el estado de necesidad defensivo, el cual legitimaría privaciones o restricciones de la libertad necesarias para prevenir ataques dolosos contra la vida, salud o libertad con posterioridad a la restricción de derechos basada en la culpabilidad. En FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La libertad vigilada en el derecho penal de adultos”. En: *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. dir. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Civitas: Madrid, 2011, p. 233; SANZ MORÁN, Ángel José. “Una consecuencia jurídica no tan extraña...” op. cit., p. 591.

¹¹⁷¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *La nueva medida...* op. cit., 2012, p. 228.

Como curiosidad, las SSTS 370/2020, de 3 de julio (ROJ: STS 2418/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2418) y 623/2021, de 14 de julio (ROJ: STS 2952/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2952), aunque de forma general se refieren a la libertad vigilada como medida de seguridad, sin embargo, de pasada, la califican como *pena accesoria*¹¹⁷². Y en el mismo error cae el decreto de la Fiscalía General de Estado de 21 de noviembre de 2022, con relación a la revisión de sentencias firmes al amparo de la LO 10/2022, de 6 de septiembre – apartado tercero, 7ª-.

No es posible, por la extensión y objeto de este trabajo adentrarse en el interesante tema de la constitucionalidad de la nueva respuesta penal, aspecto sobre el cual la doctrina ha realizado importantes aportaciones¹¹⁷³.

Como pone de manifiesto MARCO FRANCIA¹¹⁷⁴, el legislador, con la introducción en nuestro ordenamiento de la libertad vigilada postpenitenciaria, asume de facto el fracaso del tratamiento rehabilitador en determinados supuestos, que denomina de especial gravedad, fracaso del que se partiría apriorísticamente y que se mostraría evidente, al existir un elevado riesgo de reincidencia; puede que se produzca o no, introduciendo la medida ante la posibilidad de que se vuelva a producir el resultado lesivo, haciendo suyo el retorno a la inocuidad y asumiendo postulados del Derecho Penal del enemigo. El legislador asumiría que se ha agotado con el cumplimiento la dimensión retributiva de la pena, pero en aras a la peligrosidad todavía indeterminada, que se afirma persiste en el sujeto, se impone la medida para aminorarla o eliminarla.

¹¹⁷² STS 370/2020, de 3 de julio (ROJ: STS 2418/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2418) (Fto. Jco. 2º) "...la pena accesoria se impone directamente en la sentencia y se concreta al finalizar la pena privativa de libertad a propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, a partir de la valoración de los informes de los facultativos y profesionales que asistan al sujeto afectado y a las Administraciones Públicas competentes...".

STS 623/2021, de 14 de julio (ROJ: STS 2952/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2952) Fto. Jco. 4º "... Esta medida se impone en atención a la peligrosidad del autor del delito, por el riesgo de reiteración de actos de violencia, con la particularidad de que la pena accesoria se impone directamente en la sentencia...".

¹¹⁷³ No pueden menos que citarse los trabajos de SANZ MORÁN, Ángel José. "De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso". En: *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. coords. BUENO ARÚS, Francisco, GUZMÁN DALBORA, José Luis, SERRANO MÁLLO, Alfonso. Madrid: Dykinson, 2006, 1084-1101; SANZ MORÁN, Ángel José. "El tratamiento del delincuente habitual". En: *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral y SANZ MORÁN, Ángel José. Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 116-135; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena". En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época. nº 1. 2009, pp. 199-212; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. "La libertad vigilada en el derecho... op. cit., pp. 213-241; HUERTA TOCILDO, Susana. "Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada". En: *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*. Coord. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y otros. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 117-138; SANZ MORÁN, Ángel José. "De nuevo sobre el monismo o dualismo en el derecho penal". En: *Represión penal y estado de derecho: Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*. coord. MORALES PRATS, Fermín y otros. Navarra: Aranzadi, 2018, pp. 251-269; SANZ MORÁN, Ángel José. "Una consecuencia jurídica no tan extraña... op. cit., pp. 587-601.

¹¹⁷⁴ MARCO FRANCIA, María del Pilar. *La medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables. Su implementación práctica a través de 30 casos*. Madrid: Reus, 2021, pp. 128-129.

La introducción de la libertad vigilada postpenitenciaria, señala MAPELLI CAFFARENA ¹¹⁷⁵, solo es imaginable en un escenario político criminal de endurecimiento y expansión como el vivido en los últimos años, en el cual se pretende que el sistema penal asuma por encima de otros sistemas el control social, el objetivo de una sociedad sin riesgos y, sería, según afirma CERVELLÓ DONDERIS ¹¹⁷⁶, un ejemplo de una ejecución penitenciaria basada en el modelo retributivo que supone la prolongación post-carcelaria de la intervención punitiva, obligatoria en algunos delitos, lo que lleva implícita la presunción del fracaso de la función rehabilitadora de la prisión.

2.4.2 Contenido de la competencia

La labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme al art. 98 y 106.2 CP, va a centrarse exclusivamente en aquella modalidad de libertad vigilada de cumplimiento posterior a la pena de prisión, de ahí que se denomine habitualmente a esta modalidad como libertad vigilada postpenitenciaria. Al margen de aquel queda el seguimiento en las restantes modalidades, el cual corresponde al propio sentenciador, art. 98.2 CP¹¹⁷⁷.

La dicción del párrafo primero del art. 106.2 CP –“... el juez o tribunal deberá imponer en la sentencia...”- puede llevar a entender que la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria se circunscribe a los supuestos de aplicación imperativa de la libertad vigilada postpenitenciaria – delitos del Título VIII, del Libro II, conforme al art. 192.1 CP, y del Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II, conforme al art. 579.2 bis CP-, quedando fuera los supuestos de imposición potestativa¹¹⁷⁸.

Frente a tal conclusión, una segunda línea interpretativa entiende que la libertad vigilada postpenitenciaria es competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en el entendimiento que, a diferencia de las otras modalidades de libertad vigilada de los arts. 101 a 104 CP, cuyo contenido se fija en la sentencia, pues su delimitación deriva de la prueba practicada en el plenario, aquella otra, su imposición, se hace en la propia sentencia, sin perjuicio de la ulterior concreción del contenido¹¹⁷⁹.

A favor de esta segunda interpretación puede añadirse que la redacción del art. 106 CP se mantienen inalterada desde la LO 5/2010, norma que introduce esta clase de medidas de seguridad para sujetos imputables, supuestos todos, en tal momento, de imposición obligatoria. Es la LO 1/2015 la que distingue las dos modalidades, con lo cual cabe pensar que se mantuvo la redacción del precepto, sin introducir modificación

¹¹⁷⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 360.

¹¹⁷⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Individualización garantista...” op. cit., p. 225.

¹¹⁷⁷ Con anterioridad a la LO 1/2015 se suscitó el conflicto entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y los sentenciadores sobre la competencia objetiva en orden al seguimiento, tema fue resuelto por los AATS 31 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 7761/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7761A); de 14 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 5438/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5438A); y 8 de octubre de 2009 (ROJ: ATS 13166/2009 - ECLI:ES:TS:2009:13166A); que se decantaron por entender que el seguimiento de las medidas no privativas de libertad no es una materia propia del primero citado.

¹¹⁷⁸ En este sentido el Criterio 109 de los Criterios de los Jueces de Vigilancia, adoptado en su Reunión en Barcelona, octubre de 2021.

¹¹⁷⁹ AP Las Palmas de Gran Canaria (1^ª) 27 de octubre de 2022.

alguna, por mera inercia, no por una voluntad deliberada de excluir en los nuevos casos la intervención del Juez de Vigilancia.

La labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la medida de seguridad que nos ocupa toma como punto de partida el proceso de concreción de su contenido. De esta forma el art. 106.2 CP establece que, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98 CP, elevará la oportuna propuesta al juez o tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado, de modo que la medida de libertad vigilada, con esa antelación, pueda iniciarse en el momento de puesta en libertad.

Conforme al art. 106.3 c) CP cabe la posibilidad de dejar sin efecto la medida *ab initio*, situación que podría resultar pertinente tras el cumplimiento de la pena por haberse alcanzado todas las metas tratamentales, lo cual haría innecesaria la prolongación del control, por no existir ya peligrosidad.

La filosofía de la norma es clara, que la libertad vigilada complete el proceso resocializador seguido en prisión en orden a evitar el riesgo de recaída delictiva. Hay que tener en cuenta que esta medida de seguridad se funda en un pronóstico de peligrosidad que deriva “no solo de la posible imputabilidad del autor, como sucede en el resto de las medidas de seguridad, sino también de un pronóstico futuro con relación a su posible peligrosidad de un sujeto imputable, y que se establece en relación con la naturaleza del hecho cometido y amparado con una previsión expresa en la norma legal. Se establece como obligatoria para los delitos contra la indemnidad sexual y los delitos terroristas, incluyendo para ambos una versión potestativa de la misma cuando se trate de delincuentes primarios que cometan un solo delito no grave. Es potestativa en los delitos de asesinato y en el de lesiones cometidas en el marco de violencia de género, y ese carácter de imposición potestativa exige un ponderado pronóstico de peligrosidad en relación con la naturaleza del delito lo que exigirá un análisis de las circunstancias que rodean el hecho delictivo, motivación, detonante, actitudes, y, también, de las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean al autor y a la víctima, su personalidad, antecedentes previos, incumplimientos, en su caso, de órdenes de alejamiento, conflictividad familiar, y demás circunstancias concurrentes que ayuden a valorar esa peligrosidad y el peligro para la víctima o futuras víctimas”¹¹⁸⁰.

Es por ello por lo cual se da intervención al Juez de Vigilancia, pues es éste el órgano judicial que ha hecho el seguimiento durante la pena privativa de libertad y se entiende por tal motivo que tiene conocimiento del penado para formular una propuesta al juzgador más aquilatada a la hora de concretar la medida. No obstante, estamos con MAPELLI CAFFARENA ¹¹⁸¹ cuando señala que resulta paradójico que todas las competencias las asuma el Juez de Vigilancia Penitenciaria durante la libertad condicional y que, con posterioridad, en estos casos, las recupere el juez o tribunal sentenciador.

¹¹⁸⁰ STS 370/2020, de 3 de julio (ROJ: STS 2418/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2418).

¹¹⁸¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias...* op. cit., p. 366.

La libertad vigilada postpenitenciaria es, en el momento de su imposición, un marco vacío de contenido, pues en el momento previo al cumplimiento no se conoce la evolución del penado, de ahí que llame la atención algún pronunciamiento judicial¹¹⁸² que, *ab initio*, frente al criterio del Tribunal Supremo¹¹⁸³ y la letra de la ley, ya fija en la sentencia las obligaciones y prohibiciones del sujeto a tal medida, proceder que no es sino desconocer qué es aquella y cuál es su mecánica de funcionamiento¹¹⁸⁴. Difícilmente se puede fijar el contenido al tiempo de la condena porque no se sabe la evolución futura del condenado en el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Como tampoco parece factible que el contenido de la libertad vigilada pueda ser más severo que las condiciones en que se haya disfrutado, en su caso, un régimen de vida en tercer grado o libertad condicional, sin incidencias, de modo que esta implique una regresión de facto¹¹⁸⁵

Estas obligaciones y prohibiciones vienen fijadas en el art. 106.1 CP, las cuales responden a tres finalidades, a saber: el control del infractor, la protección de la víctima y la rehabilitación del penado¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² A título de ejemplo, aunque no son resoluciones aisladas, sirvan la SAP Granada (1^o) 73/2020, de 27 de febrero (ROJ: SAP GR 127/2020 - ECLI:ES:APGR:2020:127), y la SAP Pontevedra (2^a) 31/2020, de 18 de febrero (ROJ: SAP PO 181/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:181).

¹¹⁸³ SSTS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014) y 370/2020, de 3 de julio (ROJ: STS 2418/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2418).

¹¹⁸⁴ NISTAL BURÓN, Javier. "La libertad vigilada post-penitenciaria... op. cit.

¹¹⁸⁵ MARCO FRANCIA, María del Pilar. *La medida de seguridad...* op. cit., p.212.

¹¹⁸⁶ Son medidas de control del infractor las obligaciones de las siguientes letras del art. 106.1 del Código Penal:

a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. Esta medida puede ser autónoma o instrumental para otras medidas como las de las letras e) y f) del art. 106.1 CP.

b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

Son medidas de protección a la víctima las obligaciones de las siguientes letras del art. 106.1 del Código Penal:

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

Son medidas de rehabilitación del penado las obligaciones de las siguientes letras del art. 106.1 del Código Penal:

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares (terapéutica).

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (sanitaria).

NISTAL BURÓN, Javier. "La libertad vigilada post-penitenciaria... op. cit.

El Tribunal Supremo¹¹⁸⁷ ha entendido que incluso cuando se acuerda la suspensión de condena y, por tanto, no hay cumplimiento en sentido estricto de la pena de prisión, dado que tal instituto es una forma de cumplimiento, ha de imponerse igualmente la medida junto con la pena en la sentencia. Ciertamente en estos casos se plantean múltiples problemas prácticos, pues el Juez de Vigilancia no hace seguimiento alguno de los sujetos beneficiados por la remisión condicional de la pena, luego nada sabe de ellos, lo que transmuta el trámite, de entenderse que debe intervenir, en un puro y vacuo formalismo carente de sentido. Es por ello que cabe cuestionar tal intervención y considerar que en estos casos debería ser el propio sentenciador, sin propuesta alguna, el que, conociendo de la evolución del penado durante la suspensión de la condena, el grado de cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones por él impuestas, sin más trámite, concrete el contenido.

SIERRA LÓPEZ¹¹⁸⁸ considera que, en los supuestos de delitos menos graves, siendo posible suspender la pena de prisión, no procedería la ejecución de la medida, pues, por un lado, carece de fundamento al no existir peligrosidad suficiente, y, por otro, porque las prohibiciones u obligaciones que pueden acordarse de acuerdo con el artículo 83.1 CP permiten cubrir las finalidades perseguidas con la medida de seguridad sin necesidad de ejecutar aquella.

En el proceso de concreción, dado que es la Administración penitenciaria quien conoce mejor al interno, va a ser ella la que emita un Informe técnico sobre la evolución de penado, a los efectos de efectuar la oportuna propuesta¹¹⁸⁹. En concreto, aquel lo elabora la Junta de Tratamiento u órgano autonómico equivalente, del centro penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena – que puede ser un CIS- o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional. Curiosamente la normativa señala que es previa petición del Juez de Vigilancia, lo cual es llamativo, pues éste no tiene por qué saber cuándo un penado tiene impuesta tal medida, ni cuando cumple la pena previa de prisión.

La propuesta del Juez de Vigilancia está muy condicionada por la evolución que ha tenido el condenado durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad y lógicamente, si ha cumplido el último periodo en libertad condicional, las reglas de conducta a considerar en este momento van a estar íntimamente ligadas a las que ahora se van a proponer, pues han de ser un complemento en orden a cerrar el tratamiento con el objetivo de la reinserción¹¹⁹⁰.

En este sentido, precisamente, el Informe el CGPJ al *Anteproyecto*¹¹⁹¹ ya señalaba que allí donde el progreso individual del sujeto le había hecho merecedor de la libertad condicional o del tercer grado, la libertad vigilada no podía ser más gravosa

¹¹⁸⁷ STS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716).

¹¹⁸⁸ SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *La medida de libertad Vigilada...* op. cit., p. 149.

¹¹⁸⁹ Art. 23 Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.*

¹¹⁹⁰ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "De las medidas de seguridad..." p. 438.

¹¹⁹¹ Informe de CGPJ de 26 de febrero de 2009 al *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

que aquellos, salvo que concurrieran nuevos elementos de juicio que acreditaran la necesidad de un régimen más restrictivo debido a un juicio de peligrosidad inexistente en las fases previas de cumplimiento de la pena de prisión. E incluso se iba más allá en el Informe, en el cual se reclamaba que en el desarrollo reglamentario de la ejecución de la entonces pena de libertad vigilada o bien en el propio Código Penal, se incluyeran normas específicas sobre su cumplimiento que evitaran antinomias y retrocesos penitenciarios con respecto al régimen de cumplimiento de las penas de prisión. Así, con notorio acierto y aquilatada precisión técnica, se instaba a considerar como condición para la ejecución de la libertad vigilada que el penado no hubiera cumplido la última fase de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, por no haber reunido los requisitos oportunos, salvo que mediara un pronóstico de peligrosidad posterior e inexistente en la fase previa de cumplimiento de la pena de prisión; y, en los mismos términos y condicionantes expuestos, se excluyera la posibilidad de controles telemáticos que supusieran un régimen de vida más restrictivo que el del tercer grado, en caso de que el penado hubiere accedido a él. En definitiva, se pedía una absoluta coordinación en la ejecución entre lo que luego en el *Proyecto* y la ley pasó a ser medida de seguridad y la normativa penitenciaria, solicitud que cayó en el más absoluto olvido y no mereció más consideración por parte del legislador.

En el caso de que el penado haya alcanzado la libertad condicional en el cumplimiento de la pena de prisión, no es fácil comprender cómo va a serle aplicada la medida de libertad vigilada. Dada la nueva naturaleza de la libertad condicional como extraña forma de suspensión, mal concuerda la imposición de medidas de carácter preventivo o tratamental en ella al amparo del art. 83 CP, con la posterior imposición en la libertad vigilada de medidas asegurativas o de rehabilitación al amparo del art. 106 CP¹¹⁹².

Es más, cabría plantearse la posibilidad de cumplimiento simultáneo, como propuesta de *lege ferenda*, de la libertad condicional con las medidas de la libertad vigilada, con una eventual prolongación de éstas una vez alcanzada la libertad definitiva¹¹⁹³.

Si este proceso evolutivo del penado en el cumplimiento de la pena de prisión previa se hubiere completado satisfactoriamente, la medida de seguridad ha perdido su sentido, falta su presupuesto de peligrosidad y necesidad, por lo cual la propuesta debe ser el cese de la medida. Tal posibilidad es una solución a la que puede llegarse desde la confusa redacción del art. 106.3 CP cuando recoge una referencia a la posibilidad que tiene el sentenciador de acordar dejar sin efecto la medida; planteamiento que resultaría coherente con el fundamento y punto de partida de la libertad vigilada, que no sería sino la persistencia de la peligrosidad criminal del sujeto¹¹⁹⁴.

Precisamente, de no entenderse así, podría resultar paradójico que el sujeto pueda verse con un régimen de vida más restringido estando en libertad que durante el cumplimiento de la pena, con lo que el cumplimiento de la medida de libertad vigilada

¹¹⁹² MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, y ANDRÉS LASO, Antonio. "La libertad vigilada postpenitenciaria... pp. 558 y 565.

¹¹⁹³ *Ibidem*, pp. 565-566.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 558.

carecería de justificación, salvo que se le reconozca una finalidad puramente asegurativa y de control del sujeto incompatible con exigencias derivadas de los principios de proporcionalidad y dignidad de la persona¹¹⁹⁵.

El contenido concreto de la libertad vigilada postpenitenciaria a cumplir varía en función del perfil del interno, pudiendo contener cualesquiera de las prohibiciones y deberes del art. 106 CP.

Ahora bien, hay cuando menos una cierta incoherencia dogmática entre este diseño y aquel otro del cumplimiento de la pena de prisión. En principio, el contenido de la libertad vigilada consiste en una serie de obligaciones o deberes que se especifican en el art. 106.1 y, en gran medida, coinciden con el contenido de la penas privativas de derechos, pero es significativo que el apartado j) –“obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares”- supone la imposición de un actividad que es coincidente con el tratamiento penitenciario, el cual no es susceptible de imponerse coactivamente. Esto es, ahora se torna obligatorio lo que antes, durante el cumplimiento, no lo era, bajo la amenaza de una pena derivada de la posible comisión de un delito de quebrantamiento, art. 100.3 y 468 CP¹¹⁹⁶.

JUANATEY DORADO¹¹⁹⁷ pone de manifiesto que el art. 112.3 RP regula el derecho de todo interno a rechazar o colaborar en el tratamiento, sin que de ello puedan derivarse para él consecuencias negativas o disciplinarias, regimentales o de regresión de grado; noción de voluntariedad que se podría calificar de limitada, pues no se dice nada sobre las consecuencias que el rechazo en relación con aquellos aspectos positivos que pueden derivarse del hecho de colaborar con el tratamiento -beneficios penitenciarios, permisos de salida...-, por lo que si aun a pesar del rechazo se apreciaran aspectos positivos en la evolución, tendría también derecho a esos aspectos positivos, si entendemos que los internos pueden realizar actividades laborales, culturales u ocupacionales fuera del contexto de un programa de tratamiento. Sin embargo, resulta que entre las obligaciones que se pueden imponer en la libertad vigilada están la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares y la obligación de seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico -art. 106 j) y k)-. El propio legislador sería consciente de lo problemático de la medida en cuanto que dispone en el art. 100. 3 CP, relativo al incumplimiento que no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido, sin perjuicio que el juez o tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

Esto es, resulta que en la libertad vigilada se puede imponer obligaciones que no son susceptibles de ser consideradas durante el cumplimiento, que no pueden imponerse si no media consentimiento del penado, y que, ahora, en caso de incumplirse, por lo que se refiere a la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, puede dar lugar a un delito de

¹¹⁹⁵ SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *La medida de libertad Vigilada...* op. cit., p. 150.

¹¹⁹⁶ MARCOS MADRUGA, Florencio de. “De las medidas de seguridad...” p. 438.

¹¹⁹⁷ JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de...* op. cit., pp. 147-148.

quebrantamiento. Precisamente en el *Proyecto de Ley Orgánica*¹¹⁹⁸ del cual trae causa la actual redacción, ese efecto se predicaba también del incumplimiento de la obligación del sometimiento a un tratamiento médico, si bien cayó en la cuenta el legislador que ellos chocaba con la idea del consentimiento informado a todo tratamiento médico recogida el art. 5 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997¹¹⁹⁹ y art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. El Informe del CGPJ al *Anteproyecto de reforma*¹²⁰⁰ ponía de manifiesto que imponer un tratamiento médico a través de una pena, que era la configuración inicial de la libertad vigilada, podía implicar un atentado contra la dignidad humana y, por ello, una vulneración del art. 10 CE.

Pero si grave es desconocer, aunque sabiamente se rectificó, la elemental normativa sanitaria, más grave es desconocer algo tan primario como es cómo funcionan los programas tratamentales ligados a factores de la personalidad, pues éstos toman como punto de partida el posicionamiento interno del sujeto, previo reconocimiento del hecho; no se trata de programas de mera asistencia en orden a la adquisición, en mayor o menor medida, de unos contenidos o conocimientos, antes bien conllevan una implicación personal, y de hecho se rechazan las meras solicitudes utilitaristas, implicación personal sincera que desde luego, por mucho que lo diga la ley, no por ello va a tener lugar. El legislador confía, parece ser, en el miedo a una nueva condena como estímulo bastante para mover la voluntad interna y sincera del sujeto y lograr con esa admonición de una nueva pena lo que no se ha conseguido durante años con la privación de la libertad. Mas bien da la impresión que, o bien estamos ante un ingenuo optimismo o bien ante un deliberado propósito de creación de un instrumento criminogénico, generador de nuevas condenas, y prolongar, indirecta y tímidamente, el encierro inicial¹²⁰¹.

Cabe concluir así que nos encontramos ante una contradicción de principios inadmisibles en nuestro ordenamiento, una cierta hipocresía en el legislador, que por un lado asume una filosofía vigente en el ámbito del pensamiento penitenciario en orden al respeto de los derechos fundamentales del penado con relación al cumplimiento de la pena privativa de libertad, mas, por otro, una superada tal barrera, sin el menor escrúpulo se decanta por penar a quien no quiera cumplir con lo que se le ahora se le impone. Se olvida deliberadamente que el matiz no está en el dato del derecho afectado por la sanción penal, antes bien, aquel radica en los derechos fundamentales de penado,

¹¹⁹⁸ El texto de la propuesta para el art. 100.3 que contenía el *Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal* que dio lugar a la LO 5/2010 era: “En ambos casos el juez o tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento. A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico, pero sí la interrupción injustificada de dicho tratamiento cuando lo haya consentido”.

¹¹⁹⁹ Instrumento de ratificación publicado BOE de 20 de octubre de 1999.

¹²⁰⁰ Informe del CGPJ de 26 de febrero de 2009 sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

¹²⁰¹ La pena hipotética resultante, conforme al art. 468 CP, sería una multa de doce a veinticuatro meses, la cual solo en caso de impago puede devenir en privativa de libertad.

motivo que condujo en su día al reconocimiento del carácter voluntario del tratamiento penitenciario.

Fijado el contenido de la libertad vigilada, el Juez de Vigilancia hace su seguimiento elevando, conforme al art. 97 CP, al menos una vez al año, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, todo ello en función de la evolución de sujeto a ella.

La forma en la cual se lleva a cabo la labor de seguimiento y los medios al efecto es algo que no ha merecido tampoco la menor atención por parte del legislador, ni siquiera en el desarrollo reglamentario. El RD 840/2011 solo le dedica un precepto, con el único contenido relativo al Informe de la Administración al Juez de Vigilancia a los efectos de la propuesta inicial de concreción del contenido de la libertad vigilada. No cabe alegar olvido al efecto, pues el Informe del CGPJ al *Anteproyecto* ya recogía que el cumplimiento de la función que se atribuía al Juez de Vigilancia Penitenciaria era de imposible cumplimiento racional si no contaba con los medios personales que le facilitarían los informes necesarios, para lo cual se debería haber previsto la creación de la figura del agente administrativo encargado del control de la libertad vigilada; además, también se advertía de la necesidad de establecer como obligación de la Administración la elaboración del informe inicial específico y los sucesivos de seguimiento, admonición que tampoco mereció tener acogida en el texto final de la ley.

Con gran razón, NISTAL BURÓN¹²⁰² afirma que “las normas que tienen que ver con el cumplimiento de las sentencias dictadas por los órganos judiciales suelen ser las más imprecisas de nuestro sistema jurídico, lo que indica hasta qué punto nuestra cultura jurídica le da mucha importancia a todo lo que configura el proceder legal y judicial hasta el dictado de la sentencia, pero muy poca al cumplimiento de aquella, cuando es precisamente este cumplimiento el que dota de contenido al dictado de la sentencia”, de lo cual es buena prueba la medida de seguridad que aquí analizamos.

La realidad, a día de hoy, es que formal y normativamente, la Administración penitenciaria, su única obligación con relación a la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, es la de emisión del informe inicial, el cual, en la letra de la norma reglamentaria, se emite a petición del Juez de Vigilancia, el cual puede que hasta ignore la existencia de tal medida, y sin que se sepa a ciencia cierta qué Administración es la que tiene que fijar la infraestructura para poder poner en marcha las obligaciones que pueden ser parte del contenido concreto a ejecutar, véase controles telemáticos o programas.

En este sentido, NISTAL BURÓN¹²⁰³ considera, dada la referencia en el art. 6.1 letra i) del RD 952/2018, de 27 de julio, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior*, que dispone que corresponde a la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social el seguimiento y control de la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria que sea de la competencia de la Administración penitenciaria, que esta referencia se construye a la libertad vigilada complementaria de la pena privativa de libertad y solo con relación a dos de las once

¹²⁰² NISTAL BURÓN, Javier. “La libertad vigilada post-penitenciaria... op. cit.

¹²⁰³ *Ibidem*.

posibles obligaciones que pueden ser parte de su contenido conforme al art. 106.1 CP: la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente y la obligación rehabilitadora de organizar e impartir los programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares; las de carácter asegurativo hay que entender que corresponde su ejecución o bien a las Fuerzas de Seguridad del Estado o Policías Autonómicas o bien al propio órgano sentenciador; y, por último, la de seguimiento de tratamiento médico a las Comunidades Autónomas a través de sus correspondientes sistemas sanitarios.

Se echa en falta la figura del asistente o agente de ejecución de libertad vigilada, cuya necesidad se refleja en el informe del CGPJ de 26 de febrero de 2009, el cual, al tiempo, apunta a desarrollar su estatuto y funciones en la regulación reglamentaria sobre el cumplimiento de la pena de libertad vigilada, con lo cual, la conjunción de finalidades asegurativa y resocializadora que se pretende con la libertad vigilada queda bastante mermada al no haberse desarrollado convenientemente dicha figura¹²⁰⁴.

El resultado final es una medida de seguridad de dudosa constitucionalidad, que carece de todo parámetro para concretar su contenido en coordinación con la normativa relativa al cumplimiento de la pena de prisión que le precede y una total ausencia de instrumentos, ni siquiera mecanismos, en orden a su ejecución.

Más bien parece que la introducción de una respuesta en el marco penal frente a ciertos perfiles de delincuentes que siguen manteniendo la peligrosidad tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad no es en la labor del legislador más que una actuación vacua de cara a la opinión pública, en línea con el populismo penal en boga, sin que medie un interés serio y real en afrontar el problema.

Fijado el contenido de la libertad vigilada por el sentenciador, el seguimiento corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar del domicilio¹²⁰⁵.

Pero no acaban aquí las deficiencias normativas. Así como está prevista la situación de concurrencia en el cumplimiento de varias condenas, en la que alguna o algunas tengan aparejada la medida de libertad vigilada, no iniciándose su cumplimiento sino tras la extinción de todas ellas, no hay mención alguna a qué ocurre cuando estando ya vigente la efectividad de la medida, se inicia, de forma sobrevenida, el cumplimiento de la una nueva pena privativa de libertad. Por analogía con la situación antes referida sí prevista, cabe considerar que su suspenda su cumplimiento hasta que se recobre la libertad, más ante la falta de contemplación legal del supuesto, dado que de una medida aflictiva se trata, cabe plantear la posibilidad de simultanear su cumplimiento en tanto no sea su contenido incompatible con el de la pena. Sin embargo, esta solución desdibuja el sentido y fin de la medida, que no es sino compensar la peligrosidad del sujeto, una vez recobra su libertad, situación que ahora no concurriría.

En este sentido, cabe afirmar que las medidas de libertad vigilada no son susceptibles de cumplimiento simultáneo con las penas privativa de libertad, siendo la primera dependiente de la segunda, para su cumplimiento posterior o inmediato por el

¹²⁰⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *La nueva medida...* op. cit., p. 278; SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *La medida de libertad Vigilada...* op. cit., pp. 105-108.

¹²⁰⁵ ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

condenado. Cabe invocar al efecto el art. 106.2 CP en tanto que dispone que en caso de concurrencia de varias penas privativas de libertad que deban cumplirse sucesivamente, el momento de inicio de la libertad vigilada se referirá a momento en que se concluya el cumplimiento de todas ellas¹²⁰⁶.

3. ENAJENACIÓN MENTAL DE APRECIACIÓN SOBREVENIDA

3.1 Introducción y problemática

El Art. 60 CP dispone que cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. Al tiempo, restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

La ratio precepto traería causa en que la pena debe ser capaz de motivar la conducta futura del reo para asumir las prohibiciones contenidas en la norma y adquirir la capacidad y voluntad de vivir sin infringir la ley y debe incentivar también al resto de la sociedad en orden a reafirmar la confianza del conjunto de los ciudadanos en el ordenamiento, además de disuadir a los potenciales infractores de la comisión de delitos, siendo preciso, para ello que el reo tenga capacidad de comprender el sentido de la pena y que sea susceptible al tratamiento¹²⁰⁷.

La actual redacción del precepto corresponde a la LO 15/2003, la cual atribuye la competencia para dictar el correspondiente pronunciamiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en detrimento del juez o tribunal sentenciador que es quien la había tenido hasta ese momento. Sin embargo, en una defectuosa técnica legislativa, no se reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los arts. 991 a 994, que siguen conteniendo las

¹²⁰⁶ SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *La medida de libertad Vigilada...* op. cit., p. 154; ORTEGA MATESANZ, Alfonso. *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*. Madrid: Reus, 2022, p. 164.

¹²⁰⁷ GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "Título III: de las penas". En: *Comentarios al Código Penal Español*. 7ª ed. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, coord. MORALES PRATS, Fermín. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 516.

referencias a quien impuso la pena, con la mecánica procesal propia de los procedimientos ante ellos, amén de una terminología decimonónica.

Para un sector doctrinal se trata ésta de una intervención que rompe el diseño del marco competencial del Juez de Vigilancia Penitenciaria porque, por un lado, se refiere a todo tipo de penas, cuando la materia propia de aquel es la pena privativa de libertad y, por otro, porque además su intervención puede anticiparse al momento del internamiento, cuando la fase de cumplimiento no se ha iniciado¹²⁰⁸. Y si pudiera tener sentido esta atribución más allá de las penas privativas de libertad en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que se ejecuta bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en las restantes no privativas de libertad resulta cuando menos sorprendente el establecimiento de esta competencia pues no es fácil saber cómo va a tomar conocimiento de la concurrencia de la anomalía psíquica sobrevenida¹²⁰⁹.

Desde otra perspectiva, también se ha criticado esta atribución por suponer la suspensión de una condena al margen del sistema general del art. 80 CP; la imposición de una medida de seguridad en un auto, no en una sentencia; amén de no haber establecido el legislador un procedimiento contradictorio al efecto¹²¹⁰.

En esa misma línea estaría el Informe del CGPJ¹²¹¹, crítico con la atribución al Juez de Vigilancia Penitenciaria de competencias en la ejecución de las penas o medidas de seguridad, decantándose porque la decisión sobre la suspensión de la ejecución continúe en el ámbito del tribunal sentenciador, al menos cuando la fase de ejecución aún no ha comenzado, y no se ha producido la situación en la que puede actuar el Juez de Vigilancia.

A favor, sin embargo, de la actual regulación de la cuestión, se invocaría la superación de la problemática existente en los supuestos de concurrencia de condenas, con la pluralidad de órganos jurisdiccionales a resolver, que de esta forma quedaría centrado en uno solo, el Juez de Vigilancia, el cual además tendría un mejor conocimiento del penado y su evolución¹²¹².

Con la solución general que concentra la decisión en el Juez de Vigilancia Penitenciaria, se ha dado respuesta y superado el problema práctico de aquellos penados que estaban cumpliendo pluralidad de condenas, que en la anterior regulación exigía el pronunciamiento de todos y cada uno de los sentenciadores, lo cual, además de ser antieconómico, procesalmente hablando, daba no pocas veces lugar a pronunciamientos contradictorios que erosionaban la propia credibilidad del sistema. Pero, por otro lado, es especialmente criticable esta atribución, que carece de sentido

¹²⁰⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 138.

¹²⁰⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "Título III: de las penas... op. cit., p. 519.

¹²¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p 375-376.

¹²¹¹ Informe del CGPJ de 26 de marzo de 2003 sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

¹²¹² VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 9, 2007; GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "Título III: de las penas... op. cit., p. 517; GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *La Ejecución de la pena...* op. cit., p. 172; y NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. *Suspensión y modificación de la condena penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 2002, pp. 121-122.

en las penas privativas de libertad cuyo cumplimiento no se ha iniciado, pues ningún conocimiento hay del penado, ni punto de contacto de la condena con el nuevo órgano judicial designado; pero, además, con relación a las penas no privativas de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria nada tiene que ver, salvo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como se ha dicho.

La solución técnicamente más aceptable y coherente hubiera sido atribuir al Juez de Vigilancia Penitenciaria el conocimiento de aquellos supuestos en los cuales la condena a pena de prisión estuviera ya en cumplimiento, dejando los restantes supuestos, esto es, penas de prisión antes de su ejecución, penas de localización permanente y restantes penas no privativas de libertad, en manos del sentenciador. Expresamente no se ha mencionado el caso de la prisión permanente revisable porque, en coherencia con su regulación, en la cual la intervención del Juez de Vigilancia es mínima, dado el calado de la decisión a adoptar, parece más lógico que debería el sentenciador el que deba de tomarla, pero no es el rigor técnico, ni la coherencia, los principios presentes en la LO 1/2015.

A la crítica anterior, ha de añadirse la total ausencia, como es habitual, por otra parte, de toda referencia a aspectos procesales fundamentales, cual es, por ejemplo, la determinación de la competencia territorial, que en este caso no resulta siquiera posible determinar con relación a la actuación de la Administración penitenciaria, caso de los trabajos en beneficio de la comunidad, pues en muchos supuestos ésta no existe. Es decir, si respecto a un penado que esté ingresado en un centro penitenciario no parece que exista mayor problema su concreción, Juez de Vigilancia Penitenciaria competente será el que ejerza las funciones sobre tal centro, arts. 94, 95 y DA 5ª LOPJ, cuando no se ha producido el ingreso, bien porque aunque siendo pena privativa de libertad, aún no se ha librado el mandamiento, bien porque se trate de pena de distinta naturaleza, caben dos opciones, a saber, que se considere competente al del domicilio, o bien, que se tenga por tal al del lugar del juzgado o tribunal sentenciador. En este sentido quizás pueda ser útil una de las referencias que tiene en cuenta el Tribunal Supremo¹²¹³ a la hora de determinar cuál es el Juez de Vigilancia Penitenciaria competente para hacer el seguimiento en la libertad vigilada postpenitenciaria, ante el silencio, también en aquel caso, de la regulación legal, la del domicilio, que responde al principio de inmediación y operatividad práctica.

Surge además una cuestión dudosa desde el punto de vista procedimental, pues el incidente está regulado en la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal y está diseñado con los perfiles propios de las actuaciones ante el órgano sentenciador, de ahí que se lleve a cabo con la intervención de la acusación particular, como parte propiamente tal, lo cual lleva a pensar si cabe hacer una proyección de esta condición sobre la actuación ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, la cual sería desde luego heterodoxa con relación al régimen de las partes ante tal la jurisdicción, especialmente antes de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima*. DEL MORAL GARCÍA¹²¹⁴ considera al efecto que hay que dar audiencia a la acusación particular, al amparo del art. 993 LCRM, entendiendo el término acusación como comprensivo de la

¹²¹³ ATS 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

¹²¹⁴ MORAL GARCÍA, Antonio del. "La última expansión... op. cit., pp. 102-104.

acusación popular también, dada la imprecisión del uso de los términos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y va más allá, entiende que serían parte propiamente tal, con la posibilidad no ya de ser oídos, antes bien de cuestionar lo resuelto mediante los oportunos recursos; pesa en este planteamiento su postura favorable a dar entrada a las acusaciones en la ejecución, a pesar de que, reconoce, la jurisprudencia al efecto es claramente contrario a esta consideración. Entendería que la absoluta expulsión de la acusación particular que se ha enseñoreado hasta ahora como criterio en los procedimientos ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria no estaría en plena armonía con la necesidad de informe previo de esas acusaciones introducidas por la LO 7/2003 en los supuestos privilegiados de la libertad condicional y en el trámite de exoneración de los periodos de seguridad de los arts. 36 y 78 CP.

El cambio de ubicación competencial del expediente de enajenación mental de apreciación sobrevenida, de la ejecutoria del Juez sentenciador al Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo es con todas sus consecuencias y por ello se sujeta a sus propias normas, que en la cuestión de la definición de *partes* son específicas y, solo cuando así lo establece la ley, se da entrada a otros operadores diversos del Ministerio Fiscal y el interno/liberado. Este diseño deriva de la DA 5ª LOPJ, la jurisprudencia que la interpreta¹²¹⁵ y del Estatuto de la víctima antes referido. Si con anterioridad a este último las anteriores apreciaciones podían tener sentido, ante la inadecuada técnica legislativa e imprecisiones terminológicas que lo acompañan, tras éste queda despejada toda duda, pues es la ley misma la que delimita ahora específicamente los momentos en los cuales la víctima puede intervenir como parte.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 vuelve al sistema anterior a la LO 15/2003, pues el art. 883.2 restituye la competencia al sentenciador, con lo cual renace el problema de la pluralidad de condenas, la multiplicidad de procedimientos y la eventual existencia de resoluciones contradictorias. El legislador lejos pues de haber solucionado las deficiencias del actual diseño, perfeccionándolo y superándolas, opta por una vuelta a un pasado poco alentador.

3.2 Supuesto de hecho del art. 60 CP

Parte el precepto analizado de la apreciación sobrevenida de un padecimiento mental grave, esto es, se comprenden en él tanto los que surgen tras el dictado de la condena, como aquellos otros existentes con anterioridad, pero que, sin embargo, de los cuales no se tuvo conocimiento al tiempo del juicio; se incluyen, además, aquellos que, conocidos al tiempo del juicio, sin embargo no tenían entonces relevancia bastante para fundar una sentencia absolutoria, pero que luego, por el paso del tiempo, se han agravado y producen el efecto de que el condenado no entiende el sentido de la pena. Lo que no cabe, desde luego, es debatir de nuevo en este incidente padecimientos ya conocidos, que no han evolucionado, sobre los cuales se debatió, y que no fueron

¹²¹⁵ ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A), y STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

considerados por el sentenciador, pues de admitirse, se estaría convirtiendo al Juez de Vigilancia en una nueva instancia.

El centro de gravedad del precepto se ha desplazado desde la consideración del trastorno mental como causa eficiente de la suspensión, a la valoración de la incidencia concreta del mismo en la capacidad de comprensión del sentido de la pena¹²¹⁶.

Sigue el Código para acordar la suspensión un criterio psiquiátrico-psicológico, pues como señala VIZUETA FERNÁNDEZ¹²¹⁷, no es suficiente con la concurrencia de una situación duradera de trastorno mental grave, antes bien es preciso además que ésta esté conectada al efecto psicológico –imposibilidad de conocer el sentido de la pena–. Conocer el sentido de la pena implica que el penado entienda por qué se le ha impuesto la pena, que sea capaz de advertir que ésta es la consecuencia de su conducta contraria al ordenamiento jurídico, y si la pena tiene un carácter resocializador, para poder acceder a él o rechazarlo, ha de ser capaz entenderlo. Por otro lado, el calificativo de *grave* que emplea el texto normativo no aportaría nada, pues todo trastorno capaz de producir el efecto de imposibilitar el conocimiento del sentido de la pena es grave de por sí. En cuanto al calificativo duradero, más que al padecimiento, ha de ir dirigido al efecto psicológico, la no comprensión del sentido de la pena.

Hay que hacer notar pues, que no puede afirmarse que el art. 60 CP se mueva en paralelo con la apreciación de la inimputabilidad en la fase de enjuiciamiento, pues, aunque en muchos casos esa ausencia del elemento intelectual o volitivo como presupuesto de la pena, también lo sea para su ejecución, sin embargo, es posible que tales aspectos no concurren, pero que el sujeto sí comprenda el sentido de la pena. La valoración pues que ha de llevar a cabo el perito es distinta antes y después del juicio, no es coincidente en su objeto.

3.3 Imposición de la medida de seguridad

Una de las novedades de la LO 15/2003, es precisamente la posibilidad de imponer, en caso de acordar la suspensión, una medida de seguridad, supuesto que no estaba previsto en la redacción original del art. 60 CP, que se limitaba a señalar que el juez o tribunal procuraría que el penado recibiera a la asistencia médica precisa, con lo cual se supera así un serio problema que se planteaba con la dicción original del Código Penal de 1995. En este sentido, GARCÍA ALBERO¹²¹⁸, con relación a aquella normativa, pone de manifiesto la contradicción en que incurría el art 184 RP, al recoger la previsión reglamentaría una referencia a la medida de seguridad a imponer por el sentenciador, lo cual contravendría el principio de legalidad, al no estar en ninguno de los supuestos recogidos en los arts. 101 a 104 CP; además debía entenderse que las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el art. 991 habían quedado tácitamente derogadas

¹²¹⁶ Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, *sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme*.

¹²¹⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El trastorno mental grave... op. cit.

¹²¹⁸ GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "Título III: de las penas... op. cit., pp. 516-518.

por el nuevo Código Penal; chocaría además, por último, con elementales exigencia de justicia al no estar previsto el eventual abono. Al tiempo, sería crítico con la nueva solución, pues, en primer lugar, ésta se aparta del enunciado del art. 3 CP, según el cual no puede ejecutarse medida de seguridad sino en virtud de sentencia dictada por Juez competente, mientras que aquí estaríamos ante una respuesta sobrevenida impuesta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en el marco de la ejecución; por otro lado, la nueva respuesta se aparta del art. 6 CP, en cuanto que no se funda en una peligrosidad exteriorizada en la comisión de un hecho delictivo; y, por último, resulta una nueva excepción, ahora con relación al art. 95 CP, que dispone que es el hecho y las circunstancias personales del sujeto la referencia a considerar en orden a la valoración del comportamiento futuro en cuanto a la eventual comisión de hechos delictivos.

Precisamente, con relación a la redacción original del precepto, el Ministerio Fiscal¹²¹⁹ había venido sosteniendo que la peligrosidad social o criminal del reo era un concepto que había quedado totalmente marginado en la mecánica legal de suspensión de la pena, por lo cual el incidente que el juez o tribunal abre ante la sospecha razonable de trastorno mental del reo no tendría por objeto indagar conductas reprochables o propensiones más o menos intensas al delito o a la conducta antisocial, sino única y exclusivamente la eventual ausencia de capacidad de comprensión del sentido de la pena y de motivación consiguiente; esto es, un juicio de capacidad de comprensión del sentido y alcance de la pena sobre el cual no se puede sustentar la imposición de una medida de seguridad que venga a sustituir a la pena suspendida. La razón de ello sería que, en la anterior normativa, por exigencia del principio de legalidad, que imponía que la peligrosidad criminal se haya exteriorizado en la comisión de un hecho constitutivo de delito, art. 6 CP, no se daba en el recluso que sufre una situación de trastorno mental por el mero hecho de sufrirlo. La respuesta por ello con relación a los efectos que dicho trastorno pueda producir en el comportamiento futuro del reo escapaba del objeto del incidente de suspensión y habría de ser tratado con mecanismos jurídicos y asistenciales ajenos a la intervención penal.

La imposición de medidas de seguridad requeriría un pronóstico de peligrosidad que, en estos casos, no se habrá exteriorizado en la comisión del hecho delictivo¹²²⁰. El objeto del incidente que se abra sería doble, por un lado, la eventual existencia de una situación duradera de trastorno mental grave y sus efectos en relación con la comprensión del sentido de la pena, y, por otro, la posibilidad de formular un pronóstico de peligrosidad criminal¹²²¹.

Precisamente con la nueva redacción del precepto se cierra el círculo que quedaba abierto en la anterior regulación, pues con la resolución del propio incidente se da respuesta en el ámbito penal a la eventualidad sobrevenida, ciertamente de una

¹²¹⁹ Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, *sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme*.

¹²²⁰ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. "Comentario al art. 60 CP". En: *Comentarios al Código Penal*, dir. CORCOY BIDASOLO Mirenxtu, y MIR PUIG, Santiago, coord. VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 250; GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "Título III: de las penas ... op. cit., p. 518.

¹²²¹ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. "Comentario al art. 49 CP... op. cit., pp. 183-184.

forma un tanto anómala, pues es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, un órgano por su naturaleza supervisor, el que va más allá en su función, e impone una medida de seguridad, de ser necesaria, ahora sí, por una peligrosidad que resulta no ya exteriorizada en la comisión del hecho delictivo, sino de su padecimiento constatado en la ejecución de la pena o incluso antes de haberse dado inicio a ella, tras la sentencia firme.

No se recogen, sin embargo, qué criterios han de seguirse a la hora de la elección de la medida que va aparejada a la suspensión de la condena. VIZUETA FERNÁNDEZ¹²²² considera que ha de acudirse a la regulación general de ellas, por lo cual si la medida de seguridad se aplica a quien sufre una situación duradera de trastorno mental grave que le impide conocer el sentido de la pena, esta situación, por sí sola, no conlleva necesariamente la apreciación de la peligrosidad criminal del sujeto que la sufre, pues la finalidad de la imposición de la medida es curativa, *garantizar que reciba la asistencia médica precisa*. Una interpretación sistemática del art. 60 CP con la regulación de las medidas de seguridad lleva a requerir los mismos presupuestos que se exigen a aquellas, esto es, además del presupuesto de la concurrencia del hecho delictivo, que aquí no ofrece duda, la previa condena, la evaluación de la peligrosidad de sujeto y la necesidad de la medida.

Por ello, es perfectamente posible que la suspensión de una pena privativa de libertad no lleve como consecuencia inescindible la imposición de una medida de seguridad, si no media peligrosidad, o que, concurriendo, no la exija de esa naturaleza, necesidad, siendo perfectamente admisible acudir a la menos gravosa medida no privativa de libertad¹²²³.

Lo que no cabe es lo contrario, esto es, que, si la pena a suspender es una pena no privativa de libertad, pueda acordarse con la suspensión la imposición de una medida privativa de libertad, estando así expresamente dispuesto. En definitiva, si no hubiera sido posible la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad para el caso de haber resultado el sujeto inimputable en la fase de enjuiciamiento, tampoco ahora va a ser posible ahora acordarla.

3.4 Duración de la medida de seguridad

La duración de la suspensión y, por consiguiente, de la medida de seguridad, viene determinada por la naturaleza de la medida impuesta. Si se trata de medida privativa de libertad, su duración será como máximo la de la pena privativa de libertad que estaba cumpliendo, lo que le reste, pues la nueva medida no puede ser más gravosa que la pena.

El problema surge si la medida a imponer es no privativa de libertad, ya porque, aun siendo la pena a suspender privativa de libertad, no fuere necesaria una medida de esa clase, o bien porque la pena a considerar fuere no privativa de libertad, situación

¹²²² VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El trastorno mental grave... op. cit.

¹²²³ GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "Título III: de las penas... op. cit., p. 518.

respecto de la cual nada dice el precepto, siendo difícil hablar de mayor o menor onerosidad por no ser la pena y la medida resultante términos a comparar homogéneos.

Una primera posición sería aquella que considera que dado que estamos en el ámbito de las medidas de seguridad, no parece que por el hecho de ser una suspensión de una condena ya impuesta, haya necesariamente que apartarse de los principios generales que rigen éstas, en concreto el enunciado del art. 6.2 CP que establece que *las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*. Por lo tanto, la referencia cronológica a la hora de fijar la duración de la medida vendría dada por la de la pena en abstracto, que puede ser perfectamente superior a duración de la de la pena concretamente impuesta y suspendida. En este caso se distinguiría entre la duración de la medida, que es la expuesta y la duración de la suspensión, que es hasta el restablecimiento de la salud mental del penado¹²²⁴.

Una segunda posición sería entender que, si la medida resultante es privativa de libertad, su duración es la de la pena concreta suspendida. Y para el caso de que se imponga una medida no privativa de libertad, su duración será la reste de la pena o en su caso el límite máximo que fija el art. 105.1 CP, esto es una duración máxima de cinco años, con independencia de la subsistencia de la suspensión de la pena en tanto no prescriba, plazo que puede ser superior. A esta conclusión se llega a partir del enunciado del párrafo segundo del art. 60.1 CP, cuando dice que *“el Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código”*, pues se entendería que si hay esa comunicación cuando se aproxima la extinción de la medida, lo es porque tiene un límite¹²²⁵.

Esta postura quizás sea la que se ajusta en mejor medida a la literalidad de la norma, pero por lo que a las medidas de seguridad privativas de libertad se refiere, se aparta de los postulados generales para su imposición en los supuestos de inimputabilidad/semiimputabilidad, que toman como referencia para la duración de la medida la pena en abstracto y no la pena en concreto¹²²⁶. No cabe oponer el argumento de que ese límite de la pena en abstracto es improcedente pues hay una pena concreta impuesta, pues precisamente eso mismo ocurre en el caso de los sujetos semiimputables y sin embargo la duración de la pena y la medida no coinciden¹²²⁷.

Y por otro lado es una solución que presenta serias disfunciones prácticas en el caso de imposición de una medida no privativa de libertad, pues en el caso de que el plazo de prescripción de la pena sea superior a cinco años, nos encontramos con un

¹²²⁴ Esta es la opinión de Vizueta Fernández, en VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. “El trastorno mental grave... op. cit.

¹²²⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 185.

¹²²⁶ *vid.* epígrafe 1.4 de este mismo Capítulo.

¹²²⁷ En sentido contrario, ORTEGA MATESANZ, Alfonso. “Trastornos mentales apreciados durante la ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena por la vía del art. 60 CP”. En: *Salud mental y privación de libertad*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021, p. 137.

periodo de tiempo en el cual la pena y el trastorno mental grave que motivó la suspensión subsisten y no hay respuesta penal alguna a tal situación.

Pero frente a esta posición, se propone otra, que toma como referencia la mención que se hace en el art. 60.2 CP a que la suspensión durará, siempre que se necesaria, en tanto no prescriba la pena suspendida, por lo que siendo la finalidad la atención médica del penado, en tanto ésta subsista, aquella otra debería mantenerse. Esta solución conecta con la solución que el Código Penal 1973 daba a la duración de las medidas de seguridad, que eran indefinidas, sin que ello presente obstáculo alguno de inconstitucionalidad¹²²⁸. Cabe así entender que la duración de la medida, mientras sea necesaria, ha de prolongarse en el tiempo, hasta que se restablezca la salud mental del penado o se produzca la prescripción de pena. Duración de la suspensión y de la prescripción de la pena coinciden y corren paralelas.

Podrá alegarse que este planteamiento choca con el art. 134.2 CP que recoge como causa de interrupción de la prescripción la suspensión, de modo que mientras ésta dure, nunca se puede producir aquella, pero es que de ser eso cierto en este caso, poco sentido tiene la especial referencia a ese instituto en el propio art. 60 CP. Esta particular mención obedece a que, aunque estamos materialmente ante una suspensión de la ejecución, la misma es muy distinta de aquella del art. 80 CP, pues en ella siempre hay un plazo prefijado, cosa que aquí no ocurre, antes bien, es tan indefinido como algo tan contingente como es el restablecimiento de la salud mental. La suspensión ordinaria, sometida a reglas de conducta, y la suspensión por concurrencia de un trastorno mental grave solo tienen en común el nombre y el efecto, no sus condicionantes intrínsecos, de ahí que su regulación es distinta. En definitiva, que esta suspensión *ad hoc* opera al margen de las normas generales, dentro de las cuales está el anterior precepto mencionado relativo a la prescripción de la pena.

3.5 Revisión de la medida y restablecimiento de la salud

No recoge el art. 60 CP referencia alguna a la revisión y eventual modificación de la medida, contemplándose tan solo, en el numeral segundo, el supuesto de restablecimiento la salud mental del penado, en cuyo caso se dispone que éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

La redacción del precepto, con la referencia al juez o tribunal que contiene, puede suscitar la duda de si esa suspensión e imposición de la medida que acuerda el Juez de Vigilancia, el alzamiento de aquella, corresponde al sentenciador. Aunque en la letra de la norma no resulte claro, en realidad parece que se distinguen dos momentos, uno que corresponde al Juez de Vigilancia, la decisión sobre el restablecimiento de la salud mental y consiguiente alzamiento de la suspensión, y un segundo sobre el efecto de este pronunciamiento, que es ajeno a él, pues afecta al contenido esencial de la pena,

¹²²⁸ STC 24/1993, de 21 de enero (ROJ: STC 24/1993 - ECLI:ES:TC:1993:24).

de ahí que sea el juez o tribunal sentenciador el que deba pronunciarse sobre si procede cualesquiera clase de compensación o incluso dar por cumplida la pena, siempre que esta no haya prescrito, pronunciamiento que, de nuevo, es de su incumbencia.

Como ya se dijo, la expresa mención que hace el precepto a la prescripción de la pena hace suscitar dudas sobre su alcance, esto es, si el hecho de acordarse la suspensión implica que ésta interrumpe el plazo de prescripción de la pena, norma ésta prevista en el art. 134.2 CP.

CARDENAL MONTRAVETA¹²²⁹ entiende que el tiempo de cumplimiento de la medida se abonará para el de la pena y frente a quienes consideran que la referencia al hecho de que la pena no hubiere prescrito supone que la suspensión aquí regulada no suspende el cómputo del plazo de prescripción, afirma que aquella referencia alude a los supuestos en los que restablecida la salud mental y dejada sin efecto la suspensión de la ejecución de la pena, ésta no se inicia o reanuda por causas distintas de las ahora reguladas en el art. 134.2 CP, que alude a los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena, sin realizar distinción alguna.

Postura contraria es la de VIZUETA FERNÁNDEZ¹²³⁰, que sostiene que el plazo de prescripción de la pena no habrá llegado a su fin generalmente al finalizar el cumplimiento de la medida de seguridad; como la duración de ésta estará limitada por la duración de la pena concreta que al sujeto le resta por cumplir, al finalizar el cumplimiento de la medida, la pena no habrá prescrito. Los supuestos de prescripción de la pena en este ámbito se darán con carácter general, bien cuando la suspensión de la ejecución de la pena continúe tras el cumplimiento de la medida de seguridad por no haber recuperado el penado su salud mental, bien en los supuestos en que a la suspensión de la ejecución de la pena no siga la imposición de una medida de seguridad por no ser ésta necesaria. La prescripción de la pena en estos casos es posible porque la suspensión de su ejecución es indeterminada, esto es, está condicionada a que el penado recupere su capacidad de conocer el sentido de la pena.

En este aspecto, se comparte este último planteamiento, si bien, como ya se expuso anteriormente, se discrepa en lo relativo a la duración de la medida, que en él es limitada y no coincidente con la duración de la suspensión, mientras que en la postura que se viene sosteniendo es coincidente con aquel, siempre que sea necesaria.

Restablecida la salud mental, en caso de no resultar prescrita la pena, el juez o tribunal sentenciador puede proceder a la compensación o dar incluso por extinguida la condena, si el cumplimiento de la pena fuere innecesario o contraproducente, claro ejemplo estas situaciones del principio de oportunidad.

En cuanto a la revisión y modificación, el sistema de los arts. 97 y 98 CP está pensado para los supuestos de imposición de la medida por el sentenciador en la sentencia, con lo cual no tiene sentido dar intervención ahora a aquel en estos casos, pues nada tiene que ver con el origen de aquella. Teniendo en cuenta la naturaleza de la respuesta penal, su contingencia, a diferencia de las penas, cabe entender que la

¹²²⁹ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. "Comentario al art. 60 CP... op. cit., 2015, p. 251.

¹²³⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El trastorno mental grave... op. cit.

decisión inicialmente adoptada deba ser revisada en un plazo prudencial, que, por analogía, bien puede ser el del art. 98 CP.

CAPÍTULO X. COMPETENCIA DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN CUESTIONES DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

1. PERMISOS DE SALIDA

1.1 Fundamento

1.2 Naturaleza

1.3 Permisos extraordinarios

1.4 Permisos ordinarios

1.4.1 Concepto

1.4.2 Requisitos

1.4.3 Causas de denegación

1.4.3.1 Introducción

1.4.3.2 Instrumentos predictivos

1.4.3.3 Situación jurídica no clarificada

1.4.3.4 Procedimiento de extradición u Orden Europea de Detención

1.4.3.5 Mal uso de las oportunidades

1.4.3.6 Marco social de referencia. La condición de extranjero

1.4.3.7 Las adicciones

1.4.3.8 Naturaleza de la actividad delictiva

1.4.3.9 Alarma social

1.4.3.10 Lejanía en el cumplimiento

1.5 Tramitación de los permisos

1.5.1 Procedimiento

1.5.2 El alcance del derecho del interno a la prueba: el acceso al expediente personal

1.5.3 Suspensión/revocación

1.6 Las salidas programadas del art. 114 RP

1.7 Permisos terapéuticos en las medidas de seguridad privativas de libertad

2. LAS SALIDAS DEL ART. 117 RP

1. PERMISOS DE SALIDA

1.1 Fundamento

Corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme al art. 76.2. i), autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los internos clasificados en tercer grado.

A la hora de hablar de los permisos penitenciarios, hay que hacer una distinción, pues bajo esta rúbrica se recogen dos modalidades que poco o nada tiene que ver entre sí; a saber, los denominados ordinarios y los extraordinarios. Curiosamente, ambos se recogen en la Ley Orgánica General Penitenciaria dentro del Título dedicado al régimen penitenciario, arts. 46 y 47, cuando si algo caracteriza a los ordinarios no es sino que son un importante elemento del tratamiento, un instrumento directamente encaminado a la reinserción en la medida en que suponen una toma de contacto temporalmente limitada con el entorno exterior, de forma que bajo una fórmula de autogobierno sujeta a condiciones, el individuo inicia la vuelta a la sociedad en libertad.

Junto a ellos, participan también de la naturaleza de permisos las salidas del art. 114 RP y las salidas terapéuticas en las medidas de seguridad privativas de libertad.

La posibilidad de conceder permisos penitenciarios conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social, contribuyendo a la corrección y readaptación del penado, integrándose en el sistema progresivo, dentro del tratamiento, de forma que su finalidad es preparar para la vida en libertad, al tiempo que dan respuesta al derecho del interno a que se facilite su relación con el exterior, siendo el contacto con la sociedad un factor que le capacita para su excarcelación y neutraliza o reduce el efecto desocializador de la pena¹²³¹.

No obstante, para BUENO ARÚS¹²³², esa vinculación de los permisos al tratamiento no sería indispensable, pues los permisos pueden concederse a los internos preventivos, que son ajenos a él; y porque cabe progresividad en el sistema penitenciario al margen del tratamiento, siendo a aquella a la que ha de vincularse la clasificación, la asignación de los distintos regímenes y la creciente atribución de responsabilidades y libertad. De ello deriva que, si hay tratamiento penitenciario, la clasificación y la posibilidad de disfrute de permisos estarán ligadas a él; pero si no lo hay, tanto una, como la otra, dependerá de la valoración de la personalidad del interno realizada por otros medios, conforme al art. 239.3 RP y con ella los indicios de socialización o de peligrosidad que presente. Se concluiría así que los permisos penitenciarios serían “una institución de prevención especial vinculada al sistema

¹²³¹ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. “Relaciones del interno con el mundo exterior”. En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 249; TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho ...* op. cit., p. 165.

¹²³² BUENO ARÚS, Francisco. “Los permisos de salida... op. cit.

progresivo y a la preparación del interno para su reinserción social, pero no necesariamente un elemento del tratamiento o favorecedor de éste”.

Como señala ARRIBAS LÓPEZ¹²³³, al ser la reeducación y la reinserción social el fin primordial de la pena de prisión, sería prácticamente imposible intentar preparar y capacitar a los internos para vivir en sociedad y en libertad, respetando las normas básicas de convivencia, al margen de aquella, de ahí que el legislador haya diseñado una serie de instrumentos que facilitan la salida del interno del establecimiento para ir adaptándose a la comunidad.

CUELLO CALÓN¹²³⁴ considera que son un verdadero medio de prueba que permite comprobar si se ha alcanzado un grado de resistencia que permita al penado aguantar las tentaciones de la vida, desarrollado un sentido de responsabilidad para no faltar a la palabra dada, siendo un importante instrumento al servicio de la readaptación social del delincuente.

GARRIDO GUZMÁN¹²³⁵, incidiendo en ese mismo planteamiento, considera que serían un estímulo en orden a observar una buena conducta e incrementar la responsabilidad, influyendo favorablemente sobre su psicología; al tiempo destacaría que son la mejor respuesta al problema sexual de los internos. Estarían llamados a prestar grandes servicios a la readaptación social de los internos, finalidad preferente de la moderna ejecución de la pena, rompiendo, al tiempo, la artificialidad del internamiento clásico, siempre que se concedan con responsabilidad y profundo análisis científico de la personalidad del interno.

Los permisos ordinarios de salida penitenciarios son una herramienta trascendental en la ejecución penitenciaria, con efectos positivos para el tratamiento individualizado, y constituyen un elemento esencial para evitar la desocialización y el desarraigo de los penados, configurándose como un instrumento muy útil e importante para la reinserción social y la futura preparación de vida en libertad, siendo además un mecanismo que ha añadido versatilidad al sistema de individualización científica, produciendo el tránsito de un sistema clasificatorio predominantemente estático, a un sistema realmente individualizador y flexible, facilitando por todo ello la consecución del mandato constitucional de la resocialización de los condenados¹²³⁶.

Se constituyen, de esta forma, en un elemento básico dentro del sistema de individualización científica, hasta el punto que, aunque formalmente, en el plano legislativo, no están vinculados a la clasificación en el tercer grado, pudiendo concederse teóricamente el régimen abierto sin haber estado antes de permiso, el disfrute previo de éstos, las salidas progresivas de la prisión, son en la práctica una suerte de escalón intermedio dentro de la clasificación entre el segundo grado y el

¹²³³ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. “Los permisos penitenciarios de salida en el Código Penal”. En: *Diario La Ley*. nº 9065, 2017.

¹²³⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 505.

¹²³⁵ GARRIDO GUZMÁN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria...* op. cit., pp. 426-427; GARRIDO GUZMÁN, Luis. “Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario español”. En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº Extraordinario 2, octubre 1989, pp. 66-67.

¹²³⁶ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. “En contra de la «cadena perpetua» en España (una vez más). A propósito del populismo político actual”. En: *Diario La Ley*, nº 3304, 2018.

régimen de semilibertad, o lo que es lo mismo, la ausencia de disfrute de permisos de salida ordinarios es una dificultad añadida a la progresión al tercer grado¹²³⁷. No en vano el Tribunal Constitucional ha declarado que los permisos ordinarios son funcionales para el acceso a regímenes de semilibertad¹²³⁸.

No son meros beneficios penitenciarios o recompensas por el buen comportamiento, si bien son un importante elemento del tratamiento, siendo un instrumento de fortalecimiento de los vínculos familiares, reductor de las tensiones propias del internamiento y del distanciamiento de la realidad cotidiana¹²³⁹.

Los permisos de salida se vinculan con la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, en definitiva, con la prevención especial, pues si el interno sigue siendo parte de la sociedad, tiene derecho a mantener los vínculos con el mundo exterior¹²⁴⁰.

En el caso de los permisos extraordinarios, esta finalidad resocializadora es muy limitada, tan solo en lo referente al mantenimiento de los vínculos afectivos o personales, mas, en realidad responden a una idea humanitaria o de necesidad, pues ese es el planteamiento que subyace en la causa de su concesión. En suma, en ellos prevalece el carácter meramente regimental.

En el plano normativo, se recogen en Suecia desde 1938; en Alemania 1940; en Cuba 1940; Holanda desde 1953; en Francia en 1949. En España, ya el coronel Montesinos los autorizaba en el presidio de Valencia y, con anterioridad a la primera referencia normativa – el Real Decreto 2273/ 1977, de 29 de julio, que modifica el art. 109, apartado 2.c y d del Reglamento de Servicios de Instituciones Penitenciarias-, se autorizaban para casos de graves desgracias familiares¹²⁴¹. Sin plasmación normativa alguna, hay referencias de su existencia, si bien sin responder a un diseño tratamental, en la etapa republicana, en el periodo en el que Victoria Kent estuvo al frente de la Dirección General de Prisiones¹²⁴². También, sin respaldo normativo, con una concepción más tratamental, hay que citar la experiencia de Lusier, director del establecimiento penitenciario del cantón suizo de Valais¹²⁴³.

¹²³⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “La ejecución de las penas... op. cit., pp. 123-124.

¹²³⁸ STC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112).

¹²³⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho ...* op. cit., p. 165. En el mismo sentido, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 299.

¹²⁴⁰ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 203.

¹²⁴¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 507.

¹²⁴² MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República*. Madrid: Marcial Pons, 2020, pp. 159-164.

¹²⁴³ GARRIDO GUZMÁN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria...* op. cit., p. 428.

1.2 Naturaleza

Superada ya la conceptualización premial¹²⁴⁴ de los permisos penitenciarios como recompensa¹²⁴⁵, caben diversos planteamientos sobre su naturaleza. En ocasiones en la doctrina se refieren a ellos como *derecho condicionado*¹²⁴⁶. En concreto, MIR PUIG (Carlos)¹²⁴⁷ entiende que son un *derecho subjetivo condicionado* al cumplimiento de los requisitos legales, siempre y cuando no concurra alguna circunstancia subjetiva que impida lograr la reeducación y la reinserción social del penado; y ello porque en el art. 4.2 e) RP reconoce el derecho a las relaciones con el exterior, incluyéndose en el *Preámbulo* de aquel los mismos dentro del elenco de contactos con el exterior; y aun admitiendo que no se recogen en la enumeración de derechos del art. 3 LOGP, ello obedecería a que en él solo se recogerían algunos de ellos como persona, no como derivados de la relación penitenciaria.

En otras ocasiones, se alude a los permisos como *derecho que surge de la relación penitenciaria*¹²⁴⁸; pero también a ellos se han referido como *estímulo* a los reclusos, dentro del tratamiento, para observar buena conducta y, sobre todo, para hacerles adquirir un sentido más profundo de su propia responsabilidad¹²⁴⁹; o *derecho limitado*¹²⁵⁰. Cuando no como *derecho subjetivo de concesión automática* a aquellos internos que tengan cumplida la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta, calificación dada bajo el argumento de que el art. 4 RP incluye las salidas al exterior previstas legalmente entre los derechos del recluso¹²⁵¹.

La simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios con el mandato constitucional del art. 25 CE no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional¹²⁵². Más en concreto, reiteradamente ha señalado que este precepto no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato

¹²⁴⁴ En este sentido, destacando su carácter benévolo y humanitario, CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna Penología...* op. cit., p. 505.

¹²⁴⁵ Así se recogió en el art. 109.2 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, tras su reforma operada por RD 2273/1977, de 29 de julio.

¹²⁴⁶ BUENO ARÚS, Francisco. "Relaciones entre la prisión y la sociedad". En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº 7, 1993, pp.23-25.

¹²⁴⁷ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., pp. 205-206.

¹²⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja *Principios Fundamentales...* op. cit., pp. 199-206.

¹²⁴⁹ GARRIDO GUZMÁN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria...* op. cit., p. 426.

¹²⁵⁰ Sería un derecho en la medida que enlaza con la finalidad reinsertadora del art. 25 CE, pero se excluiría de tal categoría por no ser un beneficio o recompensa en el texto de la LOGP, siendo en ella un instrumento de fortalecimiento de los vínculos familiares y mantenimiento de los lazos con la sociedad, estando sometidos no solo al cumplimiento de unos requisitos objetivos- cuarta parte del cumplimiento y estar clasificado en segundo o tercer grado-, sino también a otros subjetivos - buena conducta y que no se presuma el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o perjuicios para la futura puesta en libertad-. En GARRIDO GUZMÁN, Luis. "Los permisos de salida..." op. cit., p. 68.

¹²⁵¹ JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de...* op. cit., pp. 147-188, recoge la referencia para rechazar tal calificación.

¹²⁵² Entre otras, SSTC 75/1998, de 31 de marzo (ROJ: STC 75/1998 - ECLI:ES:TC:1998:75); 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88); 137/2000, de 29 de mayo (ROJ: STC 137/2000 - ECLI:ES:TC:2000:137); y 194/2002, de 28 de octubre (ROJ: STC 194/2002 - ECLI:ES:TC:2002:194).

al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende, a través de él, que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad¹²⁵³. Dicho con otras palabras, aunque tal regla puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente, en sí misma, de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Simplemente se trata de una materia en la cual el interno tiene un interés legítimo¹²⁵⁴

En esta misma línea, el TEDH¹²⁵⁵ ha declarado que el que las decisiones de las autoridades penitenciarias denegando un permiso penitenciario estén sujetas a revisión judicial, no les confiere la categoría de un derecho. La concesión de un permiso, aunque se reúnan los requisitos establecidos en la ley, no es automática, correspondiendo la valoración de las circunstancias del penado a las autoridades administrativas y, en último término, a la autoridad judicial. La revisión de la decisión por esta última es una garantía de la propia aplicación por las autoridades administrativas de la legislación penitenciaria frente a eventuales abusos o arbitrariedades, siendo una garantía del cumplimiento de la finalidad reeducadora y reinsertadora. La ausencia de un derecho no excluye, no obstante, la existencia de un interés por parte de los reclusos como beneficiarios potenciales de los permisos, lo que explica su presencia en los procesos judiciales sobre la materia.

El Tribunal Constitucional ¹²⁵⁶ ha proclamado que los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, a fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria, pero su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley, antes bien deben darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines de aquellos, circunstancias ha de ser explicitada al pronunciarse sobre la concesión o denegación de los mismos. Esos factores que justifican la denegación pueden ser, entre otros, 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

¹²⁵³ SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 19/1988, de 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19); 28/1988, de 23 de febrero (ROJ: STC 28/1988 - ECLI:ES:TC:1988:28); 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150); 209/1993, de 28 de junio (ROJ: STC 209/1993 - ECLI:ES:TC:1993:209); 72/1994, de 3 de marzo (ROJ: STC 72/1994 - ECLI:ES:TC:1994:72); 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112); 2/1997, de 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); y 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81); AATC 15/1984, de 11 de enero (ROJ: ATC 15/1984 - ECLI:ES:TC:1984:15A); 486/1985, de 10 de julio (ROJ: ATC 486/1985 - ECLI:ES:TC:1985:486A); 303/1986, de 9 de abril (ROJ: ATC 303/1986 - ECLI:ES:TC:1986:303A); y 780/1986, de 15 de octubre (ROJ: ATC 780/1986 - ECLI:ES:TC:1986:780A).

¹²⁵⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 299.

¹²⁵⁵ Decisión de no admisión de 22 de enero de 2013.

¹²⁵⁶ STC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112); 2/1997, de 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); y 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88).

quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito.

Como recoge URÍAS MARTÍNEZ ¹²⁵⁷, este tipo de ventajas dispuestas legalmente operan de cara a los reclusos de un modo muy similar al derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se trataría del derecho a un procedimiento o a un recurso específico, sino de un derecho genérico que se concreta, de acuerdo con las decisiones del legislador, en el acceso a los beneficios o en obtener una respuesta motivada en caso de que, por las razones legalmente dispuestas, no proceda la concesión del beneficio.

Aunque se trata de un tema sobre el que la práctica hoy en día es unánime¹²⁵⁸, su consideración como cuestión ajena a la ejecución, con la consecuencia de que el eventual recurso de apelación contra la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, su conocimiento, correspondería a la Audiencia Provincial del lugar del establecimiento en el que se tomó la decisión inicial, cabe plantear si los permisos forman parte de ella, lo que determinaría que el conocimiento del recurso correspondería al sentenciador. Así, un sector doctrinal entiende que se trata de una institución que afecta a la efectividad de la pena privativa de libertad impuesta y, por ello, sería una cuestión incardinable en la ejecución de la condena¹²⁵⁹, mientras que otro considera que se trata de una mera cuestión regimental¹²⁶⁰. Como también hay quien considera que, aunque con carácter general formen parte de la ejecución penal, en ciertos casos, sin embargo, forman parte del régimen -permisos urgentes-¹²⁶¹.

¹²⁵⁷ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. "El valor constitucional... op. cit., p. 72.

¹²⁵⁸ En este sentido son claras las SSTs 965/2022 y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621 y ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660), dictadas en unificación de doctrina, que los enmarcan en el régimen penitenciario, frente a la clasificación, que se encuadra en la ejecución de penas.

¹²⁵⁹ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. "Recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria". En: *Revista Universitaria de Derecho Procesal*. nº 1, 1988, p. 139; MORAL GARCÍA, Antonio del. "Recursos frente a las resoluciones de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria". En: *Guía práctica de Derecho penitenciario*. dir. LEÓN ALAPONT, José. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022, p. 268.

A favor de esta tesis cabría además invocar los AATS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: ATS 17256/2009 - ECLI:ES:TS:2009:17256A) y de 22 de febrero de 2017 (ATS 1398/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1398A), los cuales, cuando entienden que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para aprobar las salidas terapéuticas en las medidas de seguridad privativas de libertad, invocan a favor de tal criterio que, al amparo del art. 94 LOPJ, aquella se encuadra en las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad.

¹²⁶⁰ BUENO ARÚS, Francisco. "Los permisos de salida... op. cit.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Recursos contra las decisiones del juez de vigilancia penitenciaria". En: *Revista del Poder Judicial. Número Especial III: Vigilancia penitenciaria*, nº 3, 1988.

¹²⁶¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Relaciones entre la Administración penitenciaria y los jueces de vigilancia". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, p. 86 y 98.

1.3 Permisos extraordinarios

Los permisos extraordinarios, a que se refiere el art. 47.1 LOGP, tienen un carácter puramente regimental y solo muy tangencialmente, como ya se ha señalado, en un sentido amplio del tratamiento, como fortalecedores de los vínculos familiares y afectivos, cabría entender que tienen alguna relación con aquel. Por ese motivo responden a una causa específica de carácter excepcional y muy relevante para la vida del interno; en concreto la Ley Orgánica General Penitenciaria se refiere al fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, supuestos que se complementan con una cláusula abierta, *cuando medien importantes y comprobados motivos*; cláusula que en art.155.1 RP se acota al exigir que estos últimos sean de *análoga naturaleza* a los citados de forma expresa. Precisamente, con relación a esta puntualización en vía reglamentaria, RENART GARCÍA¹²⁶² pone de manifiesto su desigual valoración por la doctrina y la jurisprudencia penitenciaria, de forma que, mientras algunos autores sostienen que esta acotación tiene como fin descartar supuestos del tipo bautizos, bodas o comuniones, por no ser equiparables a un fallecimiento, enfermedad o alumbramiento, para otros su finalidad es justo la contraria.

Los permisos extraordinarios responden a principios humanitarios¹²⁶³ y, tal y como ha señalado el TEDH¹²⁶⁴, la no atención de situaciones que lo requieran -negativa a conceder un permiso a un interno para visitar a un familiar enfermo o para acudir al funeral de un familiar-, constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar del art. 8 CEDH.

Por ello cabría afirmar que se trata de un auténtico derecho, a diferencia de los permisos ordinarios, que no admiten tal caracterización y que no son sino un mero instrumento del tratamiento. Como argumentos adicionales para llegar a esta conclusión, cabe señalar la ausencia de limitación en cuanto al número de ellos; la no exclusión de su concesión en caso de quebrantamiento previo y su exclusión del régimen sancionador; en la anterior regulación, la compatibilidad con los ordinarios; y el uso de fórmulas imperativas en la redacción de los preceptos a ellos referidos -frente a las potestativas en los permisos ordinarios-¹²⁶⁵.

Cabe denegarlos, no obstante, por circunstancias excepcionales, que hay que entender ligadas generalmente a motivos de seguridad.

La casuística relativa a los eventos susceptibles de ser considerados para su concesión es variada. No lo sería así el cumplimiento de la mayoría de edad de un hijo¹²⁶⁶. Algún pronunciamiento judicial¹²⁶⁷, admite la boda de un hijo como causa para

¹²⁶² RENART GARCÍA, Felipe. "Los permisos de salida en el derecho comparado". Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2010, pp. 27-28.

¹²⁶³ STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

¹²⁶⁴ SSTEDH de 12 de noviembre de 2002, *asunto Płoski c. Polonia* y de 29 de noviembre de 2011, *asunto Giszczak c. Polonia*.

¹²⁶⁵ RENART GARCÍA, Felipe. "Los permisos de salida... op. cit., pp. 30-33.

¹²⁶⁶ ATS 1849/2019, de 22 de febrero (ROJ: ATS 1849/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1849A).

¹²⁶⁷ AJVP Andalucía nº 3 (Málaga) de 11 de octubre de 1999.

su concesión, en la medida en que se trata de un hecho que crea un vínculo de parentesco muy próximo, a diferencia de acontecimientos meramente religiosos (bautizos, comuniones, confirmaciones...). Otros¹²⁶⁸, sin embargo, sí dan relevancia a estos últimos eventos (una comunión), por considerarlos muy significativos en la vida de un pariente muy próximo.

Lo que no sería dable es ir más allá el grado de parentesco o vínculo referido en la norma, por lo que no procede considerar tales hechos como supuesto habilitante más allá del parentesco en segundo grado, pues ni siquiera tal situación es considerada en otras áreas de la legislación relativas precisamente a facilitar la vida familiar, sirva de ejemplo los permisos laborales por fallecimiento de un ser querido¹²⁶⁹.

Por su parte, el art. 155.4 RP contempla la posibilidad de conceder esta clase de permisos por razones médicas, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, con una duración de hasta doce horas para consulta ambulatoria extrapenitenciaria de los penados clasificados en segundo o tercer grado, así como permisos extraordinarios de hasta dos días de duración cuando los mismos deban ingresar en un hospital extrapenitenciario. En este caso la duda surge en torno a si se trata de un auténtico derecho de los internos, no ya a elegir facultativo, antes bien, a elegir centro hospitalario de intervención, todo ello al amparo del art. 36 LOGP, que reconoce el derecho a solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las Instituciones penitenciarias¹²⁷⁰. Frente a tal planteamiento, cabe alegar que tras el concepto de permiso extraordinario subyace la idea de excepcionalidad – entre otros motivos por razones de seguridad y la propia esencia del contenido de la pena de privación de libertad -, por lo que solo cuando no es posible llevar a cabo la finalidad por otra vía es cuando procede acudir a aquella; de hecho, el art. 155 RP usa el verbo *podrán* y *deban* y no *tienen derecho*, lo que excluye la mera contingencia e implica necesidad. Cabe añadir que el derecho a ser atendido por profesional de su elección, salvo motivos de seguridad, que reconoce el art. 36 LOGP, no comporta como necesaria la consecuencia de que esa prestación lo sea en el lugar que elija el interno, al margen de la organización penitenciaria. Por ello si el padecimiento del interno puede ser perfectamente atendido en la sanidad pública, esto es en la forma ordinaria prevista en el modelo de atención sanitaria penitenciaria, arts. 209 y siguientes RP, no media necesidad. Este planteamiento tiene además en cuenta que los hospitales públicos cuentan con unas dependencias específicamente penitenciarias, con las pertinentes medidas de seguridad, dependencias *ad hoc*, amén que ello redunde en la optimización de los recursos públicos derivada de la organización de la custodia.

Los permisos extraordinarios por razones médicas se conceden con las medidas de seguridad adecuadas -custodia por al Fuerza Pública-, salvo cuando se trate de penados clasificados en tercer grado, o penados clasificados en segundo grado que disfruten habitualmente de permisos ordinarios de salida, en cuyo caso podrán concederse en régimen de autogobierno, tal y como recoge el art. 155.5 RP. No obstante,

¹²⁶⁸ AAP Valladolid (2ª) de 19 de abril de 2002.

¹²⁶⁹ En la Función Pública y Estatuto de los Trabajadores se pone el límite en los parientes colaterales de segundo grado.

¹²⁷⁰ AAP Segovia de 21 de enero de 2019.

esta última mención admitiría otra interpretación en el sentido que el permiso extraordinario del art. 155.4 RP está reservado para los penados en régimen ordinario que disfrutaban habitualmente de permisos ordinarios y para los internos en régimen abierto con otro tipo de medidas o sin ellas¹²⁷¹.

1.4 Permisos ordinarios

1.4.1 Concepto

El art. 47.2 LOGP y, en desarrollo de aquel, el art. 154.2 RP, recoge los permisos ordinarios de salida, los cuales no son sino un instrumento al servicio del cumplimiento de la finalidad de reeducadora y reinsertadora de la pena recogida en el art. 25 CE, estando destinados a preparar la vida en libertad. Se encuadran así, por su esencia, en el tratamiento, por mucho que la Ley Orgánica General Penitenciaria los acoja en el Título II, dedicado al régimen.

Ya la Orden Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 4 de octubre de 1978, sobre instrucciones para la concesión de permisos de salida a los internos, reflejaba que la experiencia obtenida hasta entonces -con referencia a la modificación por RD 2273/ 1977, de 29 de julio, del art. 109. 2 c) y d) del Reglamento de los Servicios Prisiones- había sido satisfactoria respecto de los internos clasificados en segundo grado, no así respecto de los de primer grado, en que se habían superado los límites de tolerancia que una medida de este género podía admitir desde la perspectiva de defensa social.

La posibilidad de conceder permisos a los internos clasificados en primer grado, dada la naturaleza primigenia premial de la institución, se mantuvo en el *Anteproyecto de Ley Orgánica* de 10 de mayo de 1978, excluyéndose definitivamente del texto del *Proyecto de Ley General Penitenciaria* de 15 de septiembre de 1978, pese al infructuoso intento en contrario del Grupo *Socialistes de Catalunya* en el Congreso¹²⁷².

Los permisos ordinarios, junto con la clasificación en tercer grado -con el régimen abierto que puede acompañarle- y la libertad condicional, se encuadran dentro de los instrumentos diseñados por el legislador en orden a impulsar, reforzar y garantizar la adecuada operatividad del tratamiento penitenciario. Favorecen un retorno adecuado a la convivencia y propiciando un mejor pronóstico de que el penado no volverá a lesionar los relevantes bienes jurídicos que el Derecho Penal tutela, todo ello en provecho de su propia personalidad, así como para beneficio de la comunidad en la que se integra. Cuentan, además, con una vertiente potenciadora de la implicación del penado en el seguimiento y la observancia de la pauta correccional y resocializadora prevista, al tiempo que preparan progresivamente al interno para su retorno a la vida en libertad, sirviendo además de mecanismo que chequeo la eficacia del tratamiento¹²⁷³.

¹²⁷¹ RENART GARCÍA, Felipe. "Los permisos de salida... op. cit., p. 30. Cita en tal sentido el AP de Zaragoza (3^a) 76/2008.

¹²⁷² RENART GARCÍA, Felipe. "Los permisos de salida... op. cit., p. 74.

¹²⁷³ STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

Son una medida imprescindible para una adecuada reinserción social y favorecen la reducción de las tensiones existentes dentro de los propios establecimientos penitenciarios, lo que los liga a la prevención especial. Y ello sin perjuicio que el art. 42.2 c) LOGP, dentro del catálogo de sanciones, contempla su privación como una de ellas, por lo que es un elemento también del régimen, como una reminiscencia del pasado, coherente con la consideración de aquellos como una recompensa en la legislación anterior¹²⁷⁴.

Los permisos dentro del fin resocializador de la pena que se lleva a cabo con el tratamiento, son funcionales para el acceso a regímenes de semilibertad ¹²⁷⁵, generalmente, aunque no de forma imprescindible, el primer paso para el retorno a la libertad.

Así se ha señalado que una cosa es el comportamiento del que ha podido hacer gala el interno en el establecimiento y otro el que pueda desarrollar en libertad, por lo que, en orden a validar el pronóstico inicial, se hace necesario que las salidas de los internos empiecen con permisos ordinarios de muy corta duración, con control y seguimiento sobre él, para ir aumentando posteriormente como paso previo al tercer grado¹²⁷⁶.

1.4.2 Requisitos

Como requisitos necesarios, o quizás más bien presupuestos, para la autorización de los permisos ordinarios, recoge el art. 47.2 LOGP, además de estar clasificado en segundo o tercer grado, el haber extinguido la cuarta parte de la condena y no haber observado mala conducta.

La exclusión del acceso a los permisos ordinarios por parte de los internos clasificados en primer grado no ofrece duda alguna, pues precisamente ello obedece a la mala experiencia habida en la legislación anterior. No obstante, SOLAR CALVO¹²⁷⁷ se muestra contraria a esta exclusión por entender que los permisos ordinarios en estos casos rebajarían el carácter eminentemente asegurativo del régimen cerrado, al tiempo que ayudaría a romper la dinámica de enfrentamiento institucional en la que los internos clasificados en primer grado suelen estar inmersos.

MIR PUIG (Carlos)¹²⁷⁸ pone de manifiesto que hay quien cuestiona que pueda excluirse de ellos a los penados no clasificados y que hayan cumplido la cuarta parte de la condena, citando al efecto tal posibilidad recogida en la Circular de la DGIP de 17 de noviembre de 1981; se invocaría al efecto el derecho a la igualdad frente a los sí clasificados, cuando esta situación es un hecho que no depende del penado. Por otro lado, consideraría que se extienden a los preventivos, por la remisión que contiene el

¹²⁷⁴ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., pp. 203-204.

¹²⁷⁵ STC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112).

¹²⁷⁶ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "Los permisos penitenciarios..." op. cit.

¹²⁷⁷ SOLAR CALVO, María del Puerto. *El sistema penitenciario español...* op. cit. Madrid: BOE, 2019, p.107.

¹²⁷⁸ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 208.

art. 48 LOGP y 159 RP; postura que comparte SOLAR CALVO¹²⁷⁹. Esta última entiende que servirían para paliar la injusticia material que acompaña su situación en prisión, pues no hay que olvidar que aquella tiene características regimentales más negativas que las de los que ya han sido condenados y se encuentran clasificados en segundo grado.

Sin embargo, frente a esta última afirmación, hay que decir que tal remisión que se recoge el art. 48 LOGP se circunscribe a los permisos extraordinarios. La propia naturaleza y finalidad del permiso ordinario, la preparación para la vida en libertad, lleva al tratamiento, a la prevención especial, conceptos que presuponen la previa condena, y de los cuales, por respeto a la presunción de inocencia, están excluidos los sujetos sometidos a la medida cautelar privativa de libertad. Pero es que, además, la prisión provisional se justifica por una finalidad asegurativa, bien ante el riesgo de fuga, bien para la preservación de las pruebas o bien para evitar el riesgo de la reiteración delictiva. Las dos primeras finalidades chocan frontalmente con una eventual puesta en libertad en régimen de autogobierno, pues de no existir el riesgo, lo procedente no es la concesión de un permiso ordinario, antes bien la puesta en libertad. En cuanto a la última posibilidad, la reiteración delictiva, amén de implicar una actividad valorativa que lleva al propio tratamiento, si como consecuencia de la observación y técnicas de aquel, en la medida en que pudiera proyectarse en algún aspecto aún en la fase cautelar del procedimiento penal, ello conduciría a la misma respuesta: desaparecido el riesgo, lo procedente es la cesación de la prisión provisional.

Con relación al requisito cronológico, se reproduce aquí toda la problemática que concurre en la libertad condicional para el supuesto de concurrir varias penas; esto es, es necesario, aunque no hay previsión legal expresa alguna, considerar el principio de unidad de ejecución, pues otra solución sería absurda e incompatible con el diseño del tratamiento.

En el caso de que se haya acordado por el juez o tribunal sentenciador la aplicación del periodo de seguridad del art. 78 CP, por ser la pena resultante de la acumulación jurídica, art. 76.1 CP, inferior a la mitad de la duración de las penas acumuladas, la consideración de la cuarta parte de cumplimiento se hará con relación a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias y no con referencia al límite de cumplimiento.

Por otro lado, hay que hacer una puntualización. En el caso de la pena de prisión permanente revisable, es el Código Penal, no la Ley Orgánica General Penitenciaria, el que fija unos tiempos mínimos, art. 36.1, de doce años, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, y de ocho años, en el resto de los casos. CERVELLÓ DONDERIS¹²⁸⁰ y FERNÁNDEZ BERMEJO¹²⁸¹ destacan con relación a estos plazos, que los parámetros que se manejan para el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y para el disfrute de los permisos

¹²⁷⁹ SOLAR CALVO, María del Puerto. *El sistema penitenciario español...* op. cit. Madrid: BOE, 2019, pp.108 y 109.

¹²⁸⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 4ª ed... op. cit., p. 326.

¹²⁸¹ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. "En contra de la «cadena perpetua»... op. cit.

ordinarios de salida, son superiores a los que corresponde a la pena de prisión, pues se toma como referencia mínima una duración de la pena de 32 y 48 años respectivamente.

Estos plazos serán aplicables incluso cuando concurra la pena de prisión permanente revisable con una pluralidad de penas de esa misma clase u otras¹²⁸², pues no hay norma alguna específica.

RODRÍGUEZ YAGÜE¹²⁸³ destaca que el régimen contemplado para los permisos ordinarios en la pena de prisión permanente revisable se endurece con respecto a las penas de prisión, incrementando el tiempo mínimo de cumplimiento, si bien ante la imprevisión del legislador con relación al establecimiento de un régimen diferenciado de acceso a los permisos para el caso de la acumulación delictiva, puede darse el caso que en los supuestos de acumulación jurídica de penas de prisión éstos sean superiores, conforme resulta del periodo de seguridad del art. 78 CP.

En contra de este criterio, ARRIBAS LÓPEZ¹²⁸⁴ sostiene que, tanto en el supuesto de concurrencia de la pena de prisión permanente revisable con otras penas, como en el del art. 78 CP, ha de acudir a un criterio interpretativo que eleva los plazos mínimos en proporción al tiempo previsto para, en estos casos, acceder al tercer grado y libertad condicional, y ello porque considera que subyace también en los permisos los mismos motivos que han llevado al legislador a establecer un régimen especial en aquellas otras dos instituciones, además de la progresividad del tratamiento que exige una coordinación en los plazos en orden al acceso a regímenes de semilibertad. Sin embargo, en este planteamiento subyace la utilización de una técnica interpretativa proscrita en el ámbito penal, la analogía en *malam partem*, lo que lo hace rechazable.

Así como el grado de clasificación y el tiempo de cumplimiento mínimo tienen una naturaleza puramente objetiva, respecto de ellos tan solo cabe su constatación al margen de otras consideraciones en torno al sujeto, con la referencia a la no observación de mala conducta caben diversos planteamientos.

Por un lado, podría entenderse, dando un matiz objetivo al requisito, que basta la concurrencia de alguna sanción disciplinaria no cancelada para entender que no procede el disfrute de permisos¹²⁸⁵. La ventaja de esta línea interpretativa es la seguridad jurídica, amén de la fácil constatación práctica.

Sin embargo, este planteamiento choca con una observación y entendimiento conjunto de la normativa. En tal sentido, RENART GARCÍA¹²⁸⁶ considera que las Juntas de Tratamiento han de ser cautelosas si pretenden identificar la *no observación de mala*

¹²⁸² STS 298/2017, de 27 de abril (ROJ: STS 1592/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1592).

¹²⁸³ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "La ejecución de las penas... op. cit., p. 128.

¹²⁸⁴ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "Los permisos penitenciarios... op. cit.

¹²⁸⁵ Este es el criterio que recogen los AAP Valladolid (2ª) 78/2008, de 11 de abril (ROJ: AAP VA 141/2008) y AAP Valladolid (2ª) 243/2011, de 3 de junio (ROJ: AAP VA 435/2011 - ECLI:ES:APVA:2011:435A), en los cuales se entiende que el interno posee el requisito de buena conducta cuando carece de sanciones pendientes de cancelar, no siendo suficiente con el cumplimiento de las mismas, antes bien se exige que haya transcurrido el plazo de cancelación para evidenciar un cambio de conducta, amén que conforme al Art. 262 RP, solo cuando se cancelan las sanciones se sitúa al interno en la misma posición que si no se hubieran cometido.

¹²⁸⁶ RENART GARCÍA, Felipe. "Los permisos de salida... op. cit., pp. 145-147.

conducta con la transgresión de las normas disciplinarias dado que el catálogo de aquellas, que se remonta a los preceptos en vigor del RP1981, se trata de infracciones “en gran medida, trasnochadas o ajenas a los fines disciplinarios, repletas de conceptos vaporosos e indeterminados, engendradas con una técnica normativa más que dudosa cuando no contradictorias, impropias de los principios que informan un Estado social y democrático de Derecho, de cuestionable lesividad y, sobre todo, con abusivas remisiones a normas de régimen interior que vulneran no solo el principio de reserva de ley sino también el principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la CE”; por ello propondría que “la valoración de este requisito se asentara, entre otros, sobre todos aquellos elementos que denoten un alejamiento del delito y una colaboración del interno en el buen éxito del tratamiento”. Al tiempo destacaría que llama la atención que en esta materia se emplea el término *no observar mala conducta*, frente a aquel otro que se usa al regular la libertad condicional, *buen conducta*, conceptos que entiende no son sinónimos pues mientras el primero coloca la carga de la prueba sobre la Administración, el segundo lo hace, con mal criterio a juicio de este autor, sobre el penado.

En esta línea, FERNÁNDEZ BERMEJO¹²⁸⁷ considera que la comisión de una infracción disciplinaria no implica por sí necesaria y objetivamente una mala conducta, antes bien, es una mera acción incorrecta, por lo que no debería de suponer un obstáculo para el estudio individualizado del permiso, pues sostener un criterio objetivo basado en el automatismo de la denegación por la concurrencia de aquella, se aparta del espíritu resocializador perseguido por la norma.

NAVARRO VILLANUEVA¹²⁸⁸ considera que la exigencia de buena conducta, que entiende se suele identificar con ausencia de sanciones, es un requisito inadecuado, en primer lugar por su carácter indeterminado, que pondría en tela de juicio el principio de legalidad; en segundo lugar, porque si conforme al sistema de individualización científica lo relevante sería la reeducación y reinserción social de penado, resulta que estas metas no están necesariamente relacionadas con el comportamiento carcelario, sin perjuicio que pueda ser éste un indicio de aquellas; y, por último, porque resulta requisito reiterativo e innecesario, por ser un dato ya de por sí a tener en cuenta a la hora de concesión de un permiso o algún beneficio -e incluso la progresión de grado-, mas no el único dato a tener en cuenta.

CERVELLÓ DONDERIS¹²⁸⁹ destaca que asociar la buena conducta a la no existencia de expedientes disciplinarios abiertos supone ignorar el resto de variables del comportamiento que analizan la evolución del interno, al tiempo que supone prescindir de un mínimo análisis individualizado de las sanciones existentes, las cuales es posible que no tengan ninguna relación con la salida al exterior, amén que se estaría generando una nueva consecuencia anudada al cumplimiento de una sanción, como es su afección a la petición posterior de figuras penitenciarias.

La STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859)¹²⁹⁰ rechaza el automatismo en la aplicación de los instrumentos

¹²⁸⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica...* op. cit., pp. 453-454.

¹²⁸⁸ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. “El papel del juez de vigilancia...” op. cit., pp. 182-284.

¹²⁸⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Individualización garantista...” op. cit., p. 245.

¹²⁹⁰ Dictada en unificación de doctrina.

resocializadores al que llevaría el planteamiento objetivo primeramente expuesto, decantándose por un criterio subjetivo, rechazando que la regulación de los permisos penitenciarios ordinarios implique que quienes tengan un expediente disciplinario activo estén privados de su disfrute, antes bien se fija un condicionante, la *ausencia de mala conducta*, que aunque tiene un contenido semántico vinculado con el comportamiento disciplinario, no es su equivalente. La no observación de mala conducta implica que hay que evaluar, bajo el manto del art. 156 RP, la trascendencia que la falta disciplinaria tiene en la evolución del comportamiento del interno; valoración que exige de la contemplación, junto con la incidencia disciplinaria, del resto de parámetros concurrentes -la naturaleza y circunstancias del delito perpetrado en su día; la duración y evolución que el tratamiento penitenciario hubiera tenido hasta la comisión de la infracción; la incidencia o relevancia de la infracción disciplinaria tenga en la evolución hasta entonces observada; la mejora o el perjuicio que pueda derivarse para el tratamiento por la privación del permiso; la incidencia que la falta disciplinaria puede tener para un pronóstico de eventual reiteración; o el tiempo que reste para que el penado, por cumplimiento de la pena, haya de ser necesariamente puesto en libertad; considerando siempre el perfil delictivo del penado-.

Hace también la resolución citada dos puntualizaciones en cuanto al momento a considerar de la concurrencia del requisito. Así, en los casos en los que la falta del requisito de adecuada conducta responda exclusivamente a la existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, el simple transcurso del tiempo prefijado es un presupuesto de hecho ya contemplado en la resolución, de modo que carece de la naturaleza excepcional que permitiría considerar su concurrencia al tiempo del recurso de alzada. Cuando la falta del requisito de adecuada conducta, más allá de la simple existencia de sanciones penitenciarias sin cancelar, responda a la ponderación de esa y otras circunstancias diversas, la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria también habrá de estar a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de éste; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión y que no hubieran sido inicialmente contempladas, puedan ser examinadas en la alzada, siempre tras un debate contradictorio entre las partes intervinientes en el recurso.

Sin embargo, al criterio del Tribunal Supremo, cabe hacerle dos objeciones prácticas. La primera, que con él se puede condicionar la utilidad tratamental de las sanciones en ciertos casos, sirva de ejemplo, si con motivo del permiso ha de interrumpirse el cumplimiento de una sanción de privación de paseos, sanción que implica una restricción del escaso grado de autodeterminación dentro de un establecimiento penitenciario, choca con el amplio margen de aquella que se goza en el disfrute del permiso. En segundo lugar, pueden darse situaciones absurdas en la medida en que infracciones de menor entidad (infracciones graves del art. 109 RP1981) pueden ser castigadas con la privación de permisos por un mes, pero resultaría que infracciones de mayor calado (infracciones del art. 108 RP 1981) no son susceptibles

de tal respuesta y, conforme al planteamiento del Tribunal Supremo, incurrir en ellas no necesariamente suponen la imposibilidad de acceder a un permiso¹²⁹¹.

Ahora bien, los requisitos del art. 47 LOGP, tanto objetivos como subjetivos, no son sino mínimos imprescindibles, y así el art 156 RP exige una la consideración de múltiples factores en orden a realizar una prognosis; a saber: la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento. Son aspectos que, como señala la STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859), permitirán “validar que la evolución del interno se adecúa a una vida en libertad, si bien contrastando la solidez del pronóstico de satisfactoria conducta que sobre él pueda construirse, tanto para prevenir el riesgo de que no retorne al centro penitenciario y quiebre la propia actuación penitenciaria inherente a su condena, como para salvaguardar que su convivencia en el exterior no introduzca el riesgo de comisión de nuevos delitos”.

Ya advertía GARRIDO GUZMÁN¹²⁹², dada la importancia de los permisos penitenciarios con relación a la readaptación social de los internos, de la necesidad de actuar con responsabilidad y del análisis científico de la personalidad de los penados a la hora de la concesión de los permisos por parte de los especialistas del centro penitenciario.

Estos factores se reflejan en términos sumamente difusos e imprecisos, por la necesidad de la individualización en cada interno, pero ello introduce una notable inseguridad y dificulta la previsibilidad de la respuesta, lo cual incide en el principio de legalidad. Cabe traer aquí a colación las palabras de MATA Y MARTÍN¹²⁹³ cuando, analizando el papel de tal principio en el ámbito penitenciario, pone de manifiesto que “la inclusión en la Ley en términos excesivamente vagos... parece contradecir los postulados básicos del principio”.

Como señala RIOS MARTÍN¹²⁹⁴, el empleo de fórmulas genéricas del tipo *falta de consolidación de factores positivos*, no sirven como motivación de la resolución de la Administración, amén que al desconocerse cuáles son aquellos y como modificarlos, se convierten en pronunciamientos inatacables, lo que causa indefensión y favorecen la arbitrariedad, vulnerándose la seguridad jurídica, que exige que toda resolución, por

¹²⁹¹ SÁEZ MALCEÑIDO, Emilio. “Le daban permisos por buena conducta: comentarios a la STS 124/2019, de 8 de marzo, sobre unificación de doctrina penitenciaria”. En: *Diario La Ley*, nº 9444, 2019.

¹²⁹² GARRIDO GUZMÁN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria...* op. cit., p. 427.

¹²⁹³ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “El principio de legalidad...” op. cit., p. 156.

¹²⁹⁴ Así afirma que “el argumento es sencillo: el principio de interdicción de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones no justificadas (STS, antigua Sala 4ª, de 19 de mayo de 1987). El objetivo de este principio es que la actuación administrativa sirva con racionalidad a los intereses generales (art.103.1 CE) y, más específicamente, a que esa actuación venga inspirada por las exigencias del principio de buena administración (STS, Sala 3ª, de 11 de junio de 1991). No se trata tanto de prohibir actuaciones administrativas ilícitas, cuanto de la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación (STS, Sala 3ª, de 17 de abril de 1990)”. En RIOS MARTÍN, Julián Carlos. “La protección jurídica de los derechos de las personas privadas de libertad”. En: *Estudios Jurídicos*, 2005.

razón de los principios de taxatividad y legalidad, esté fundamentada, infringiéndose además aquel otro de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 CE.

Esta conformación que toma como parámetros términos ambiguos e indeterminados, afirma CERVELLÓ DONDERIS¹²⁹⁵, es una de las exteriorizaciones del modelo de ejecución penitenciaria discrecional, que se plasmaría también en la clasificación en tercer grado o como sucede especialmente con la suspensión o prolongación de la prisión permanente revisable y con la concesión y revocación de la libertad condicional, en las que se toma como referencia un pronóstico de peligrosidad. Por todo ello, en aras a aspirar a una individualización más garantista, propondría tres niveles de intervención, que se referirían, en primer lugar al marco de la ley, la cual debería recoger con mayor precisión y claridad los requisitos mínimos objetivos para el alcance de las figuras penitenciarias y el contorno en el que se puede mover la discrecionalidad administrativa; en segundo lugar, la referencia sería la propia Administración, la cual debería clarificar las reglas de aplicación utilizadas en la interpretación de las normas legales con criterios ajustados al enunciado constitucional; y , como último plano, las decisiones administrativas que carezcan de la necesaria motivación y justificación deberían ser sometidas a un procedimiento de revisión judicial. De todas formas debe tenerse en cuenta que “cuanto mayor es la flexibilidad y la individualización, mayor es también la incertidumbre, lo que hace necesario conciliar un nivel básico de seguridad jurídica con el dinamismo que la propia ejecución de la prisión requiere, debiendo fijarse los límites que debe respetar la individualización precisamente para que no sea discrecional, y que en todo caso debe evitar dos riesgos: el primero es que la limitación a la individualización resida en el momento legislativo dejando en manos de la ley la denegación automática de figuras penitenciarias en detrimento de una aplicación individualizada y flexible, y el segundo es que sea la propia Administración la que se autolimite utilizando sistemáticamente estereotipos basados en modalidades delictivas o colectivos de delincuentes en detrimento de un examen individualizado”¹²⁹⁶.

La supervisión que hace el Juez de Vigilancia de la concurrencia de los requisitos para autorizar un permiso lo es con relación al momento de la decisión de la Junta de Tratamiento al tiempo de su adopción, no la concurrencia sobrevenida de ellos, pues otra cosa desvirtuaría la función eminentemente revisora de la actuación administrativa¹²⁹⁷. Aquí sería aplicable el mismo planteamiento que hace el Tribunal Supremo¹²⁹⁸ al analizar la función del Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando revisa los acuerdos clasificatorios en vía de recurso; de esta forma, aquella tiene como objeto la supervisión de la regularidad formal del acto administrativo, sin perjuicio que, excepcionalmente, quepa la consideración de incidencias sobrevenidas en la evolución

¹²⁹⁵ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Individualización garantista... op. cit., pp. 228 y 238.

¹²⁹⁶ *Ibidem*, p. 240.

¹²⁹⁷ AAP Valladolid (2ª) 508/2010, de 15 de noviembre (ROJ: AAP VA 820/2010 - ECLI:ES:APVA:2010:820A); AAP Valladolid (2ª) 171/2017, de 21 de marzo de 2017 (ROJ: AAP VA 322/2017 - ECLI:ES:APVA:2017:322A); AAP Segovia de 20 de octubre de 2010.

¹²⁹⁸ STS 308/2012, de 27 de abril (ROJ: STS 3449/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3449) y 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

del interno, como exteriorización, en este caso, de su vertiente ejecutora de la sentencia condenatoria, esto es *haciendo ejecutar lo juzgado* -art. 11.3 CE-.

1.4.3 Causas de denegación

1.4.3.1 Introducción

El respeto al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva exige que la resolución que deniegue la concesión de un permiso de salida se funde en criterios conformes con los principios legales y constitucionales a los que está orientada la institución, al tiempo que tal motivación, fundamento de la decisión, ha de reflejarse expresamente.

El Tribunal Constitucional ¹²⁹⁹ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de la motivación de la denegación de los permisos penitenciarios, señalando que, en el ámbito general de la tutela judicial efectiva, el alcance del control sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales únicamente se extiende a valorar si las mismas no incurren en irrazonabilidad manifiesta, arbitrariedad o insuficiencia de motivación¹³⁰⁰, pero que ese estándar general de control sufre una modulación en el ámbito de los permisos de salida, por cuanto la situación de prisión sobre la que actúan supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, por lo que en esta materia es exigible una motivación concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de dicho valor superior¹³⁰¹. Que se rechace que la denegación de un permiso de salida lesione el derecho fundamental a la libertad personal, no obsta para que tal decisión afecte de alguna manera a la libertad ya que los permisos "representan para el condenado a una pena privativa de libertad el disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carecen"¹³⁰².

La concesión de un permiso de salida depende no solo del cumplimiento de los requisitos objetivos, sino de la valoración discrecional motivada de la Junta de Tratamiento, Centro Directivo o Juez de Vigilancia Penitenciaria, en su caso. Discrecionalidad en la concesión que viene avalada por la jurisprudencia a la hora de resolver sobre la inadmisión de los recursos de casación en unificación de doctrina¹³⁰³.

Los motivos concretos de denegación de un permiso ordinario pueden obedecer a muy diversas causas, unas de índole procesal, otras penitenciarias, cuando no derivadas de la propia idiosincrasia delictiva.

¹²⁹⁹ STC 75/1998, de 31 de marzo (ROJ: STC 75/1998 - ECLI:ES:TC:1998:75).

¹³⁰⁰ SSTC 14/1991, de 28 de enero (ROJ: STC 14/1991 - ECLI:ES:TC:1991:14); y 148/1994, de 12 de mayo (ROJ: STC 148/1994 - ECLI:ES:TC:1994:148).

¹³⁰¹ SSTC 2/1997, de 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81), y 193/1997, de 11 de noviembre (ROJ: STC 193/1997 - ECLI:ES:TC:1997:193).

¹³⁰² STC 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81).

¹³⁰³ JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de...* op. cit., pp. 147-188.

1.4.3.2 Instrumentos predictivos

Para ayudar a llevar a cabo la toma de decisiones en materia de permisos de salida por parte de la Administración se usan instrumentos predictivos¹³⁰⁴, las llamadas Tablas de Variables del Riesgo (TVR), completadas con la de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (CCP), - en el ámbito del territorio de la SGIP- y el Protocolo RisCavi -CA Cataluña-. Así se ha dicho que la valoración del riesgo de quebrantamiento de permisos realizada con la utilización de instrumentos actuariales fiables y eficaces es una tarea compleja y comprometida, pero importante y tremendamente útil en el proceso de toma de decisiones que deben llevar a cabo los técnicos penitenciarios a la hora de conceder o no un permiso de salida. Son numerosos los estudios que demuestran que las decisiones sobre la posible conducta futura no solo tienen que apoyarse en la experiencia y el juicio clínico de los profesionales, sino que deben emplearse herramientas de predicción y valoración del riesgo precisas y contrastadas. La Tabla de Variables del Riesgo (TVR) y la de Concurrencia de circunstancias peculiares (CCP), responden a un estudio, no actualizado realizado en la mitad de la década de los años noventa del pasado siglo; en la primera de ellas se valoran diez factores (reincidencia, profesionalidad, drogodependencia, ausencia de permisos, extranjería...) que debidamente ponderados, dan un porcentaje, conclusión que se complementa con la CCP, en la cual hacen especiales consideraciones en cuanto a factores tales como naturaleza sexual del delito, violencia, organización delictiva... Por su parte, el Protocolo RisCavi sería un protocolo multi-escala de valoración del riesgo que permitiría pronosticar el riesgo futuro de cuatro tipos de conductas problemáticas; las cuatro escalas serían el quebrantamiento de condena, la violencia intrainstitucional (violencia ejercida por los internos contra otros internos o contra el personal penitenciario), la reincidencia violenta y la violencia auto-dirigida (suicidio, intento de suicidio, autolesiones...). La eficacia predictiva de estos instrumentos no estaría empíricamente contrastada de una forma indubitada¹³⁰⁵.

En el caso de la pena de prisión permanente revisable, la sola consideración de estos instrumentos predictivos, entre ellos la TVR, y los criterios habitualmente usados por la Administración penitenciaria y resoluciones judiciales, harían muy difícil que el penado pueda acceder a un permiso ordinario, al contemplarse factores tales como como la *gravedad del delito*, la *alarma social* derivada de él, inherentes a esta clase de pena; o el *apoyo familiar y social*, que, considerando los plazos de revisión, hace que los vínculos sociales sean prácticamente inexistentes; la necesidad de reproche social; o el fenómeno de la *prisionización* y la *lejanía de las tres cuartas partes de la condena*, derivadas de la duración¹³⁰⁶.

¹³⁰⁴ Circular 22/96

¹³⁰⁵ FÉREZ-MANGAS, David, y ANDRÉS-PUEYO, Antonio. "Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios". En: *La Ley Penal*, nº 134, 2018.

¹³⁰⁶ RIOS MARTÍN, Julián Carlos. *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. San Sebastián-Donostia: Tercera Prensa, 2013, pp. 44-47.

Visión crítica de estos instrumentos tiene también CERVELLÓ DONDERIS¹³⁰⁷, la cual entiende que, en la práctica, “acaba siendo un cuestionario objetivo, generalizador y con exceso de automatismo, que si bien es cierto que no es totalmente vinculante, el hecho de asociar la obtención de derechos penitenciarios a fórmulas matemáticas o programas informáticos, le aleja mucho de ser un procedimiento garantista al primar presunciones en contra del reo que acaban negando la condición de tales figuras como derechos penitenciarios”.

En todo caso, esta clase de instrumentos son una mera ayuda o apoyo a la labor de los técnicos, pero en modo alguno pueden suplantar su labor de toma de decisiones, pues como señala el art. 6 RP, relativo a la *Limitación del uso de la informática penitenciaria*, ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno.

De la exigencia de la necesidad de la expresión de la causa concreta de denegación del permiso y su necesaria conexión con la finalidad de los permisos de salida resultan una serie de causas comúnmente invocadas al efecto. A continuación, se analizan algunas de las invocadas al uso.

1.4.3.3 *Situación jurídica no clarificada*

Este motivo de denegación tendría que ver con circunstancias de carácter procesal, entendiéndose que concurre una situación penal no clarificada cuando media la existencia de causas pendientes. Tal situación supone, por un lado, un riesgo añadido de quebrantamiento y, por otro, un eventual desplazamiento de las fechas de cumplimiento, para el caso de resultar condenado el interno, en definitiva, una seria distorsión en el planeamiento tratamental, tanto por el dato cronológico en sí, como por la mayor significación criminológica de la información relativa al historial delictivo.

A la hora de considerar la existencia de causas pendientes, ha de distinguirse dos supuestos; si aquellas se refieren a hechos anteriores al cumplimiento, puede caerse en el riesgo de estar valorando una conducta penal extrapenitenciaria, no acontecida durante el cumplimiento, lo cual puede vulnerar la presunción de inocencia. No obstante, el estado temporal de esa causa abierta puede resultar relevante.

Cuestión diversa es cuando la causa abierta lo es por un hecho acontecido durante la ejecución penitenciaria, pues en ese caso, con independencia de la valoración de órgano judicial que conozca de ella, tanto la Administración penitenciaria, como el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, están perfectamente legitimados para realizar sus propias consideraciones al margen del proceso penal iniciado. De hecho, no son pocos los supuestos legales en tal sentido (véase art.10 LOGP y la posibilidad de su aplicación provisional hasta que se pronuncie el Centro Directivo, art. 95.3 RP, o las revocaciones de permisos del art. 157.2 RP). Hay actuaciones de los internos con

¹³⁰⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Individualización garantista... op. cit., p. 247.

trascendencia penal que simultáneamente tiene relevancia penitenciaria, sin que por ello se vea afectada la presunción de inocencia, pues esas conductas, pueden implicar, con independencia de otras proyecciones, una exteriorización de una mala evolución tratamental.

Éste planteamiento subyace tras el ATC 114/1997 de 21 de abril (ROJ: ATC 114/1997 - ECLI:ES:TC:1997:114A), resolución dictada con relación al alcance la mala conducta como causa de revocación de la libertad condicional bajo la vigencia del Código Penal de 1973, art. 99 de aquel; el supuesto de hecho considerado en tal pronunciamiento es una revocación del beneficio por considerarse por el Juez de Vigilancia -y la Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación-, como signo inequívoco de mala conducta el hecho de estar el liberado condicional implicado en unas nuevas diligencias penales -en las que incluso se había decretado la medida cautelar de prisión provisional-. Por el recurrente, en su escrito, se habría invocado que el término *mala conducta* había de interpretarse en sentido restringido, pues dicha expresión habría sido incluso suprimida en el Código Penal de 1995 sustituyéndose por la de *inobsevanca las reglas de conducta impuestas*, pidiéndose así el amparo con fundamento en la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Tales alegaciones son rechazadas en el Fto. Jco. 2ª de la resolución citada, que inadmite el motivo, y ello porque la revocación de la libertad condicional se hizo no en base a la comisión de nuevo delito imprejuizado, antes bien, se funda en la mala conducta, en la valoración de los datos y elementos de hecho que disponía el tribunal para calificar la conducta del recurrente, lo cual no es sino una mera cuestión de legalidad. De ello cabe concluir que la consideración de la implicación de un sujeto en unas diligencias penales acontecidas durante el cumplimiento de otra causa puede ser valorado desde un prisma distinto del penal, el penitenciario, que implica la valoración de la evolución conductal del sujeto, al margen de la presunción de inocencia¹³⁰⁸.

1.4.3.4 Procedimiento de extradición u Orden Europea de Detención

También, en conexión con el anterior motivo de denegación, la existencia de procesos penales en trámite, estaría la existencia de un procedimiento de extradición u Órdenes Europeas de Detención. La existencia de una entrega pendiente a un tercer país de un penado es claramente un factor de riesgo a considerar a la hora de pronunciarse sobre la autorización de un permiso. La cuestión ha sido abordada por el Tribunal Constitucional¹³⁰⁹ con ocasión del análisis de la duración de la medida cautelar de prisión provisional acordada en los procesos de extradición; en los supuestos considerados, las autoridades judiciales, en el caso de simultaneidad de tal medida

¹³⁰⁸ En este mismo sentido, esa posibilidad de realizar sus valoraciones desde la perspectiva penitenciaria por el Juez de Vigilancia con relación a los hechos penales en los cuales se pueda ver incurso un penado en el cumplimiento de su condena se reconoce en la STS 425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022).

¹³⁰⁹ SSTC 19/1999, de 22 de febrero; 5/1998, de 12 de enero (ROJ: STC 5/1998 - ECLI:ES:TC:1998:5); 71/2000, de 13 de marzo (ROJ: STC 71/2000 - ECLI:ES:TC:2000:71); y 72/2000, de 13 de marzo (ROJ: STC 72/2000 - ECLI:ES:TC:2000:72).

personal y la ejecución de una pena de prisión habían venido entendiendo, al amparo del párrafo segundo del art. 504.5 LCRM¹³¹⁰, que el tiempo de coincidencia en tales situaciones era de abono al cumplimiento y por ello no cabía tenerlo en cuenta a efectos del límite máximo de duración de la medida de prisión provisional acordada, en el entendimiento de que tal situación no afectaba realmente a la libertad, pues ya estaba privado por otro motivo de ella. Este planteamiento, olvida, sin embargo que la simultaneidad de la privación de libertad bajo esas dos cualidades tiene importante repercusión en el ámbito penitenciario, pues dada la prevalencia de la situación de preventivo sobre la de penado, el sujeto no es clasificado, lo cual impide el acceso a regímenes de semilibertad, libertad condicional y permisos; es decir, el estatus penitenciario del recluso se ve seriamente afectado en estas situaciones al quedar excluido de raíz de los elementos básicos de reinserción del sistema. Se concluyó que no cabía excluir del cálculo de la duración de la medida cautelar esos periodos, si bien se reconoció que si la existencia de tales entregas ya acordadas aumenta el riesgo de fuga durante el disfrute de alguno de los beneficios penitenciarios podrá, en su caso, justificar la toma en consideración de esta circunstancia por la Administración penitenciaria o por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que, dentro de sus respectivas competencias, hayan de autorizarlos.

En caso de no mediar la medida cautelar de prisión provisional, cabe, no obstante, otra solución, cual es autorizar el permiso, pero previo a su disfrute comunicarlo al órgano que autorizó la OED en orden a que aquel, valorando el riesgo, decida si adopta medidas cautelares al efecto¹³¹¹.

1.4.3.5 *Mal uso de las oportunidades*

Un dato que cobra especial importancia a la hora de resolver sobre las peticiones de permiso es el uso dado en el actual o anterior cumplimiento a las oportunidades institucionales -permisos, semilibertad o libertad condicional-, pues exterioriza una faceta de la personalidad del sujeto en orden a adaptarse a las normas del cumplimiento con una finalidad puramente utilitaria. Delinquir durante estas situaciones de mayor o menor extensión del autogobierno o posteriormente, revela el poco efecto intimidatorio de la pena y la adaptación al sistema penitenciario por finalidades diversas a la legalmente prevista, pues estos institutos solo tienen sentido con relación a la reinserción, pero no como medio de mero alivio del contenido punitivo de la pena. Se trata de un dato que cobra especial fuerza en momentos iniciales del cumplimiento.

¹³¹⁰ Art.504.5 LCRM.

... Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

¹³¹¹ En este sentido se pronuncia el AAP Segovia 24/2020.

1.4.3.6 Marco social de referencia. La condición de extranjero

También, como es lógico, las circunstancias sociales de los penados condicionan el disfrute de los permisos. En tal sentido, la ausencia de un marco social de referencia, familia, cuando no arraigo, posibilidades de acceso al mercado laboral, alcanzan un particular significado.

Especialmente relevante es la situación de los internos extranjeros, pues si bien la condición de extranjero por sí sola considerada no puede ser motivo de denegación del permiso, sí lo sería por las circunstancias que lleva anejas frecuentemente. En ocasiones es el deficiente arraigo, que incrementa el riesgo de quebrantamiento, pues si nada vincula al interno al entorno en el que se halla, nada tiene que perder con no reintegrarse al centro tras el disfrute del permiso; otras veces es la ausencia de oferta de acogida e incluso la ausencia de un lugar dónde disfrutarlo; cuando no la legalidad de su estancia en España. Este último dato es especialmente sensible en el caso de los internos no comunitarios, a lo cual se une que conforme al art. 57.2 e la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, están incurso en causa de expulsión los extranjeros condenados a pena privativa de libertad de más de un año, cuando no el riesgo de una eventual sustitución de la pena por expulsión al amparo del art. 89 CP, si es que no se acordó ya en la sentencia para cuando acceda al tercer grado o alcance las $\frac{3}{4}$ partes del cumplimiento.

De todas formas la situación de los internos extranjeros es muy variada: ciudadano comunitario, cuyo estatuto sería similar al del nacional; ciudadano no comunitario con estancia regularizada o en alguno de los supuestos del acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 -regula los supuestos en los cuales los internos extranjeros pueden desarrollar una actividad laboral fuera de los establecimientos penitenciarios-, con arraigo; ciudadano no comunitario con estancia regularizada o en alguno de los supuestos del Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, sin arraigo; ciudadano no comunitario sin estancia regularizada, no comprendido en alguno de los supuestos del Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, pero con arraigo; ciudadano no comunitario sin estancia regularizada, no comprendido en alguno de los supuestos del Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 y sin arraigo¹³¹².

1.4.3.7 Las adicciones

Las adicciones son un claro factor de riesgo de comisión delictiva¹³¹³. Por ello el planteamiento en cuanto a la superación de la drogadicción por parte del penado es

¹³¹² MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión". En: *Diario La Ley*. nº 7410, 2010.

¹³¹³ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per, y REDONDO ILLESCAS, Santiago. *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 508.

especialmente relevante, pues una actitud típica de negación del problema refleja la falta de concienciación y, en definitiva, el primer obstáculo para alcanzar el objetivo de la superación. La abstinencia y la superación no es lo mismo, pues esta última comporta un cambio en las pautas de vida, planteamiento y recursos a la hora de abordar la existencia, de ahí la importancia de las terapias, pudiéndose afirmar que es contrario a la Ciencia y a la lógica el hecho de que una persona fuertemente drogodependiente haya podido desvincularse de las sustancias estupefacientes sin pasar por el oportuno programa de desintoxicación¹³¹⁴.

1.4.3.8 *Naturaleza de la actividad delictiva*

La naturaleza de la actividad delictiva también es otro factor a considerar, caso de los delitos económicos, en los cuales la restitución de lo sustraído cobra especial significado; o en los delitos de fácil lucro, delitos contra la salud pública, en los cuales han de adoptarse especiales cautelas, tanto porque frecuentemente están ligados a la delincuencia organizada, como porque hay que hacer especial consideración de la prevención general, ante la dificultad de su persecución; cuando no aquellos delitos en los cuales son los factores ligados a la personalidad los que alcanzan especial trascendencia, delitos violentos, sexuales, violencia de género o doméstica. Precisamente, cobra con relación a ellos especial importancia los programas tratamientos específicos en orden a intentar la superación de los factores concomitantes a la criminogénesis y reducir el riesgo de reincidencia.

1.4.3.9 *Alarma social*

Si por alarma social se entiende la proyección que un determinado asunto tiene en los medios de comunicación, desde el punto de vista penitenciario, se trata de un concepto que carece de todo rigor científico, pues ello no sería sino dejar al albur de los vaivenes de la sensibilidad humana mediatizada, al tratamiento por la prensa de un hecho delictivo noticiable, la ejecución y cumplimiento de la pena, en definitiva, puro subjetivismo. La alarma social así entendida, no es sino un sentir popular, que no responde a criterios objetivos y serios, pues al fin y al cabo no es más que un sentimiento y los sentimientos no responden a la razón.

Como señala la STC 8/2002, de 14 de enero (ROJ: STC 8/2022 - ECLI:ES:TC:2022:8)¹³¹⁵, con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos - la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes - la fuga del imputado o su libertad provisional-, lo cierto es que la genérica

¹³¹⁴ En este sentido, AAP Segovia de 30 de abril de 2013.

¹³¹⁵ Que cita las SSTC 66/1997, de 7 de abril (ROJ: STC 66/1997 - ECLI:ES:TC:1997:66); 98/1997, de 20 de mayo (ROJ: STC 98/1997 - ECLI:ES:TC:1997:98); y 47/2000, de 17 de febrero (ROJ: STC 47/2000 - ECLI:ES:TC:2000:47).

alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena - la prevención general- y, so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales, presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa.

En definitiva, tal invocación, solo es factible bajo la formulación de la prevención general como fin de la pena, siendo inadmisibles un concepto social del término.

Ligado a la alarma social estaría la ejemplaridad, en definitiva, la especial alarma en la opinión pública que genera un sujeto perteneciente a un núcleo familiar o social relevante con una conducta antijurídica. Tal factor podría tener relevancia a la hora de valorar el grado de culpabilidad del sujeto en orden a cuantificar la pena, la concreción del juicio de reproche, mas no, desde luego, en la ejecución de aquella, respecto de la cual es una *aliud*, pues no tiene acomodo por sí en los fines de la pena presentes en tal momento¹³¹⁶.

1.4.3.10 *Lejanía en el cumplimiento*

La lejanía en el cumplimiento puede servir como fundamento para la denegación de permisos en la medida en que la finalidad de aquellos, la preparación de la vida en libertad, no se cumple cuando dista mucho tiempo para alcanzar tal situación. La remisión a tal argumento, como motivo de desestimación, ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional¹³¹⁷, el cual, tras afirmar que los permisos penitenciarios no son un derecho, señala que uno de sus fines es la preparación para la vida en libertad, y que invocar la lejanía en el cumplimiento “resulta ser la ponderación de una circunstancia que evidentemente guarda conexión con los fines de la institución”¹³¹⁸. Es más, habrá que ver en cada caso si el efecto intimidatorio e inhibitorio de la pena ha desplegado un mínimo efecto con el grado de cumplimiento alcanzado.

¹³¹⁶ La ejemplaridad entendida como conducta social exigible o esperable de un sujeto por su pertenencia a un determinado círculo familiar, es un concepto empleado por el Ministerio Público en el *asunto Urdangarín* en orden a cuestionar la progresión del penado al tercer grado. Concepto tan aleatorio y fútil como que en otro periodísticamente relevante caso, el *asunto Fondos reservados (Vera)*, no fue considerado por el Ministerio Fiscal, hasta el punto de no recurrirse la progresión de grado del penado no primario (existía una condena anterior por el *asunto Marey*), progresión que tuvo lugar incluso antes del cumplimiento de la cuarta parte de la condena.

¹³¹⁷ SSTC 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81); 193/1997, de 11 de noviembre (ROJ: STC 193/1997 - ECLI:ES:TC:1997:193); y 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88).

¹³¹⁸ SSTC 204/1999 y 109/2000, de 5 de mayo (ROJ: STC 109/2000 - ECLI:ES:TC:2000:109).

1.5 Tramitación de los permisos

1.5.1 Procedimiento

Tanto en los permisos ordinarios, como extraordinarios, corresponde a la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, la función de conceder los permisos¹³¹⁹, que luego son aprobados o no por la autoridad judicial o el Centro Directivo, según las competencias que tienen atribuidas cada uno.

Es llamativo que en este precepto se hace una referencia a los Equipos Técnicos -la misma se mantiene desde el texto del *Anteproyecto, Proyecto* y en todos y cada uno de los trámites parlamentarios-, a los cuales se vuelve a mencionar con motivo de la referencia a la Central Penitenciaria de Observación, art. 70 LOGP, calificándolos en este último precepto con los epítetos de *Observación y de Tratamiento*. Dado que la ley no hace un diseño organizativo interno de los establecimientos penitenciarios, más allá de la figura del Director, quizás con ello se haya querido significar la importancia del área tratamental, en definitiva, un reforzamiento de la labor resocializadora y reeducadora del medio, si bien luego, no se hace cita alguna a éstos cuando se aborda el tema de la clasificación, eje del tratamiento penitenciario. El Reglamento Penitenciario, por su parte, se limita a transcribir el enunciado de la ley, la mención de la facultad de propuesta, pero única y exclusivamente en la materia de los permisos. El desarrollo de la ley, con otra visión diversa de aquella, ha optado por prescindir de extender esa labor de postulación, limitándose a recoger lo que era una exigencia legal, esto es, pudiendo extenderla a otros campos y darles con ello un papel más relevante, prescinde de hacerlo.

La competencia para la autorización de los permisos depende de la clase de aquellos que se trate, clasificación del interno, su duración y, en ocasiones de la urgencia que medie para su disfrute.

En el caso de los permisos extraordinarios, la competencia para su autorización, en el caso de los penados, si se refieren a internos clasificados en primer grado, cualquiera que sea la duración del permiso, la decisión sobre la autorización del permiso extraordinario corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, art. 155.3 RP. Lo mismo cabe decir cuando se trata de internos clasificados en segundo grado -o no clasificados- y la duración supera los dos días, art. 76.2 i) LOGP, precepto que se refiere a toda clase de permisos. En los restantes supuestos la competencia corresponde a la Administración.

En el caso de internos preventivos, la autorización del eventual permiso extraordinario, conforme al art. 48 LOGP, corresponde, siempre y en todo caso al Juez del que dependan.

Puntualiza el art. 161.4 RP que, en caso de mediar urgencia, el permiso extraordinario podrá ser autorizado por el Director del Establecimiento, comunicando su concesión a la Junta de Tratamiento. Tal mención en aras del respeto al principio de

¹³¹⁹ Arts. 160 y 273 RP.

legalidad y jerarquía normativa ha de ser puntualizada; por lo que se refiere a los permisos extraordinarios relativos a los internos preventivos, estamos con RENART GARCÍA¹³²⁰ cuando rechaza tal posibilidad, por un evidente inferior nivel normativo del precepto reglamentario, por lo que aquel no puede fijar un marco competencial distinto del establecido en la norma de rango superior, la ley penitenciaria, por mucha urgencia que medie, no siendo factible atribuir así una la potestad judicial a una autoridad administrativa¹³²¹.

En este último sentido, cabe así entender que la citada puntualización reglamentaria ha de circunscribirse a los casos en los cuales la competencia para la autorización esté fijada a nivel reglamentario, más no cuando aquella radica en la ley penitenciaria. Cabe concluir así que, aunque medie urgencia, la autoridad administrativa no puede suplir a la judicial en el caso de los permisos, no solo con relación a internos preventivos, sino también con respecto de los penados clasificados en segundo grado, si el eventual permiso es superior a dos días¹³²². La solución en estos supuestos, en todo caso, habría de darse en sede judicial, en una adecuada previsión de las situaciones de urgencia en el ámbito de la materia penitenciaria por parte del Reglamento 1/2005, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*, el cual ha olvidado la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria¹³²³.

Una duda adicional puede surgir con relación a los permisos extraordinarios en el caso de internos que tengan una situación penitenciaria mixta, esto es, que sean preventivos y penados a la vez. La solución que da en este caso la I SGIP 1/2012 es la exigencia un doble pronunciamiento, del Juez que acordó la medida cautelar, respecto a la situación de preventivo, y del Juez de Vigilancia/Administración, según las reglas generales, respecto a la condición de penado.

En cuanto a los permisos ordinarios, tratándose de internos clasificados en segundo grado, si la duración de aquel es superior a dos días, corresponde la autorización al Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme al art. 76.2 i) LOGP. Si se trata de internos clasificados en tercer grado o en segundo grado, en este último caso cuando el permiso tenga una duración inferior a dos días, corresponde la competencia al Centro Directivo.

¹³²⁰ *Ibidem*, pp. 32-33.

¹³²¹ El AJI nº 4 de Manresa de 5 de enero de 2019 invoca el art. 161.4 RP para declarar su falta de competencia al efecto con relación a la solicitud de un permiso extraordinario relativo a un interno preventivo que estaba a disposición del Tribunal Supremo (*asunto Procés*). Sin embargo la I SGIP 3/2008, cuando se refiere la concesión de permisos extraordinarios en los casos se urgencia, recoge expresamente que la atribución al Director de la concesión se la autorización no alcanza a los supuestos en los cuales esta corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria; aunque no se diga expresamente, por las mismas razones, imposibilidad de invasión de atribuciones judiciales por la autoridad administrativa, sin amparo normativo adecuado, la excepción no cabe tampoco extenderla al caso de los internos preventivos.

¹³²² No se hace referencia aquí a los internos clasificados en primer grado porque la atribución de la aprobación de los permisos extraordinarios en ese grado de clasificación al Juez de Vigilancia Penitenciaria se hace en el propio reglamento, no en la ley, con lo cual la consideración de la situación de urgencia, con la consiguiente alteración competencial en un texto de igual rango, no es problema.

¹³²³ En la práctica, son los Juzgados de Guardia, sin mayores problemas, los que asumen las funciones de urgencia en materia penitenciaria, supliendo la omisión normativa.

Permisos ordinarios y extraordinarios son compatibles, no se excluyen entre sí, si bien cuando el supuesto de hecho o las circunstancias concurrentes propias de un permiso extraordinario permitan su tramitación como permiso ordinario, se optará por este último¹³²⁴.

Por otro lado, para el caso de denegación del permiso por parte de la Junta de Tratamiento, el interno puede recurrir ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria -art. 162 RP-. Pero que quepa cuestionar la decisión de la Junta de Tratamiento ante el Juzgado de Vigilancia no significa que se pueda acudir directamente a él, obviando las competencias de la instancia administrativa¹³²⁵. La autorización o denegación judicial recae sobre un acto administrativo previo de concesión¹³²⁶; como también la eventual concesión en vía de recurso tiene como presupuesto la denegación previa por parte de la Junta de Tratamiento. El efecto de la estimación del eventual recurso sería la concesión por el juez del correspondiente permiso, si bien hay algún pronunciamiento aislado que entiende que hay que devolver el asunto a la Junta de Tratamiento para que haga un nuevo pronunciamiento sin consideración de las circunstancias rechazadas por el órgano jurisdiccional¹³²⁷.

La autorización por parte del Juez de Vigilancia de los permisos es una competencia propia, art. 76.2 i) LOGP, con lo cual no está vinculado por los criterios de la Junta de Tratamiento. El Juez de Vigilancia, a la hora de valorar la conveniencia de estimar o no la queja del interno contra la denegación del permisos o, viceversa, a la hora de resolver un recurso del Ministerio Fiscal contra una resolución, no está vinculado por al razones alegadas por el órgano administrativo; el Juzgado de Vigilancia no sería una segunda instancia del centro penitenciario, como lo es la audiencia respecto del juzgado, sino que es un órgano con la competencia de velar por el cumplimiento de la normativa penitenciaria y controlar el cumplimiento de las penas y su correcta ejecución por Instituciones Penitenciarias. La decisión de autorizar el permiso es propia del juez, que por ello es libre para valorar la concurrencia de elemento favorables para su concesión y hacer la prognosis sobre el buen uso de aquel; y si bien para ello toma en consideración datos y valoraciones efectuadas por la Junta de Tratamiento, que constituyen una valiosa ayuda, sin embargo, ello no limita la valoración propia que pueda hacer la autoridad judicial¹³²⁸.

Esta última puntualización tiene además una consecuencia práctica, pues al ser una resolución propia del Juez, resuelve en primera instancia, con lo cual, contra su resolución, conforme a la DA 5ª LOPJ, cabe recurso de apelación, el cual no procedería si se considerara que resuelve en apelación contra una resolución administrativa, como ocurre, por regla general, en la materia disciplinaria.

No obstante, una postura minoritaria, considera que cuando el Juez de Vigilancia se pronuncia sobre un acuerdo denegatorio de la Junta de Tratamiento, actúa en

¹³²⁴ Art. 158 RP.

¹³²⁵ AAP Segovia de 7 de octubre de 2008 y AAP Valladolid (2ª) de 5 de febrero de 2013.

¹³²⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho* ... op. cit., p. 318.

¹³²⁷ AAP Almería (1ª) 5 de julio de 1997.

¹³²⁸ AAP Segovia de 6 de julio de 2018.

apelación contra su resolución, en cuyo caso no cabría recurso de apelación contra su decisión, solo recurso de reforma. Se trata esta de una cuestión de mera legalidad ordinaria, que no afecta a derechos fundamentales¹³²⁹.

1.5.2 El alcance del derecho del interno a la prueba: el acceso al expediente personal

Cuestión de cierta polémica, que, aunque de alcance general, en la práctica se agudiza en materia de permisos, surge en torno al art. 15.2 LOGP, en cuanto al alcance del derecho del recluso a ser informado del contenido del llamado *expediente personal del interno*. Precisamente, tras reconocerse ese derecho en el art. 4.2. k) RP, aquel es objeto de desarrollo en los arts. 8 y 9 RP, donde se establece que el interno tendría derecho a acceder a sus datos de carácter personal relativos a opiniones políticas, a convicciones religiosas o filosóficas, al origen racial y étnico, a la salud o a la vida sexual, que hayan sido recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o los programas de tratamiento penitenciarios. Cabe entender pues que en el desarrollo que hace el reglamento del derecho de acceso al expediente no se reconoce aquel de forma plena en la medida en que no cabe pretender acceder a los informes psicológicos, sociales o criminalísticos o de cualquier otra índole que aparezcan en el mismo - tampoco una copia de éstos-, ni por lo tanto al protocolo, ni a los programas de intervención, en definitiva¹³³⁰.

Este planteamiento, sin embargo, no es uniforme, sirva de ejemplo el Criterio 97 bis de lo Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007¹³³¹, aprobado por una mayoría cualificada. Precisamente el voto particular incorporado a aquel es un claro ejemplo de lo conflictivo de la cuestión, pues consideraba que el art. 15.2 LOGP debe conectarse con el art. 35. a) LRJAPPAC, donde se contempla el derecho de los ciudadanos a conocer y a la obtención de copias de los documentos contenidos en los procedimientos administrativos en los que sean interesados; y se añadiría que el art. 105. b) CE recogería los criterios de restricción de acceso a los archivos y registros administrativos, desarrollados luego en el art. 37.5 LRJAPPAC, entendiéndose que las limitaciones previstas legalmente no podrían ser aplicadas a los

¹³²⁹ Sobre este extremo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la inadmisibilidad de un recurso, aunque el tema de fondo sea una cuestión de legalidad ordinaria, exige que se adopte en la forma establecida en las leyes procesales y mediante una decisión motivada, SSTC 115/2003, de 16 de junio (ROJ: STC 115/2003 - ECLI:ES:TC:2003:115); 114/2004, de 12 de julio (ROJ: STC 114/2004 - ECLI:ES:TC:2004:114); 87/2005, de 18 de abril (ROJ: STC 87/2005 - ECLI:ES:TC:2005:87); 227/2005, de 12 de septiembre (ROJ: STC 227/2005 - ECLI:ES:TC:2005:227); y 62/2006, de 27 de febrero (ROJ: STC 62/2006 - ECLI:ES:TC:2006:62).

¹³³⁰ AAP Almería de 3 de julio de 2000.

¹³³¹ Criterio 97 bis del Texto refundido y depurado actualizado al 1 de noviembre de 2007. "Información del interno: no tiene acceso al expediente. Conforme dispone el artículo 15.2 de la LOGP, los internos tienen derecho a ser informados de su situación penal y penitenciaria, pero no un derecho de acceso directo al contenido del expediente penitenciario, sin perjuicio del acceso a los informes que obren en el procedimiento ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los términos de la LOPJ".

internos respecto de la Administración penitenciaria, así como que otro planteamiento comprometería el derecho de defensa¹³³².

En la actualidad, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, que desarrolla el art. 105 c) CE, contempla en su art. 14 límites al derecho de acceso a la información. Por otra parte, cabe entender que la Ley Orgánica General Penitenciaria puede perfectamente, por su especificidad objetiva, regular un régimen de acceso a los expedientes penitenciarios distinto al perfeñado por una norma de carácter general, pues obviamente, aquella normativa penitenciaria no tiene porqué someterse a lo dispuesto en esta otra que tiene por destinataria a la Administración en general.

El acceso a ciertos informes que pudieran estar incorporados al expediente personal del interno puede ser contraproducente desde el punto de vista tratamental. El logro de los objetivos propios del tratamiento penitenciario en los términos del Título II de la Ley Orgánica General Penitenciaria, con las características que se recogen en el art. 62 de aquella, que implica el empleo de técnicas y métodos psico-sociales, no sería factible en caso contrario pues el interno, de tener pleno acceso a su expediente, bien podría adoptar una conducta de manipulación y adaptación a aquellos programas y diseños con finalidades espurias. En definitiva, es la esencia de la labor penitenciaria la que justifica ciertas restricciones, que son las que, partiendo de la ley penitenciaria, se desarrollan luego en su reglamento. Si el tratamiento penitenciario es la piedra angular del sistema y este consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados -art. 59 LOGP-, encomendándose a los servicios que ha de llevar a cabo el mismo la labor de conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades resocializadora y reinsertadora -art. 60.2 LOGP-, difícilmente podría lograrse tal objetivo si el interno sobre el cual recae ese trabajo puede acceder a la documentación técnica e informes de tales profesionales en la persecución de ese objetivo¹³³³.

Como ha señalado alguna resolución judicial, las decisiones que emanan de las Juntas de Tratamiento, las opiniones y los criterios de los profesionales que las integran se fundamenta en informes datos, conocimiento directo e impresiones en ocasiones plasmados documentalmente y en otras derivadas del contacto con el interno; y en todo caso esa información se elabora por el profesional correspondiente, incorporándose al Protocolo para conocimiento de los miembros de los Equipos Técnicos y Junta de Tratamiento, siendo por ello tales informes confidenciales y de acceso reservado, al poder contener datos personales del informado no revelables y opiniones personales no divulgables¹³³⁴.

¹³³² En esta línea, los AAP Zaragoza (1ª) 63/2004, de 26 de enero y AAP Zaragoza (1ª) 246/2004, de 22 de marzo de 2004.

y 26 de enero de 2006, AJVP Pamplona de 1 de septiembre de 2006.

¹³³³ En esta línea, los AJVP Coruña de 3 de octubre de 2005, AJVP Valladolid de 4 de octubre de 2005 y AJVP Asturias de 15 de noviembre de 2006.

¹³³⁴ En este sentido, AJVP Ocaña de 3 de septiembre de 2003.

De lo expuesto, para dar una respuesta a la cuestión, ha de hacerse un ejercicio de ponderación de los valores en juego, en definitiva, el derecho de defensa del interno y los fines penitenciarios, no en abstracto, antes bien en la concreta situación objeto de debate. Por ello la conclusión no puede ser sino que, en principio, debe reconocerse el acceso al expediente personal, pero en caso de negativa a la comunicación de ciertos extremos por parte de la Administración o la autoridad judicial, la resolución al efecto ha de exteriorizar expresamente la causa, siendo además esta una cuestión de interpretación restringida¹³³⁵.

1.5.3 Suspensión/revocación de los permisos

Si una vez aprobado un permiso a un interno, antes de su disfrute, concurren circunstancias sobrevenidas que hubieran determinado su no concesión, la Dirección del centro podrá suspender motivadamente, con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento continuación de la autoridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda, tal y como dispone el art. 157 RP. El carácter estrictamente cautelar de la decisión de suspensión responde a la poderosa razón de que quien la adopta no tiene competencia para la concesión; a lo que se añade, en el caso de que haya intervenido la autoridad judicial, que es una exigencia del principio de separación de poderes. Recibida la comunicación, es quien sí tiene atribuida la potestad quien ha de pronunciarse manteniendo o revocando del permiso.

Sobre el alcance de esta última decisión ha habido una cierta discrepancia debido al contenido del numeral segundo del precepto mencionado, el cual dispone que si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios. Con esta referencia se ha sostenido que el art. 157 RP reserva la revocación de los permisos a los supuestos de fuga o comisión de un nuevo delito durante el disfrute de aquel, pero que, en los casos del apartado primero, que recoge circunstancias que acontecen antes del disfrute del permiso, solamente se contemplan la suspensión provisional y no la revocación¹³³⁶. Frente a ese planteamiento, cabe aquel otro que defiende que cabe revocar y dejar sin efecto el permiso cuando hayan variado las circunstancias que propiciaron su concesión, sin que esta decisión judicial pueda estar limitada por los

¹³³⁵ Este es el criterio que sigue la STC 164/2021, de 4 de octubre (ROJ: STC 164/2021 - ECLI:ES:TC:2021:164).

¹³³⁶ AAP Barcelona (9ª) 60/2004, de 30 de diciembre (ROJ: AAP B 6379/2004 - ECLI:ES:APB:2004:6379A); AAP Barcelona (9ª) 425/2005, de 21 de marzo (ROJ: AAP B 1439/2005 - ECLI:ES:AP B:2005:1439A); AAP Barcelona (9ª) 545/2005, de 24 de marzo (ROJ: AAP B 1513/2005 - ECLI:ES:APB:2005:1513A); AAP Sevilla (4ª) 752/2009, de 13 de noviembre (ROJ: AAP SE 2730/2009 - ECLI:ES:APSE:2009:2730A); AAP Pontevedra 667/2011, de 17 de noviembre (ROJ: AAP PO 1388/2011 - ECLI:ES:AP PO:2011:1388A).

términos de la solicitud administrativa, sino por las circunstancias concurrentes en cada caso¹³³⁷. La cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo¹³³⁸, que se decanta por la segunda postura, invocándose el carácter dinámico del tratamiento individualizado, lo cual lleva a considerar absurdo no poder contemplar la nueva situación sobrevenida y la relevancia de aquella en la evolución del sujeto.

1.6 Las salidas programadas del art. 114 RP

Aunque no son propiamente permisos, las salidas programadas del art. 114 RP presentan gran similitud con ellos, pues para acceder a aquellas se han de reunir los mismos requisitos y se exige idéntico régimen de autorización, si bien no se computan dentro de los límites temporales establecidos, esto es, operan al margen, son un plus.

La ubicación del precepto en el Reglamento Penitenciario, dentro de los *programas de tratamiento*, es un tanto confusa si se considera su estrecha vinculación con los permisos¹³³⁹.

Tendrían origen en una Circular de la Administración penitenciaria catalana en la segunda mitad de los años 80, siendo posteriormente recogidas, en otra Circular, esta vez por la DGIP, en el año 90. Su configuración se hace sobre la base de excarcelación de ciertos penados mediante unas salidas autorizadas de muy variado contenido -ocio, cultura, etc.- que conjugan reeducación y reinserción social¹³⁴⁰.

Su finalidad no es sino la realización de actividades específicas de tratamiento, que se llevan a cabo, en todo caso, con acompañamiento de personal del centro penitenciario o de otras instituciones o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos.

1.7 Permisos terapéuticos en las medidas de seguridad privativas de libertad

La insuficiente, cuando no inexistencia, regulación del contenido material de las medidas de seguridad privativas de libertad, lleva a plantear la cuestión de los permisos terapéuticos, esto es, salidas temporales de las personas sujetas a aquellas, similares a los permisos, si bien con una finalidad diversa, conectada con sus padecimientos.

En los programas de cumplimiento de las medidas de seguridad de internamiento, bien de internos con padecimientos psiquiátricos, bien personas con capacidades distintas, no es infrecuente articular salidas en el desarrollo e implementación del programa terapéutico al cual están sujetos.

¹³³⁷ AAP Madrid (5ª) de 5 de octubre de 2015 (ROJ: AAP M 1260/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1260A).

¹³³⁸ STS 541/2016, de 17 de junio (ROJ: STS 2934/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2934).

¹³³⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 258.

¹³⁴⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario*... op. cit., p.

Desde el punto de vista estrictamente legal, el art. 101.2 CP establece que el sometido a medida de seguridad privativa de libertad no puede abandonar el establecimiento en el que esté internado sin autorización del juez o tribunal sentenciador, no distinguiendo Código entre abandono temporal o definitivo, lo cual hace surgir la duda de a quién corresponde decidir sobre esas salidas no definitivas. El ATS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: ATS 17256/2009 - ECLI:ES:TS:2009:17256A)¹³⁴¹ considera que el art. 97 CP no se está refiriendo, evidentemente, a los permisos de salidas temporales, sino al abandono definitivo del establecimiento por cumplimiento de la medida, sustitución o suspensión, decisión esta última que compete, única y exclusivamente al tribunal sentenciador; salidas terapéuticas que no suponen la modificación de la medida impuesta y que, como los permisos de salida, que en la legislación penitenciaria son competencia del Juez de Vigilancia, su aprobación ha de corresponder también a él.

2. LAS SALIDAS DEL ART. 117 RP

Vinculadas a los permisos de salida, aunque también con el principio de flexibilidad, está la regulación de los programas de actuación especializada¹³⁴². Conforme al art. 117 RP, los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir 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, los cuales, si implican salidas regulares, precisan de autorización por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Presupuestos de la invocación de tal precepto son, por un lado, la existencia de un programa de atención especializada vinculado a las necesidades tratamentales del interno y, por otro, un elemento subjetivo, la entidad colaboradora, que es calificada de institución.

Este precepto, es una de las novedades del Reglamento de 1996, pues permite que los internos clasificados en segundo grado realicen salidas para realizar actividades tratamentales fuera de la prisión. Esto es, junto a la inicial previsión de la ley penitenciaria, en el régimen ordinario, de salidas de los internos clasificados en segundo grado vía los permisos ordinarios -que claramente enlazan con el tratamiento penitenciario-, se han introducido otras figuras que dan un perfil menos rígido al sistema de cumplimiento en este grado de clasificación, siendo una de ellas la que nos ocupa, el art. 117 RP, o las salidas programadas del art. 114 RP; o en el ámbito del régimen abierto, la posibilidad de sustituir el tiempo mínimo de permanencia por los controles telemáticos, art. 86.4 RP. E incluso el Reglamento da un paso más allá, en la regulación de la clasificación penitenciaria, con otra figura, la del art. 100.2, que permite combinar aspectos de uno u otro grado.

¹³⁴¹ En el mismo sentido ATS de 22 de febrero de 2017 (ATS 1398/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1398A).

¹³⁴² La idea de vinculación del art. 117 RP con el tratamiento y el principio de flexibilidad es recogida en el AJVP nº 1 de Castilla y León de 19 de septiembre de 2019 (*asunto Urdangarín*).

Para CERVELLÓ DONDERIS¹³⁴³ el art. 117 RP viene a ser una figura intermedia entre la combinación de grados del art. 100.2 RP y el régimen abierto restringido del art. 82 RP. No es esta última figura porque se aplica a internos clasificados en segundo grado, esto es, a aquellos que no tienen todavía capacidad para vivir en semilibertad, pero que necesitan un tratamiento específico del exterior por no estar disponible en el centro, lo cual lo diferencia de una salida ordinaria asignada a un determinado grado. Además de potenciar el tratamiento, puede ser un puente hacia un futuro tercer grado, si se realiza con éxito.

La delimitación con las salidas del art. 114 RP es clara. Este último se refiere a cortos periodos de tiempo, máximo siete días, realizándose con supervisión de personal del establecimiento u otras instituciones o voluntarios. En el supuesto del art. 117 RP, ni hay acompañamiento, pudiendo ser su duración superior a la de los permisos.

Puede decirse que todos estos variados recursos no son sino manifestaciones del principio de flexibilidad, instrumentos que se incardina en el tratamiento penitenciario, bien en la propia ejecución de aquel, y tienen como fundamento el art. 71 LOGP, la supeditación del régimen al tratamiento, la consideración de aquel como medio y de este último como fin: 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 regiminales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí misma¹³⁴⁴.

La intervención del Juez de Vigilancia en estos instrumentos es distinta según los casos: mero receptor de comunicación (art. 86,4, 165 y 182 RP), como se ha visto, o bien órgano decisor (art. 100.2, 114.4 y 117 RP).

Se ha apostado por unos modelos de ejecución de la pena privativa de libertad, en sus diversos regímenes de vida, que se aleja de un concepto cerrado y ajeno a la sociedad, de un mundo penitenciario que dé la espalda a la comunidad, antes bien, se abre al cuerpo social en un intento de superar una vieja crítica doctrinal a la existencia pena de prisión: es imposible educar para la libertad desde su privación.

Curiosamente, la I SGIP 1/12 SGIP, relativa a *Permisos y Salidas Programadas*, su apartado 8º, hace una peculiar interpretación del Reglamento ligando el art. 100.2 al art. 117 RP, planteamiento más que dudoso, pues no tendría sentido en ese caso el distinto régimen de aprobación judicial en uno y otro caso. La aplicación por la Administración del art. 100.2 RP -que es lo más- es provisionalmente ejecutiva, sin perjuicio del ulterior pronunciamiento judicial; la autorización administrativa de las salidas del art. 117 RP -que es lo menos-, no pasa de ser una mera propuesta, cuya ejecución está supeditada a la decisión del Juez de Vigilancia, salvo cuando implica meras salidas puntuales.

Ni siquiera, aunque no sea determinante, desde el punto de vista terminológico hay coincidencia en la referencia normativa: en un precepto se habla de *programa específico de tratamiento*, mientras que en otro *programa de actuación especializada*.

¹³⁴³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. "La clasificación en tercer grado... op. cit., p. 14.

¹³⁴⁴ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario*... op. cit., p. 721; RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión*... op. cit. pp. 505-515.

Es más, la aplicación del art. 117 RP tiene mayores controles que la aplicación del art. 100 RP, pues, de salida, no es ejecutivo en algunos casos, como se ha expuesto, y además tiene unas limitaciones en cuanto al lugar de desarrollo y horarios, que no tiene aquel otro, lo cual encuentra justificación en que es una medida que acontece dentro del propio régimen de vida derivado de la clasificación. El art. 117 RP tiene una cierta conexión con los permisos, de ahí que haya supuestos que no exijan pronunciamiento judicial.

La interpretación recogida en la Instrucción citada no parece coherente con la existencia de mayor control judicial precisamente en aquellos casos en los cuales hay mayores garantías, frente a los supuestos en los cuales, amén de ser más extensos en su contenido, carecen de ellas.

La conclusión es pues que en el modelo de ejecución de la pena privativa de libertad diseñado a nivel reglamentario, la elección de uno u otro instrumento para llevar a cabo la labor resocializadora, reinserción y reeducación, dependerá de las circunstancias particulares concurrentes en el penado y de los mecanismos o actividad específica a realizar, pudiéndose operar así, en ocasiones, en el ámbito clasificatorio, art. 100.2 RP, o bien al margen de aquel, simplemente dentro del ámbito de los programas de tratamiento, caso del art. 117 RP.

Durante un tiempo la Administración operó en la forma expuesta¹³⁴⁵, aplicación del régimen de flexibilidad, ex art. 100.2 RP, combinado con la propuesta de las salidas del art. 117 RP, lo cual implicaba la ausencia de ejecutividad de su decisión, que queda a expensas del pronunciamiento del Juez de Vigilancia. Tal planteamiento es más que cuestionable, pues el régimen de vida del art. 100.2 RP y las salidas del art. 117 RP son un *aliud*, otra cosa¹³⁴⁶.

No define el Reglamento Penitenciario en el art. 117 qué es un *programa de atención especializada*, tan solo se hace referencia a que aquel tienen que estar vinculado a las necesidades tratamentales del interno. Cuando se refiere el Reglamento a actividades tratamentales se usa una variada y no uniforme terminología: en el art. 116 RP, al abordar la problemática de las adicciones y las terapias sexuales, se emplea el término *actuación*; el art. 100 RP opta por el de *programas específicos de tratamiento*; y al diseñarse en general la actividad tratamental a través de los diversos programas al efecto, se opta por el término *programas específicos de intervención*¹³⁴⁷, probablemente el concepto más técnico de todos, pues enlaza con el planteamiento del art. 20 RP.

La guía quizás deba venir dada por el art. 113 RP, al contener el enunciado general relativo a las actividades del tratamiento, las cuales se dice se realizarán tanto en el interior de los centros penitenciarios como fuera de ellos, en función, en cada caso concreto, de las condiciones más adecuadas para la consecución de los fines constitucionales y legales de la pena privativa de libertad. De ello cabe concluir que la atención especializada ha de verse conectada con las necesidades tratamentales

¹³⁴⁵ Práctica que retoma en el *asunto Urdangarín*, Propuesta de 20 de julio de 2020.

¹³⁴⁶ AAP Madrid 1163/2016, de 2 de marzo.

¹³⁴⁷ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos>

[Consulta 19/04/2020].

concretas de los internos, las cuales se reflejan en su programa de intervención, término al cual debe reconducirse toda la imprecisa nomenclatura anterior.

No se recoge en el art. 117 RP, como requisito de su aplicación, tener cumplido ningún determinado periodo de tiempo, a diferencia de los permisos ordinarios, con lo cual pretender extender a esta figura aquel sería acudir a la analogía y aplicación extensiva de las normas en materia de imposición o, en este caso, ejecución de penas, lo cual está proscrito por la doctrina constitucional¹³⁴⁸. La conclusión es pues que la aplicación de programas especializados fuera del medio penitenciario en toda clase de internos, conocidos o no, famosos o anónimos, no corre en paralelo al disfrute de permisos ordinarios.

Por último, al igual que ya se expuso al hablar de la aplicación del art. 100.2 RP, cabe aquí, de nuevo, plantear la admisibilidad del cuestionamiento en sede judicial de la desestimación de la aplicación de estas salidas por parte de la Junta de Tratamiento. Una primera postura sería entender, al tenor literal del art. 117 RP, que, si no hay propuesta de la Administración, no sería factible la existencia de las salidas. Pero si esa fuera la interpretación válida, tampoco existirían los recursos en materia de permisos cuando falta la propuesta, ya que en ninguna norma expresamente contempla la situación, desapareciendo con ello prácticamente una de las tareas fundamentales de los Juzgados de Vigilancia. Precisamente en los permisos, cuando no los aprueba la Junta de Tratamiento y, por ello no hay propuesta al Juez de Vigilancia, se entiende que éste puede revisar esa decisión y resolver. Lo mismo cabe decir cuando en la antigua redacción del art. 90 CP (anterior a la reforma operada por LO 1/2015), uno de los requisitos de la libertad condicional era *la concurrencia de pronóstico de reinserción social favorable*; en aquel ámbito siempre se ha entendido que el Juez podía hacer una valoración de la circunstancias diversa del parecer de la Junta de Tratamiento, pues de no ser así, habría ámbitos de la actividad administrativa en la ejecución de la pena que escaparían al control judicial, lo cual es del todo punto inadmisibile.

¹³⁴⁸ STC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112), que cita el AAP Ávila 231/2019, de 25 de octubre (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP AV 257/2019 - ECLI:ES:APAV:2019:257A). En el mismo sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *La pena de prisión...* op. cit., p.517.

CAPÍTULO XI. EL CONTROL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

2. PROCEDIMIENTO Y GARANTÍAS

2.1 Introducción

2.2 La prueba ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria

2.3 Acceso al material probatorio

2.4 Carga de la prueba

2.5 Principio *ne bis in ídem* y la prejudicialidad

2.6 Carácter no público del procedimiento

2.7 Asesoramiento

3. APROBACIÓN DE LAS SANCIONES DE AISLAMIENTO EN CELDA SUPERIOR A CATORCE DÍAS

3.1 El aislamiento como sanción

3.2 Garantías jurídicas y sanitarias

3.3 Supuestos de hecho

3.4 Competencia territorial para la aprobación de la sanción de aislamiento superior a catorce días

4. EL CONTROL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA EJECUTIVIDAD INMEDIATA DE LAS SANCIONES

5. EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS RECURSOS

1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Conforme al art. 76.2 d) y e) LOGP, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días y resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

El ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración sobre los internos es quizás la actividad que más merezca el calificativo de propiamente regimental. Tendría por objeto la represión de las conductas de aquellos que, por ser atentatorias contra la seguridad y la convivencia ordenada de los centros penitenciarios -art. 41 LOGP-, merecen la consideración de infracciones disciplinarias, comportamientos que llevarían como necesaria consecuencia la imposición de la correspondiente sanción -art. 42 LOGP-, en el marco del procedimiento establecido, con las debidas garantías -art. 44 LOGP-, así como su ejecución.

Como señala RENART GARCÍA¹³⁴⁹, la necesidad de articular unas normas mínimas de convivencia que garanticen la estabilidad y el desarrollo armónico de la ejecución de la pena privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario viene marcada por la cohabitación de un colectivo de personas con intereses contrapuestos; y siendo una realidad que todas las agrupaciones humanas necesitan un orden para poder mantenerse, desarrollarse y alcanzar unos objetivos, los establecimientos penitenciarios no pueden constituir una excepción, por lo que la implantación de un régimen disciplinario que, mediante la tipificación de conductas atentatorias a los fines regimentales establecidos, sancione aquellos hechos que pongan gravemente en peligro la seguridad y la consecución de la convivencia ordenada, es una necesidad.

Este mismo autor, al analizar los contenidos de los art. 41 LOGP y 231 RP, destaca que el último mencionado, influenciados por el art. 36 de la Ley Penitenciaria italiana, amplía la finalidad del régimen disciplinario al incluir entre sus objetivos el estímulo del sentido de responsabilidad y la capacidad de autocontrol, como presupuestos necesarios para la realización de los fines de la actividad penitenciaria. Con ello se habría pasado de la concepción autoritaria del régimen disciplinario a otra de orientación reformadora más acorde con la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho, planteamiento doctrinalmente no unánime, pues junto a quienes cuestionan que con la aplicación de sanciones se pueda reeducar y quienes entienden que con este concepto se extiende el ámbito de aquel más allá del establecimiento penitenciario, con quiebra del principio de legalidad, otros consideran que la responsabilidad y la capacidad de autocontrol son aspectos de tratamiento reeducador y resocializador ínsitos en el espíritu del art. 59.2 LOGP, siendo presupuestos para la realización de la actividad penitenciaria, cuando no que las finalidades inmediatas de mantenimiento del orden y disciplina han de ser interpretadas conforme al interés resocializador. Pero cabría invocar dos obstáculos en la pretensión de atribuir al régimen disciplinario un carácter tratamental, por un lado, la voluntariedad del tratamiento y, por otro, la situación de los internos preventivos, sobre los que el régimen penitenciario también se proyecta, que están al margen del tratamiento¹³⁵⁰.

Del régimen disciplinario penitenciario depende en gran medida la vida e integridad física de los internos, además de la autoprotección de las personas que trabajan en el centro penitenciario, al tiempo que permite la creación de un ambiente adecuado para la finalidad resocializadora en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad¹³⁵¹.

Por otro lado, el ámbito disciplinario penitenciario es uno de los campos en los cuales es más necesaria una reforma legislativa en orden a garantizar un más escrupuloso respeto al principio de legalidad, si bien, desde el punto de vista práctico,

¹³⁴⁹ RENART GARCÍA, Felipe. "El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario". En: *Diario La Ley*, nº 5476, 2002.

¹³⁵⁰ RENART GARCÍA, Felipe. *El régimen disciplinario penitenciario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*. San Vicente del Raspeig: Publicaciones Universidad de Alicante, 2002, pp. 41-45.

¹³⁵¹ MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 266.

no ha sido necesaria aquella en atención al respaldo de la situación actual por parte del Tribunal Constitucional¹³⁵².

La existencia y reconocimiento de este poder de la Administración para corregir las conductas protagonizadas por los reclusos que atentan contra la seguridad y la convivencia ordenada permite hablar así de una potestad sancionadora de la Administración, aceptada constitucionalmente, amparada en la calificación de la relación penitenciaria como relación de sujeción especial¹³⁵³. Con esa caracterización se ha afirmado que "el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su <<autoridad>> sobre quiénes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado"¹³⁵⁴.

En este ámbito específico disciplinario penitenciario, tal calificación ha sido criticada por entenderse que debería servir para aumentar las garantías de los internos como consecuencia de su situación de inferioridad en sus relaciones frente a la Administración y por las consecuencias que la actuación de aquella puede tener sobre los mismos, no para restringirlas¹³⁵⁵.

En el plano normativo, a tal consideración gráficamente se alude en el enunciado del art. 5 RP cuando señala que "el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha".

La consecuencia práctica fundamental a la que se llega es que no cabe invocar vulneración del art. 24 CE por el hecho de que la sanción disciplinaria sea impuesta por un órgano no imparcial, meramente administrativo, cual es la Comisión Disciplinaria o el Director del establecimiento penitenciario, respecto a los cuales no es exigible el matiz de neutralidad o imparcialidad propio de la autoridad judicial; y al no tener aquellos naturaleza jurisdiccional, no puede lesionarse el precepto constitucional mencionado.

La existencia de la potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria no solo se encuentra avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional, sino también por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, así, la STEDH de 28 de junio de 1984 –caso *Campbell y Fell*–, que recogió la doctrina sentada en otras sentencias anteriores, admitió la existencia de un régimen disciplinario especial en materia carcelaria, y ello por consideraciones de seguridad, del interés del orden, de la necesidad de pronta represión de la mala conducta de los detenidos, y por la responsabilidad que las autoridades deben tener sobre la disciplina dentro de sus establecimientos. Previamente, la Comisión de Estrasburgo había asegurado, con una terminología quizá hoy no muy utilizada, que "el sistema penitenciario, para funcionar

¹³⁵² STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

¹³⁵³ SSTC 74/1985, de 18 de junio, y 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

¹³⁵⁴ STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

¹³⁵⁵ ASENSIO CANTISÁN, Heriberto. "El régimen disciplinario. El procedimiento sancionador y medios coercitivos". En: *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria y Bibliografía)*. Madrid: CGPJ, 1993, p.116.

efectivamente, dependía de la disciplina. La disciplina es controlada por los funcionarios de la prisión, y puede subvertirse por ataques incontrolados a su autoridad".

El diseño legal de esta potestad hace que se atribuya, salvo en el caso de la sanción de aislamiento superior a catorce días, a la Administración. Pero ni siquiera en el caso de esta última la autoridad judicial toma la iniciativa, pues el procedimiento sigue siendo administrativo, sin perjuicio que la imposición de aquella esté condicionada por la decisión de la autoridad judicial. No obstante, en la fase de elaboración de la Ley, *Socialistes de Catalunya* presentó una enmienda en orden a atribuir tal potestad al Juez de Vigilancia, sin duda con una finalidad garantista, lo cual, a juicio de GARCÍA VALDÉS¹³⁵⁶, no hubiera sido sino mezclar competencias que pertenecen a poderes distintos, lo cual solo sería factible si al tiempo le correspondiera la tarea de lograr una ordenada convivencia en el establecimiento y asumiera tal responsabilidad, lo que no sería sino dirigirlo.

En materia disciplinaria, la intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se constriñe a revisar, a instancia del interno sancionado, la legalidad y constitucionalidad de la sanción impuesta por la Administración penitenciaria y a la consideración de la aprobación de las propuestas sanción de aislamiento en celda superior a catorce días, conforme al art. 76.2 d) LOGP y 94 LOPJ. Ello significa que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no puede imponer a un interno una conducta que implique una restricción de un derecho del interno, máxime cuando de hacerlo, sería al margen del procedimiento disciplinario establecido y sin las plenas garantías exigibles¹³⁵⁷.

No significa este planteamiento que se deje en un segundo plano la labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes bien, se coloca al mismo en el papel más propio que en el diseño normativo le es intrínseco y que incluso se podría decir, justifica y es razón de ser de la existencia de su figura, esto es, en la labor de preservación y garante de los derechos de los internos. Como con insistencia señala el Tribunal Constitucional¹³⁵⁸, parafraseándole, es necesario insistir una vez más en el relevante cometido que en nuestro sistema penitenciario corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el control a posteriori de la potestad sancionadora de la Administración penitenciaria, subordinada en su ejercicio a la autoridad judicial, a quien le corresponde resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, art. 76.2 e) LOGP y cuya función supone una potenciación del momento jurisdiccional en la imposición de sanciones disciplinarias penitenciarias; función que tiene su reflejo no solo en el art. 76 LOGP, que le atribuye la misión de salvaguarda de

¹³⁵⁶ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Comentarios a la Legislación...* op. cit., p. 136.

¹³⁵⁷ El supuesto sometido a consideración en la STC 212/2003, de 1 de diciembre (ROJ: STC 212/2003 - ECLI:ES:TC:2003:212), era una queja planteada por un interno respecto de la cual el Juzgado de Vigilancia, al resolver, incluye en el Auto dictado una admonición en orden a que el quejoso se abstenga en el futuro de realizar un determinado comportamiento; considera el Tribunal Constitucional que tal intimación es una restricción de un derecho, en aquel caso la libertad de expresión, acordada al margen de procedimiento establecido y por quien carece de atribuciones disciplinarias.

¹³⁵⁸ Entre muchas, SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73); 74/1985, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 190/1987, de 1 de diciembre (ROJ: STC 190/1987 - ECLI:ES:TC:1987:190), y 161/1993, de 17 de mayo (ROJ: STC 161/1993 - ECLI:ES:TC:1993:161).

los derechos de los internos y corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, sino también en el art. 94 LOPJ, en el cual, junto a la atribución del control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, se le atribuye la de amparo de los derechos y beneficios de los internos.

Pero es que el Reglamento Penitenciario en materia sancionadora ha ido más allá, dotando al procedimiento de mayores garantías. Así los art. 243 RP y 252 RP imponen la necesidad de comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la adopción de medidas cautelares adoptadas por la autoridad administrativa en el curso de aquel y las decisiones sobre ejecución inmediata de las sanciones de aislamiento en celda.

Al tiempo, es necesaria la autorización judicial de los acuerdos de la Comisión Disciplinaria relativos a la suspensión de la efectividad de las sanciones de aislamiento impuestas cuando han sido confirmadas total o parcialmente, directamente o en vía de recurso, por el Juez de Vigilancia, art. 255 RP; y la misma solución se da en el caso de la reducción y revocación de sanciones, cuando aquel ha intervenido en su imposición, directamente o en vía de recurso, art. 256 RP.

Como recoge TÉLLEZ AGUILERA ¹³⁵⁹, estas figuras son manifestación del principio de oportunidad, tal y como expresamente señala el Reglamento Penitenciario en su *Preámbulo*; principio que responde a una idea de flexibilización de la aplicación estricta de la ley, que cuando se trata de una oportunidad reglada no supone ninguna quiebra de la legalidad, pues la oportunidad y la legalidad no son siempre nociones opuestas, ya que siempre que lo que se estime oportuno sea a la vez ajustado a Derecho y a la Justicia, la oportunidad se hace legalidad.

2. PROCEDIMIENTO Y GARANTÍAS

2.1 Introducción

Contra los acuerdos sancionadores de la Comisión Disciplinaria cabe recurrir en el plazo de cinco días ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, art. 248 RP. Tal recurso puede articularse, bien por escrito o bien el interno puede, al tiempo de la notificación del acuerdo sancionador, formular alegaciones verbales; esto es, en tal momento cabe exteriorizar los motivos de disconformidad, debiéndose, en este caso hacer constar por el funcionario notificador éstos en el expediente.

Respecto a este último extremo, la posibilidad de interponer el recurso contra el acuerdo sancionador en forma verbal, en ocasiones se cae en el equívoco de interpretar tal enunciado en el sentido de que se pueden hacer esas alegaciones personalmente ante el Juez de Vigilancia, lo cual llevaría a que éste tuviera que desplazarse al establecimiento penitenciario cada vez que así lo pretendiera un interno, planteamiento

¹³⁵⁹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. "El régimen disciplinario penitenciario". En: *La Ley Penal*. nº 8, 2004.

sería imposible de llevar a la práctica, al tiempo que no parece que esa fuera la idea que tuviera presente el redactor al establecer tal posibilidad¹³⁶⁰. A ello habría que añadir, aunque sea obvio decirlo, que esa tesis supondría que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se convertiría en órgano notificador, no ya de resoluciones judiciales, que tampoco lo es - esa función no corresponde al Juez -, sino de la propia Administración, lo cual es claro que no entra entre sus atribuciones. Como ha señalado el Tribunal Constitucional¹³⁶¹, la interposición del recurso *verbalmente en el mismo acto de la notificación* solo puede hacerse, como es obvio, ante el funcionario del centro penitenciario que realice la notificación del acuerdo sancionador, nunca ante el Juez de Vigilancia, estando solo prevista la posibilidad de presentación del recurso directamente ante el Juez solo en el caso que el interno haya optado por formular el recurso por escrito.

Al procedimiento disciplinario penitenciario le son aplicables las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE propias del proceso penal, garantías que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, son extensibles a los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto que en ambos casos se ejerce la potestad punitiva del Estado, si bien en el ámbito penitenciario cobra una especial significación, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena¹³⁶².

Es por ello, que, ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, van a exponerse en los recursos las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales en las cuales se haya podido incurrir en la tramitación del expediente disciplinario, generalmente con la invocación del art. 24 CE.

2.2 La prueba ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria

En el posible recurso, ya formulado por escrito o verbalmente al tiempo de notificación, han de expresarse las pruebas que fueren de interés del interno, fijando el Reglamento, art. 248 b), como límite cualitativo a éstas, que solo pueden postularse aquellas que hubieren sido denegadas.

Esta restricción en cuanto a la posibilidad de proponer prueba no afecta al derecho de defensa, siendo una mera opción legal, esto es que la norma podría haber sido más amplia en su planteamiento, pero el que no lo sea no afecta al art. 24 CE¹³⁶³. Aunque el precepto citado no lo dice expresamente, ha de entenderse que también es procedente la propuesta de pruebas que, admitidas, no fueron practicadas, pues en otro caso la aplicación estricta de la restricción probatoria implicaría, de facto, indefensión.

¹³⁶⁰ PASCUAL MARTÍNEZ, Alfredo. "Régimen disciplinario penitenciario... op. cit.

¹³⁶¹ STC 199/1992, de 19 de noviembre (ROJ: STC 199/1992 - ECLI:ES:TC:1992:199).

¹³⁶² SSTC 83/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 83/1997 - ECLI:ES:TC:1997:83); y 66/2007, de 27 de marzo (ROJ: STC 66/2007 - ECLI:ES:TC:2007:66), entre otras.

¹³⁶³ STC 74/1985, de 18 de junio.

2.3 Acceso al material probatorio

Con relación al acceso al parte de incidencias que motivó la actuación administrativa disciplinaria, ha señalado el Tribunal Constitucional¹³⁶⁴ que, desde la perspectiva del derecho de defensa, debe posibilitarse contradecir no solo los hechos imputados, sino también la virtualidad probatoria de los medios de prueba utilizados por la Administración penitenciaria, por lo que cuando se pretende utilizar la denuncia como material probatorio de cargo, el conocimiento de la misma por el interno constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión; pero, en la medida en que el contenido de los partes que dieron lugar a la incoación de los expedientes se haya incorporado en sus propios términos a los pliegos de cargos, ninguna indefensión cabe entender se ha deparado por el hecho de no dar copia de dichos documentos.

2.4 Carga de la prueba

La presunción de inocencia tiene plena vigencia en el procedimiento administrativo sancionador, de lo cual deriva que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recae sobre la Administración, lo que conlleva que no puede imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, con prohibición de utilización de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales¹³⁶⁵. Presunción de inocencia que también puede resultar vulnerada cuando los órganos competentes no motiven el resultado de dicha valoración o cuando el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado resulte ilógico o insuficiente¹³⁶⁶. En este sentido, el parte extendido por el funcionario, se considera prueba de cargo bastante para desvirtuar la presunción de inocencia¹³⁶⁷.

2.5 Principio *ne bis in idem* y la prejudicialidad

El principio *ne bis in idem* hace referencia a aquella situación en la cual un mismo hecho afecta al orden sancionador administrativo y penal, quedando vedado un castigo desproporcionado, con fundamento en una concepción global de *ius puniendi* estatal,

¹³⁶⁴ STC 156/2009, de 29 de junio (ROJ: STC 156/2009 - ECLI:ES:TC:2009:156), y 66/2007, de 27 de marzo (ROJ: STC 66/2007 - ECLI:ES:TC:2007:66).

¹³⁶⁵ SSTC 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97); 175/2000, de 26 de junio (ROJ: STC 175/2000 - ECLI:ES:TC:2000:175); 237/2002, de 9 de diciembre (ROJ: STC 237/2002 - ECLI:ES:TC:2002:237), y 169/2003, de 29 de septiembre (ROJ: STC 169/2003 - ECLI:ES:TC:2003:169).

¹³⁶⁶ SSTC 189/1998, de 28 de septiembre (ROJ: STC 189/1998 - ECLI:ES:TC:1998:189); 120/1999, de 28 de junio (ROJ: STC 120/1999 - ECLI:ES:TC:1999:120); 249/2000, de 30 de octubre (ROJ: STC 249/2000 - ECLI:ES:TC:2000:249); 155/2002, de 22 de julio (ROJ: STC 155/2002 - ECLI:ES:TC:2002:155); 209/2002, de 11 de noviembre (ROJ: STC 209/2002 - ECLI:ES:TC:2002:209).

¹³⁶⁷ STC 192/1987, de 2 de diciembre (ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192).

en tanto en cuanto medie concurrencia entre de sujetos, hechos y fundamentos. Subyace tras este principio la distinción entre injusto penal y administrativo, implicando el primero una lesión o puesta en peligro mediante una conducta tipificada en la ley de un bien jurídico penalmente relevante, mientras que en el segundo se trataría de conductas previstas y sancionadas en la normativa administrativa en interés de la propia Administración¹³⁶⁸.

Tal principio tendría una doble proyección, material y procesal. La primera implicaría la imposibilidad de una doble sanción a una persona por idéntico hecho; la segunda, la prohibición de prosecución de dos procedimientos sobre un mismo sujeto y objeto fáctico¹³⁶⁹. Este planteamiento, con esa doble vertiente, habría sido recogido en el art. 234.4 RP.

En lo material, en tanto dispone que aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental. Se acoge en el precepto una matización del principio en la medida en que constitucionalmente es admisible la doble punición en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, calificación que tiene la penitenciaria¹³⁷⁰.

La vertiente procesal sería una exigencia derivada del art 25 CE¹³⁷¹, de la cual deriva la obligación de los órganos administrativos de suspender la tramitación del expediente por ella seguido en tanto se resuelve la cuestión penal¹³⁷². El art. 234.4 RP, de forma incompleta, deja entrever la preferencia de la jurisdicción penal sobre la actuación administrativa, cuando recoge que, conforme a lo dispuesto en el art. 284 LCRM, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias. Esto es, cuando una conducta ejecutada por un interno pueda ser susceptible de ser calificada como infracción penal y disciplinaria, en tanto en cuanto se sigan unas actuaciones penales sobre tales hechos, la Administración solo puede llevar a cabo las actuaciones a prevención que resulten imprescindibles.

Sobre la prejudicialidad se ha pronunciado el Tribunal Constitucional¹³⁷³ al considerar la necesidad de arbitrar medios para evitar contradicciones entre las decisiones judiciales referidas a los mismos hechos y para remediarlas si se han producido, por lo que si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional,

¹³⁶⁸ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "El principio *non bis in idem* de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados". En: *Revista del Poder Judicial*, nº 41-42, 1996, p. 185; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Infracciones penales y administrativas por el uso no autorizado de denominaciones de origen: el principio *non bis in idem*". En: *Diario La Ley*. nº 6856, 2008.

¹³⁶⁹ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "El principio *non bis in idem*... op. cit., p. 186.

¹³⁷⁰ SSTC 74/1985, de 18 de junio; 77/ 1983 de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77); 159/1985 de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); y 112/1990 de 18 de junio (ROJ: STC 112/1990 - ECLI:ES:TC:1990:112).

¹³⁷¹ SSTC 77/1983, de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77) y 177/1999, de 11 de octubre (ROJ: STC 177/1999 - ECLI:ES:TC:1999:177).

¹³⁷² MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Infracciones penales y... op. cit.

¹³⁷³ SSTC 77/1983, de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77); 62/1984 y 158/1985; 62/1984, de 21 de mayo (ROJ: STC 62/1984 - ECLI:ES:TC:1984:62); 158/1985, de 26 de noviembre (ROJ: STC 158/1985 - ECLI:ES:TC:1985:158).

otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución, o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos, lo cual no supone la primacía o la competencia específica de una jurisdicción, efecto este que solo se produciría cuando así lo determine el ordenamiento jurídico, como ocurrirá, por ejemplo, cuando una decisión tenga carácter prejudicial respecto a otra. Se puntualiza además que no se trata de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de forma que, si la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio.

En el campo disciplinario ha de hacerse especial consideración a estos aspectos, pues cuando la resolución judicial penal previa se funda en la falta de justificación o prueba de los hechos, cabe posibilidad de un nuevo valoración o enjuiciamiento en otro orden administrativo o jurisdiccional distinto¹³⁷⁴. Este planteamiento es el que se recoge en el art. 116 LCRM y en el art. 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *del Régimen Jurídico del Sector Público*.

Traducido ello al ámbito disciplinario penitenciario, iniciada la vía penal, ha de paralizarse la actuación administrativa, la cual decae definitivamente para el caso de declararse la inexistencia del hecho. Fuera de tal supuesto cabe, ya sea porque media sentencia condenatoria, absolutoria o sobreseimiento de la causa, una vez firme el pronunciamiento judicial, continuar la actuación.

Dada la calificación de relación jurídica penitenciaria como de sujeción especial, como se ha expuesto, ello hace que sea admisible la doble sanción, penal y administrativa, si bien es preciso que el fundamento de aquellas sea diverso¹³⁷⁵; por lo que se refiere a la sanción disciplinaria, la seguridad o el buen orden regimental -art. 41 LOGP y 231 RP-. El Derecho Penal tiene por objeto la protección de unos bienes jurídicos diversos a aquellos que se amparan por la normativa disciplinaria penitenciaria, de ahí la admisibilidad de la duplicidad de sanciones que contempla el art. 232 RP¹³⁷⁶.

En definitiva, para que de una sola conducta de un interno pueda derivar tanto responsabilidad penal, como disciplinaria, por ser constitutivas de una infracción penal como disciplinaria, es preciso que se vulneren bienes jurídicos que permitan la doble

¹³⁷⁴ STC 59/1996, de 15 de abril (ROJ: STC 59/1996 - ECLI:ES:TC:1996:59).

¹³⁷⁵ La STC 234/1991, de 10 de diciembre (ROJ: STC 234/1991 - ECLI:ES:TC:1991:234), afirma - Fto. Jco. 2º- que “no baste simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio ne bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado”.

¹³⁷⁶ STC 77/1983, de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77); 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); 94/1986, de 8 de octubre (ROJ: STC 94/1986 - ECLI:ES:TC:1986:94); 76/1990, de 26 de abril (ROJ: STC 76/1990 - ECLI:ES:TC:1990:76); y 112/1990, de 18 de junio (ROJ: STC 112/1990 - ECLI:ES:TC:1990:112).

sanción, pues en caso contrario se está infringiendo el principio *ne bis in ídem*. Éste sería precisamente el planteamiento del art. 232.4 RP al establecer que esa acumulación de sanción penal y disciplinaria solo cabe cuando el fundamento de la sanción es la seguridad y buen orden regimental, superándose así la justificación de la doble sanción con referencia a la calificación de la relación penitenciaria como de sujeción especial, si bien la objetivación del nuevo concepto, por su discrecionalidad, no resulta fácil ¹³⁷⁷.

La actual regulación, desde el punto de vista práctico no resulta satisfactoria, y debería reservarse la vía penal solo para las conductas infractoras de los internos de mayor entidad, quedando la respuesta disciplinaria acotada a las de escasa consideración y que se refieren a aspectos más propios de lo que podríamos calificar como la vida doméstica penitenciaria, pues como pone de relieve SOLAR CALVO¹³⁷⁸, dado que es necesario respetar la garantía de suspensión de los procedimientos administrativos cuando se acude a la jurisdicción penal, ello trae como consecuencia la pérdida de la respuesta inmediatas, rápidas y eficaz, correctora de conductas relativamente leves desde el punto de vista penal, al tiempo que limitar la aplicación el Código Penal a los hechos disciplinarios más graves, refuerza el mayor desvalor del comportamiento infractor al actuar el Derecho Penal como última ratio.

2.6 Carácter no público del procedimiento

Se ha cuestionado también la ausencia del carácter público del procedimiento disciplinario, con invocación del art. 24 CE, postura rechazada por el Tribunal Constitucional¹³⁷⁹ al entender que las plenas garantías procesales, entre ellas la publicidad, no son aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios, ni que la publicidad es una exigencia desde la perspectiva constitucional; amén que la regla del carácter público del proceso, incluso los judiciales, admite excepciones, tanto en nuestra legislación, como en el art. 6.1 Convenio de Roma. La excepción en este caso queda justificada por las propias características de sistema de privación de libertad, regido por un principio de disciplina indispensable para el mantenimiento del orden dentro del establecimiento carcelario.

2.7 Asesoramiento

Por lo que al asesoramiento por abogado se refiere, en el procedimiento disciplinario no se recoge la plena asistencia letrada, la cual solo es exigible constitucionalmente en los procesos judiciales y, además, no en todos los casos, sino

¹³⁷⁷ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., pp. 350.

¹³⁷⁸ SOLAR CALVO, María del Puerto. "Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma". En: *Diario la Ley*. nº 7440, 2010.

¹³⁷⁹ STC 192/1987, de 2 de diciembre (ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192).

cuando los intereses de la justicia lo requieran¹³⁸⁰, de ahí que no puede estimarse vulnerado tal derecho por no contarse con asistencia letrada gratuita durante la tramitación del expediente disciplinario, ya que este derecho en los procedimientos de imposición de sanciones a los internos, tanto en fase ante la Administración penitenciaria, como ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no implica la designación de Abogado del turno de oficio¹³⁸¹. Ante este órgano solo caben designaciones de oficio para formular recursos de apelación, cuando proceden, DA 5ª LOPJ. Es más, en una materia bastante más compleja, como lo es la referente a clasificación, el Tribunal Constitucional¹³⁸² ha considerado que no es suficientemente relevante para proveer de tal asistencia letrada.

Hay sin embargo quien sostiene que la situación en la cual se encuentra un interno, con claras limitaciones, lo coloca en una postura de inferioridad respecto a la que se encuentra en resto de los ciudadanos con relación a la posibilidad de asesoramiento y defensa, lo cual justificaría la designación de oficio¹³⁸³.

Esta carencia en la práctica es suplida parcialmente por la existencia en ciertos territorios de los Servicios de Orientación Jurídica, con lo cual se pretende paliar el abandono legal en que queda el condenado tras la firmeza de la sentencia, con el fin de atender las incidencias jurídicas en el cumplimiento de la pena en prisión¹³⁸⁴.

Cuestión diversa sería que, habiéndose solicitado la asistencia de un abogado de libre designación, no se hubiera cursado, en cuyo caso, sí existiría vulneración del derecho del interno¹³⁸⁵.

Pero el derecho a designar libremente un letrado para que asesore al interno, especialmente para redactar el pliego de descargos y proponer las pruebas pertinentes para su defensa, no significa que éste tenga derecho a asistir a las sesiones de la Comisión Disciplinaria¹³⁸⁶.

La posibilidad de asesoramiento recogida en el art. 242.2 i) no se constriñe a la figura del letrado, antes bien puede recaer esa designación en un funcionario, generalmente el jurista, o bien por cualquier persona que designe el interno durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargo, lo cual da lugar a que este último pueda ser un tercero ajeno al ámbito penitenciario o incluso otro interno. En estos casos, cuando se recurre a un interno o un tercero, se puede imponer que ese asesoramiento sea por escrito¹³⁸⁷, pues de otra forma se vulnerarían multitud de preceptos que regulan las comunicaciones o los criterios de separación interior del

¹³⁸⁰ STC 229/1993, de 12 de julio (ROJ: STC 229/1993 - ECLI:ES:TC:1993:229).

¹³⁸¹ STC 42/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 42/2008 - ECLI:ES:TC:2008:42).

¹³⁸² La STC 233/1998, de 1 de diciembre (ROJ: STC 233/1998 - ECLI:ES:TC:1998:233), analizó un supuesto de hecho singularmente curioso, un recurso de apelación en materia clasificatoria que se tramitó sin intervención letrada, cuando aquella es imperativa por mor de la DA 5ª LOPJ, lo cual no impidió el rechazo del amparo al considerarse que no era una cuestión especialmente compleja.

¹³⁸³ ASENSIO CANTISÁN, Heriberto. "El régimen disciplinario... op. cit., pp. 128 y 129.

¹³⁸⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 350.

¹³⁸⁵ STC 83/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 83/1997 - ECLI:ES:TC:1997:83).

¹³⁸⁶ STC 192/1987, de 2 de diciembre (ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192).

¹³⁸⁷ SSTC 71/2008 y 10/2009.

establecimiento penitenciario. Es más, sería una fácil forma de obtener comunicaciones extraordinarias no ya con otros internos, antes bien con terceras personas.

3. APROBACIÓN DE LAS SANCIONES DE AISLAMIENTO EN CELDA DE DURACIÓN SUPERIOR A CATORCE DÍAS

3.1 El aislamiento como sanción

La sanción de aislamiento en celda prevista en el art. 43 LOGP, es, sin duda, en sus dos modalidades, como forma de confinamiento continuado o en fines de semana, la más grave de las sanciones previstas en nuestro ordenamiento penitenciario.

Las situaciones de aislamiento de los internos son consideradas con cautela tanto en nuestra legislación, como en la normativa internacional y jurisprudencia. La pena no puede ser un elemento de desestructuración de la persona, pues ello casaría mal no ya solo con la finalidad de aquella, sino que incluso, yendo más allá, chocaría con las más elementales normas de humanidad que deben inspirar el cumplimiento de las penas. Las situaciones de aislamiento continuado afectan con especial intensidad a psiquis del sujeto, lo cual se traduce en la adopción de especiales reservas cuando se regulan tales situaciones. Así, el régimen de vida penitenciario más duro, el del artículo 91.3 RP – el llamado régimen especial -, su desarrollo no comprende el aislamiento absoluto, de forma que se establece que tales internos disfrutarán de tres horas de patio no en solitario, antes bien con otro interno, y se contempla la posibilidad de establecerse actividades programadas con internos de esta clase hasta con cinco participantes. O el denominado régimen de protección del art. 75.2 RP, esto es, cuando para salvaguardar la vida o integridad física del recluso se adoptan por el Director, a solicitud del interno o por propia iniciativa de aquel, medidas que impliquen limitaciones regimentales, se dispone que su duración ha de ser la imprescindible, debiéndose promover el traslado del recluso a otro establecimiento de similares características para posibilitar el levantamiento de las mismas.

En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁸⁸ también se contempla el aislamiento como algo negativo y excepcional, precisamente por ese efecto desestructurador que produce la soledad sobre la persona. En el marco del Consejo de Europa, la Recomendación Rec (2006)2, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, sobre las *Reglas Penitenciarias Europeas*, refleja que no es el aislamiento algo consustancial a los sistemas penitenciarios del ámbito geográfico occidental; así la *Regla 25* recuerda que el régimen previsto para todos los internos debe ofrecer un programa equilibrado de actividades, a lo que se añade que este régimen debe permitir a todos los internos pasar diariamente fuera de su celda el tiempo necesario para asegurar un nivel suficiente de contacto humano y social, debiendo tener en cuenta las necesidades sociales de los internos; es más, especiales cautelas se reclaman incluso cuando el aislamiento se concibe como una respuesta sancionadora,

¹³⁸⁸ STEDH de 17 de noviembre de 2015, *asunto Bamouhammad c. Belgique*.

Regla 60: el aislamiento no puede ser impuesto a título de sanción más que en casos excepcionales y por un periodo definido y tan corto como sea posible. En definitiva, si conforme a la *Regla 5* la vida en prisión debe ajustarse lo máximo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior, no es la vida de un eremita el que se postula como modelo.

Como recoge RENART GARCÍA¹³⁸⁹, el aislamiento carcelario ocupa un lugar preminente históricamente, no solo en la configuración de determinados los sistemas penitenciarios, sino especialmente como correctivo disciplinario, y dadas sus particularidades ha sido objeto de especial atención doctrinal, llegándose a cuestionar incluso, por un sector doctrinal minoritario (en el que destaca Mapelli Caffarena y Roig Bustos), su ajuste constitucional, por entenderse que se trata de una auténtica restricción del mesurable bien jurídico libertad, lo que conllevaría que se estaría vulnerando el marco del art. 25.3 CE, en la medida en que la Administración no puede imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen restricciones de aquella.

La STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), rechaza la eventual infracción del art. 25.3 CE, invocando la modificación del *status libertatis* consecuencia de la relación de sujeción especial a que está sometido el interno y amparándose en el Convenio de Roma de 1950 sobre salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales y en Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Estrasburgo, la cual considera que las condiciones normales de la vida en prisión no constituyen una privación de libertad con independencia de la libertad de acción de que el prisionero puede gozar dentro de la prisión; se entendería que la libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el fallo de condena que determinó la restricción de tal derecho, no siendo ahora sino un mero cambio de condiciones.

No obstante, hay quien sostiene que, igual que la Administración penitenciaria carece de competencias para aprobar un régimen tan amplio como la libertad condicional, tampoco debería tener competencia para probar un régimen tan restrictivo como la sanción de aislamiento¹³⁹⁰.

La sanción de aislamiento en celda, por su especial grado de aflicción, que implica una mayor cercenación de la ya de por sí restringida libertad con relación a la forma de vida asignada al interno según su clasificación, está dotada de especiales garantías jurídicas y sanitarias.

Señala TÉLLEZ AGUILERA¹³⁹¹ que dada la grave consideración que le merece al legislador penitenciario la sanción de aislamiento en celda es por lo que se ha hecho una regulación garantista de aquella, lo cual se traduce en su tasación temporal, la fijación de los requisitos a los que somete su imposición, la exclusión de su aplicación a determinados internos, la detallada reglamentación de su ejecución y el control judicial que de tales sanciones.

¹³⁸⁹ RENART GARCÍA, Felipe. *El régimen disciplinario penitenciario...* op cit., pp. 184-185.

¹³⁹⁰ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., pp. 704-705.

¹³⁹¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. *El régimen disciplinario...* op. cit.

De esta forma, la sanción de aislamiento en celda solo cabe cuando en los hechos objeto de sanción se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste, de forma reiterada y grave, altere la normal convivencia del Centro, arts. 42.4 LOGP y 233.1 a) y 2 a) RP.

3.2. Garantías jurídicas y sanitarias

Dentro de la obligación que pesa sobre la Administración de preservar la vida e integridad de los reclusos -derivada del art. 3 LOGP-, ahora especificada en el art. 43 LOGP, la sanción de aislamiento se cumple con supervisión médica, suspendiéndose el cumplimiento en caso de enfermedad, si las circunstancias lo aconsejan, no pudiéndose aplicar a las mujeres gestantes y las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

Además, se dota a la sanción de especiales cautelas jurídicas, pues si es superior a catorce días, ha de ser aprobada por el Juez de Vigilancia. Se trata ésta no de una competencia de ejecución penal, sino que se enmarca en la proyección de las funciones de tutela judicial de derechos y de control de la legalidad de la actividad de la Administración establecidas en los arts. 117.4 y 106 CE¹³⁹².

La actual redacción difiere del texto del *Anteproyecto* y *Proyecto*, textos en los cuales la referencia era a las sanciones de aislamiento de más de veinticuatro días, redacción a la cual se propuso como alternativa por el Grupo Parlamentario Comunista un marco más estricto de control, reducido a seis días, y por el Grupo *Socialistes de Catalunya* una potestad más general comprensiva de todas las sanciones, esto es que todas ellas, impuestas por el correspondiente órgano colegiado, deberían ser sometidas a la consideración de la autoridad judicial, en atención a que toda sanción, para garantizar su corrección en la forma de aplicación del reglamento a los internos, debería contener la conformidad de aquella. El texto definitivo responde al Informe de la Ponencia, que es recogido luego en el Dictamen de la Comisión y del Pleno¹³⁹³.

La aprobación de la sanción de aislamiento superior a catorce días tendría un triple fundamento. La gravedad de la sanción y las repercusiones negativas que puede tener sobre cualquier persona el aislamiento absoluto, especialmente si se prolonga durante mucho tiempo. En segundo lugar, porque además de la comisión de una infracción de las que puede dar lugar a ella, es necesario que concurra alguna de las circunstancias del art. 43.4 LOGP. Y, en tercer lugar, porque la Administración penitenciaria solo tiene competencias para imponer las sanciones a que se refiere el art. 42.2 LOGP, entre las que se encuentra la sanción de aislamiento en celda no superior a catorce días¹³⁹⁴.

Como ha destacado el Tribunal Constitucional¹³⁹⁵, los términos en los cuales está regulada esta sanción se ajustan tanto al tenor del art. 15 CE, que prohíbe las penas o

¹³⁹² FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. "Régimen disciplinario". En: *Derecho Penitenciario II, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2003, p. 253.

¹³⁹³ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La reforma penitenciaria española...* op. cit., pp. 320-326.

¹³⁹⁴ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., p. 704.

¹³⁹⁵ STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

tratos inhumanos o degradantes, y al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues los riesgos que entraña ésta han sido salvados por su específica regulación que se ha hecho, tanto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, como en su reglamento. Ello sería así porque, por un lado, se fija en tales cuerpos normativos una restricción cuantitativa, pues según el art. 42 LOGP, en principio su duración no podrá exceder de catorce días, si bien es factible su incremento en la mitad de su máximo para los casos de repetición de la infracción, y, además, en caso de acumulación de sanciones de este tipo no podrá excederse de cuarenta y dos días consecutivos; por otro lado, desde una consideración cualitativa, será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste, reiterada y gravemente, altere la normal convivencia en el Centro; y, porque además, en su ejecución tiene unas estrictas normas, que se refiere no solo a la forma en la cual se concreta el aislamiento, sino también al lugar en el cual se lleva a cabo, y el sometimiento a garantías sanitarias. Ello llevaría a rechazar una eventual calificación como trato inhumano o degradante, afirmación que únicamente es admisible cuando por las condiciones -alimentación, mobiliario, dimensiones de la celda-, circunstancias -de acceso a biblioteca, periódicos, comunicaciones, radio, control médico- y duración, se llegue a un nivel inaceptable de severidad.

Además, se habría ido más allá, pues aunque el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito penitenciario se confiere a la Administración con exclusividad, no obstante, en el diseño de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ratificado luego por el art. 94 LOPJ, y dado que en nuestro sistema penitenciario es el Juez de Vigilancia quien ha de velar por las situaciones que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los presos y penados, se ha asegurado la judicialización de la ejecución de la pena privativa de libertad a través del sistema de control judicial -previo o posterior, según los casos- de aquel; adecuado funcionamiento que es no solo la garantía de conformidad a la ley de la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, rechazándose interpretaciones restrictiva de tal función.

Como premisa de toda otra más precisa exposición, ha de partirse de la afirmación de que la sanción de aislamiento superior a catorce días no existe jurídicamente sino solo cuando es aprobada judicialmente¹³⁹⁶.

3.3 Supuestos de hecho

La existencia de una sanción de aislamiento en celda superior a catorce días puede responder a tres situaciones:

- a) Cuando se despliega por un interno un comportamiento el cual exterioriza una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro, mediando una situación de repetición de la infracción, lo que da lugar a que pueda llegarse hasta un máximo de veintiún días de aislamiento conforme a los art. 43.3 y 4

¹³⁹⁶ Entre otros, MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 282.

LOGP; entendiéndose que hay repetición de la infracción, conforme al art. 235.2 RP, cuando al interno responsable de la falta disciplinaria se le hubiese impuesto con anterioridad otra u otras sanciones firmes por infracciones graves o muy graves y las correspondientes anotaciones en su expediente no hubiesen sido canceladas.

b) Cuando se ejecuta por el interno varias conductas en las cuales cabe apreciar una unidad de acción, lo cual determina que se examinen en único expediente, fruto del cual puede ser la imposición de varias sanciones de aislamiento en celda por faltas graves o muy graves, que en su conjunto superen el límite de catorce días.

c) Que cuando se vaya a ejecutar la sanción de aislamiento resulte que hay sanciones de esta clase impuestas en varios expedientes, sin conexión entre ellos, que en conjunto superen el límite de catorce días de aislamiento en celda.

El Reglamento Penitenciario da una respuesta unitaria a los tres supuestos al disponer en el art. 236.3 que, en los supuestos de cumplimiento sucesivo de sanciones de aislamiento en celda, éstas superen, en su conjunto, los catorce días de aislamiento, deberán ser aprobadas todas ellas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, haciéndose una especial cita del art. 76.2 d) LOGP.

Para TÉLLEZ AGUILERA¹³⁹⁷, el nuevo precepto reglamentario, el art. 236.3 RP, frente al antiguo 124.2 RP1981, determina que la intervención del Juez de Vigilancia lo es para aprobar toda la sanción, y no el exceso de catorce días, por lo que, en términos jurídicos, la sanción no existe hasta que tal aprobación no se produce; aprobación que se requiere tanto si la sanción superior a catorce días es producto de un solo expediente (una sanción incrementada por repetición de infracción o varias sanciones impuestas por concurso real de infracciones) o se trata de sanciones impuestas en varios expedientes, siempre que el cumplimiento sucesivo de las mismas supere los catorce días.

Sin embargo, frente a tal planteamiento hay que decir que mientras que en los dos primeros supuestos expuestos antes mencionados – sanción unitaria superior a catorce días o concurso real de sanciones derivadas de un único procedimiento-, la respuesta reglamentaria es la correcta, se encuadran en el ámbito del art. 76.2 d), y responden a la recepción de la doctrina constitucional al efecto, en el tercer supuesto incurre la norma en el olvido de algo elemental, esto es que el pronunciamiento del Juez de Vigilancia a que se refiere el art. 76.2 d) tiene carácter constitutivo y no meramente declarativo, que en los supuestos de hecho en él comprendidos, la potestad disciplinaria radica en él y no en la Administración, por lo cual no hay sanción hasta que el resuelve. En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS¹³⁹⁸ señala que, si en las sanciones de más de catorce días cabe recurso de apelación contra la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo es porque es él quien aprueba la sanción, sin resolver sobre un recurso alguno.

¹³⁹⁷ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. "El régimen disciplinario... op. cit.

¹³⁹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., pp. 360-361.

Dejando a un lado el primer supuesto, que no ofrece duda interpretativa alguna, por lo que al segundo se refiere, el Tribunal Constitucional¹³⁹⁹, ha establecido que es una exigencia la aprobación judicial tanto cuando la sanción superior a catorce días de aislamiento deriva de un único expediente, en el cual se imponga aquella como consecuencia de una o varias infracciones, o bien derivadas de varios expedientes, por hechos que deberían haber sido examinados en uno. Se trata claramente con este planteamiento de evitar artificiosas y fraudulentas incoaciones de expedientes distintos por unos hechos que forman parte de una unidad de acción, todo ello en orden a evitar el control judicial.

Se proyecta así en esta cuestión la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a que las normas legales deben interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental¹⁴⁰⁰ y si debe elegirse entre los posibles sentidos de la ley, ha de optarse por aquel que sea más conforme con las normas constitucionales¹⁴⁰¹.

La STC 128/1996, de 9 de julio (ROJ: STC 128/1996 - ECLI:ES:TC:1996:128), perfila claramente el tema cuando afirma que "lo que determina la intervención del Juzgado de Vigilancia no es la duración de las sanciones aisladamente consideradas, sino su duración conjunta cuando fueran impuestas en un mismo expediente o debieran serlo, declara que el no requerir dicha autorización supone privar al recurrente "de una garantía judicial que le confiere el ordenamiento vigente, y es la de aprobación previa de esas sanciones, con conocimiento previo y el no necesariamente limitado del control posterior por vía del recurso, por parte del órgano judicial competente al respecto, que debería haber aprobado, en ese caso, la imposición de las sanciones".

Pero el tercer supuesto, esto es, el relativo a sanciones de aislamiento enlazadas al tiempo de su ejecución que, en su conjunto, superan los catorce días, y que el art. 236.3 RP asimila a los dos anteriores, resulta erróneo el planteamiento. El origen del equívoco normativo puede localizarse en una Orden Circular de febrero de 1987 DGIP, dictada a consecuencia de la STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), en la cual va a recoger que el pronunciamiento del Juez de Vigilancia es una exigencia tanto en cuanto se trate de la imposición de una única sanción incrementada hasta la mitad del máximo como consecuencia de la repetición, bien se deba a la imposición de varias sanciones en un único procedimiento o se trate de sanciones impuestas en procedimientos distintos siempre que en ambos casos el cumplimiento sea sucesivo y deban en consecuencia enlazarse, y ello frente a la interpretación que se recogía en la Orden Circular DGIP de 17 de noviembre de 1981, que tan solo exigía esa intervención en el caso de la sanción individualmente impuesta¹⁴⁰².

¹³⁹⁹ SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), y 128/1996, de 9 de julio (ROJ: STC 128/1996 - ECLI:ES:TC:1996:128).

¹⁴⁰⁰ STC 77/1984, de 3 de julio (ROJ: STC 77/1984 - ECLI:ES:TC:1984:77).

¹⁴⁰¹ STC 19/1982, de 5 de mayo (ROJ: STC 19/1982 - ECLI:ES:TC:1982:19).

¹⁴⁰² PASCUAL MARTÍNEZ, Alfredo. "Régimen disciplinario penitenciario... op. cit.

Este enunciado normativo, el art. 236.3 RP, plantea serios problemas, pues, aunque loable en su visión garantista, va realmente más allá de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de los sostenido por el Tribunal Constitucional.

La Ley Orgánica General Penitenciaria, cuando exige que la sanción de aislamiento superior a catorce días deba ser aprobada judicialmente, está confiriendo única y exclusivamente en tal caso un poder disciplinario al Juez de Vigilancia, de forma que la sanción no tiene existencia, no pasa de ser una mera propuesta, si falta aquel pronunciamiento. Pero la existencia o no del supuesto no es algo contingente, como resulta del planteamiento del Reglamento Penitenciario, antes bien la situación fáctica es una realidad actual que surge en un momento concreto y preciso y que trae causa en una unidad fáctica, que en realidad es lo que dijo el Tribunal Constitucional en la STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), cuando se enfrentó a una actuación administrativa que artificialmente había incoado diversos expedientes que respondían a una única realidad conductual.

O, dicho de otra forma y más claramente, el art. 236.3 RP recoge dos supuestos distintos, uno aquel al que se refiere el art. 76.2 d) LOGP, que surge de una comportamiento infractor único ontológicamente, al cual hay que dar una respuesta sancionadora que implica un aislamiento en celda superior a catorce días, por lo que la sanción no existe hasta que la autoridad judicial se ha pronunciado; y junto a ese supuesto otro, el de sanciones de aislamiento en celda que individualmente no superan los catorce días y que responden a hechos independientes e inconexos ejecutados por el interno infractor, sanciones que ya han tenido una realidad jurídica administrativa sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno, que no son una mera propuesta, sino un acto dictado en ejercicio de las potestades propias de la Administración penitenciaria, que, cuando han de ejecutarse, sumadas superar ese límite de catorce días.

El tenor del art. 236.3 RP, una interpretación literal de aquel, lleva a un auténtico absurdo, sino aberración jurídica, pues la existencia de la sanción no depende ya de la entidad de la conducta, sino de la eventualidad de que el interno no haya cometido otras infracciones inconexas antes o después de la considerada, no ejecutadas, por lo que si aquellas no existen o han sido ya ejecutadas, la sanción tiene plena virtualidad; mas, si cuando se va a ejecutar, coincide con otras de esa naturaleza que en conjunto superan los catorce días, la sanción deja de existir y solo surge con el pronunciamiento judicial.

En conclusión, hay que considerar dos situaciones, por un lado, aquellas conductas infractoras que en su unidad interna fáctica constituyen una o varias infracciones y que conllevan una sanción de aislamiento en celda superior a catorce días, en cuyo caso la sanción no existe hasta que hay pronunciamiento judicial; y por otro cuando existen ya varias sanciones, derivadas de hechos inconexos, pero que, al tiempo de su ejecución, sumadas, superan, también, aquella barrera de catorce días.

En puridad, el enunciado del art. 76.2 d) LOGP se refiere exclusivamente al supuesto en el cual las conductas infractoras, en su unidad interna fáctica, constituyen una o varias infracciones y que conllevan una sanción de aislamiento en celda superior a catorce días, no existiendo sanción hasta el pronunciamiento judicial. Por contra, no se contemplaría en él la situación de concurrencia de varias sanciones, derivadas de

hechos inconexos, pero que, al tiempo de su ejecución, sumadas, superan, también, aquella barrera de catorce días.

El alcance y operatividad del eventual recurso del interno sancionado es distinto en cada caso. En el primero, unidad de conducta que da lugar a un pronunciamiento de la Comisión Disciplinaria imponiendo una sanción de aislamiento en celda superior a catorce días, no hay sanción hasta el pronunciamiento judicial, con lo cual no es hasta ese momento hasta el que cabe el recurso, que lo es frente a la decisión del Juez de Vigilancia. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, ante la propuesta de la Comisión Disciplinaria, como ocurre también en los permisos aprobados por las Juntas de Tratamiento, tiene plena potestad, con lo cual puede revisar tanto las garantías procedimentales, como considerar cualquier cuestión de fondo. Contra tal pronunciamiento, conforme a la DA 5ª LOPJ, cabe recurso de reforma y apelación, pues no es una resolución judicial dictada en apelación contra una resolución administrativa.

Discrepa de este planteamiento FERNÁNDEZ ARÉVALO¹⁴⁰³, el cual, aunque admite el recurso de apelación contra la decisión judicial en estos supuestos, entiende que el interno puede recurrir el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria, si bien, en este caso la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria resolviendo se sigue considerando de primera instancia, no dictada en apelación.

Queda dar respuesta entonces a qué alcance y finalidad tiene la aprobación judicial en el segundo supuesto, esto es el caso de sanciones inconexas de aislamiento en celda impuestas por la Comisión Disciplinaria y que al tiempo de su ejecución superan los catorce días. Aquí las sanciones ya existen, siendo firmes, bien por no haber sido recurridas, o bien por haberlo sido, siendo desestimado el recurso, con lo cual las cuestiones procedimentales y de fondo concurrentes en su imposición ya han sido objeto de control -o al menos podrían haberlo sido si se hubieran cuestionado por el interno-. La actuación judicial ahora implica un triple control: por un lado, una verificación formal de la sanción, si existe y es firme, que no se extiende a los aspectos materiales - tipicidad de la infracción, sanción a imponer o su proporcionalidad, o eventuales infracciones procedimentales, aspectos éstos que son propios del objeto del recurso contra el Acuerdo que impuso la sanción en su día-; por otro, si se respeta al tiempo de la ejecución las normas del concurso real a que se refiere el art. 236.2 RP; y, por último, una fiscalización de la ejecución, especialmente si concurre impedimento para llevarla a cabo¹⁴⁰⁴.

No obstante, lo expuesto, existe algún pronunciamiento judicial, AAP Madrid 665/2019¹⁴⁰⁵, que en el caso de concurrencia de sanciones que al tiempo de la ejecución superan la cifra de catorce días, a pesar de haber sido objeto de recursos individuales ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, entran en el fondo de cada uno

¹⁴⁰³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. "Régimen disciplinario... op. cit., p. 256.

¹⁴⁰⁴ AAP Segovia 41/2008, de 14 de octubre; AAP Segovia 5/2009, de 28 de enero; AAP Segovia 88/2013, de 7 de noviembre; AAP Segovia 106/2018, de 15 de noviembre.

¹⁴⁰⁵ NIETO GARCÍA, Ángel Juan. "Novedoso criterio judicial relativo al cumplimiento de sanciones penitenciarias. Comentarios al auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 5ª, de 15/02/2019". En: *Diario La Ley*, nº 3529, 2019.

de los expedientes e incluso modifican la sanción ratificada por decisión firme del correspondiente Juzgado. Resulta cuando menos discutible tal proceder, en primer lugar porque si ya hay un Acuerdo administrativo firme, bien porque fue consentido o bien porque fue ratificado judicialmente, es difícil sostener que no hay sanción, que esa nace por el acto de autorización del cumplimiento, pues sería poco menos que afirmar que un pronunciamiento administrativo y judicial existió y luego desapareció por la eventualidad de concurrir luego al tiempo de la ejecución con otra sanción; por otro lado, no se alcanza a entender desde una perspectiva de elemental economía procesal, qué sentido tiene cuestionar resoluciones administrativas que puede ser que ya hayan sido revisadas judicialmente; y, por último, es cuando menos extraño que esta nueva autorización, con ese pretendido carácter constitutivo, sea hecha por el Juez de un lugar que puede ser perfectamente diverso de aquel en el cual aconteció el hecho infractor, lugar sujeto a otra jurisdicción territorial -piénsese una sanción impuesta en un centro en el cual ya no está el interno sancionado y que al momento de ejecución coincide con otras impuestas en ese nuevo destino-.

3.4 Competencia territorial para la aprobación de la sanción de aislamiento superior a catorce días

Hay que hacer también una referencia o puntualización con relación a la competencia territorial para la aprobación de la sanción de aislamiento superior a catorce días. Si se trata de lo que podemos denominar el auténtico supuesto fáctico del art. 76. 2 d), esto es sanción única de aislamiento superior a esa cifra o sanción cumulativa superior a aquella derivada de un único procedimiento o de varios que deberían haber sido seguidos en uno, ésta corresponde al Juez de Vigilancia del establecimiento penitenciario en el cual tuvo lugar la conducta infractora, conforme al art. 94 y DA 5ª LOPJ; pero, si estamos ante el supuesto añadido en el art. 236.3 RP, esto es sanción de aislamiento superior a catorce días derivados de un cumplimiento enlazado de sanciones impuesta en procedimientos diversos, la competencia corresponde al Juez de Vigilancia del lugar en el que este último va a tener lugar.

Por lo que se refiere al supuesto de concurrir una pluralidad de sanciones de aislamiento celda pendientes de cumplimiento, dispone el art. 42.5 LOGP y el 236.1 y 2 RP que al culpable de dos o más faltas se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, y, no siéndolo, se cumplirán por orden de su respectiva gravedad, pero el máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triple del tiempo correspondiente a la más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda. Como señala RENART GARCÍA ¹⁴⁰⁶, la posibilidad de que ese cumplimiento acumulado dé lugar a consecuencias indeseables determina que el legislador recurra a la acumulación jurídica fijando un máximo de cumplimiento, técnica que se habría introducido en la reforma de

¹⁴⁰⁶ RENART GARCÍA, Felipe. *El régimen disciplinario penitenciario...* op cit., p. 155.

29 de julio de 1977 del ya derogado del Reglamento de Servicio de Prisiones, a propuesta de García Valdés en 1975¹⁴⁰⁷.

Surge así la duda de qué ocurre con los días de aislamiento que superan ese tope. Para CEZÓN GONZÁLEZ¹⁴⁰⁸ la solución vendría dada por dejar un día sin cumplir la sanción entre ese máximo de cuarenta y dos días y el tiempo restante, si bien para este último se exigiría una nueva aprobación. FERNÁNDEZ ARÉVALO¹⁴⁰⁹, por su parte, matiza la cuestión entendiendo que han de considerarse las reglas de conexidad del concurso real del art. 76 CP. Esta última postura parece la más acertada, esto es que siempre y cuando hubieran podido ser vistas las sanciones en un expediente, por existir conexidad, superado el límite de cuarenta y dos días, en el exceso han de entenderse extinguidas, mas no así aquellas sanciones que no entren en ese posible bloque; en este caso, la solución primera propuesta entraría en juego, esto es, que se cumplirían cuarenta y dos días primero y, con un día de diferencia, las restantes hasta alcanzar de nuevo ese máximo, y así sucesivamente, siendo necesaria la aprobación judicial por cada bloque, conforme al art. 236 RP.

En cuanto al contenido concreto de la sanción de aislamiento, su regulación se hace en sede reglamentaria, art. 254 RP, pues la ley penitenciaria no la detalla, aspecto este también cuestionable. En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS¹⁴¹⁰ considera que el aislamiento en celda es una auténtica privación del derecho a la libertad con lo cual su regulación debería estar recogida íntegramente en una ley orgánica.

Coincidiendo con el anterior postulado en cuanto a la necesidad de un marco legal de las restricciones de los derechos de los internos en el cumplimiento de la sanción de aislamiento, DE LEÓN VILLALBA¹⁴¹¹ sostiene que en el cumplimiento de aquella, salvo en lo expresamente regulado en el normativa reglamentaria, siguen vigentes los demás derechos y deberes del interno, siempre que la propia naturaleza y sus condiciones de aplicación los hagan compatibles con su desarrollo y con la finalidad de su aplicación, cuestionando por ello las eventuales restricciones que pudieran resultar de la Instrucciones de la Administración en temas tales como las comunicaciones especiales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con invocación de la naturaleza de sujeción especial de la relación penitenciaria, en las SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), y 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119), ha sancionado el *status quo* vigente, su regulación en sede reglamentaria. No obstante, hay que destacar que la segunda sentencia mencionada, en un voto particular suscrito por dos Magistrados, discrepa del parecer

¹⁴⁰⁷ En referencia a la obra de GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Régimen penitenciario de España*. Madrid: UCM/Instituto Universitario de Criminología, 1975, p. 169.

¹⁴⁰⁸ CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos. "Régimen disciplinario, asistencia de Letrado y medidas coercitivas". En: *VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: CGPJ, 1994, p. 237-238.

¹⁴⁰⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. "Régimen disciplinario... op. cit., p. 256-257.

¹⁴¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 355.

¹⁴¹¹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. "Régimen disciplinario y recompensas". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 320.

mayoritario, entendiendo que las restricciones relevantes del derecho a la libertad, como lo sería la sanción de aislamiento, deberían tener la adecuada cobertura normativa.

4. EL CONTROL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA EJECUTIVIDAD INMEDIATA DE LAS SANCIONES

El art. 243 RP faculta al Director para adoptar en el curso del procedimiento disciplinario las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y el buen fin del procedimiento, así como para evitar la persistencia de los efectos de la infracción; tales medidas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto, y su adopción es notificada al interno y puesta en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Como toda puesta en conocimiento, ello implica un control de la corrección de la medida por parte del órgano jurisdiccional, esto es, se impone la necesidad un pronunciamiento confirmatorio o revocatorio de aquella, medie o no queja del interno.

Por otra parte, los acuerdos sancionadores no son ejecutivos en tanto en cuanto no sean firmes, bien por consentidos, bien por confirmados por la autoridad judicial. No obstante, el art. 44.3 LOGP y el art. 252.2 RP permiten en casos de actos de indisciplina grave, cuando se entienda que el cumplimiento de la sanción no puede demorarse, que las sanciones impuestas serán inmediatamente ejecutadas, correspondan a los actos de indisciplina grave tipificados en las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 108 RP1981.

Como garantía a favor del interno sancionado se establece la posibilidad de acudir en queja frente a tal acuerdo de ejecución inmediata de la sanción ante el Juez de Vigilancia, con independencia de la tramitación del recurso contra el acuerdo sancionador.

En el caso de la sanción de aislamiento en celda hay ciertas particularidades. Así el art. 253 RP que las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días no serán en ningún caso ejecutivas hasta su aprobación por el Juez de Vigilancia, salvo en el caso de cumplimiento sucesivo de sanciones de aislamiento cuya duración acumulada no supere los catorce días, en los mismos casos del art. 252.2 RP y sin perjuicio de que todas las sanciones impuestas deban ser aprobadas por el Juez de Vigilancia. La notificación del acuerdo de ejecución al Juez de Vigilancia es inmediata y la tramitación de la queja frente a aquel acuerdo y del recurso contra el acuerdo sancionador tienen carácter urgente y preferente.

Con relación a este particular régimen de muy limitada ejecutividad inmediata de la sanción de aislamiento en celda, considera TÉLLEZ AGUILERA¹⁴¹² que se da la paradoja por un lado los supuestos más graves (sanciones de más de catorce días), y por tanto fruto de una situación que requiere que la sanción no pueda demorarse -art. 44.3 LOGP-, no pueden ejecutarse inmediatamente hasta que son objeto de aprobación

¹⁴¹² TÉLLEZ AGUILERA, Abel. "El régimen disciplinario... op. cit.

judicial, mientras que las menos graves (sanciones únicas o acumuladas inferiores a catorce días) serán inmediatamente ejecutivas.

5. EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS RECURSOS

Dejando al margen el tema del recurso de reforma, que cabe contra todas las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme a la DA 5ª LOPJ, solo cabe apelación en materia que no sea ejecución, caso de la regimental, cuando esa decisión no se haya dictado resolviendo un *recurso de apelación* contra resolución administrativa.

La terminología empelada no puede ser más confusa, pues en ella el Juez de Vigilancia Penitenciaria parece un superior dentro de una misma organización, no lo que realmente es, un órgano judicial de control externo de la Administración.

Por regla general, en materia disciplinaria, la intervención judicial tiene como presupuesto una actuación administrativa que es cuestionada en sede judicial. Por ello el pronunciamiento del Juez lo es en apelación frente a lo resuelto por la autoridad penitenciaria, con lo cual no cabe apelación.

Caso distinto es cuando el Juez de Vigilancia aprueba una sanción de aislamiento en celda superior a catorce días o autoriza su ejecución, pues en eso casos resuelve en primera instancia, no resuelve revisando una decisión previa de la Administración, luego cabe apelación. No obstante, en estos casos el objeto del recurso es distinto, pues en los que la resolución cuestionada es propiamente la autorización de la sanción, el conocimiento es pleno, pues la sanción no existe hasta que media la resolución judicial, mientras que en los casos de autorización de la ejecución, la sanción ya existía desde que la dictó la autoridad administrativa, luego el objeto del recurso es tan solo si cabe ejecutarla o no, esto es, si formalmente existe una sanción firme y si no hay impedimento para llevarla a cabo.

Aunque se haya cuestionado la pertinencia de que en materia disciplinaria debería existir doble instancia, tal planteamiento solo cabe verlo desde una perspectiva de *lege ferenda*, pues la regulación actual no tiene fisura constitucional alguna.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza en principio el derecho a una doble instancia judicial salvo en el ámbito penal¹⁴¹³ y a esta última materia no pertenecen las sanciones disciplinarias a los internos de los centros penitenciarios, que se inscriben en el ámbito de las sanciones administrativas¹⁴¹⁴.

¹⁴¹³ SSTC 109/1987, de 19 de junio (ROJ: STC 109/1987 - ECLI:ES:TC:1987:109); 160/1993, de 17 de mayo (ROJ: STC 160/1993 - ECLI:ES:TC:1993:160); 322/1993, de 12 de noviembre (ROJ: STC 322/1993 - ECLI:ES:TC:1993:322); 199/1994, de 4 de julio (ROJ: STC 199/1994 - ECLI:ES:TC:1994:199); y 20/2009, de 26 de enero (ROJ: STC 20/2009 - ECLI:ES:TC:2009:20).

¹⁴¹⁴ SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 186/1993, de 7 de junio (ROJ: STC 186/1993 - ECLI:ES:TC:1993:186); 297/1993, de 18 de octubre (ROJ: STC 297/1993 - ECLI:ES:TC:1993:297); 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97); y 169/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 169/1996 - ECLI:ES:TC:1996:169).

Este planteamiento ya se recogía en los Criterios Refundidos de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VIII Reunión¹⁴¹⁵, Criterio 83, y en el propio *Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*¹⁴¹⁶, art.73 de aquel. Postura compartida por la Fiscalía Especial ante el Tribunal Constitucional¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁵ Madrid, 1994.

¹⁴¹⁶ Publicado en el BOC el 27 de abril de 1997.

¹⁴¹⁷ Antecedente de Hecho 10º de la STC 128/1998, de 16 de junio (ROJ: STC 128/1998 - ECLI:ES:TC:1998:128).

CAPÍTULO XII. LAS COMPETENCIAS DEL JUEZ DE VIGILANCIA EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS

1. PETICIONES Y QUEJAS DE LOS INTERNOS

1.1 El objeto de la competencia

1.2 Legitimación

1.3 Contenido de las quejas

2. LAS VISITAS A LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

3. CONTROL DE LOS ACUERDOS DE LA ADMINISTRACIÓN LIMITATIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 Restricción de las comunicaciones

3.1.1 Introducción

3.1.2 Aspectos competenciales

3.1.3 Objeto y requisitos de la intervención

3.1.4 Uso de lengua propia

3.1.5 Denegación de comunicaciones. Especial problemática de las comunicaciones con profesionales de los medios de comunicación social.

3.1.6 Suspensión de comunicaciones

3.2 Medios coercitivos

3.2.1 Concepto y normativa internacional

3.2.2 Supuestos y principios

3.2.3 Comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria

3.2.4 Motín

3.3 Cacheos

3.4 Limitación de la tenencia de libros y publicaciones

4. RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES RELATIVAS A DECISIONES QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE VIDA O UBICACIÓN DE LOS INTERNOS

4.1 Limitaciones regimientales

4.2 Exceso de permanencia en el departamento de ingresos

4.3 Comunicación de los traslados

4.4 Traslado de menores de 21 años a departamentos de adultos

5. RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES DE CUESTIONES SANITARIAS

5.1 Las intervenciones forzadas. Huelgas de hambre y rechazo de tratamientos médicos por los internos

5.1.1 El consentimiento informado en general

5.1.2 El consentimiento informado en las personas privadas de libertad: huelgas de hambre reivindicativas

5.1.3 El consentimiento informado en las personas privadas de libertad: rechazo al tratamiento médico del paciente-interno

5.2 Ingreso de internos en centros hospitalarios

1. LAS PETICIONES Y QUEJAS DE LOS INTERNOS

1.1 El objeto de la competencia

Atribuye el art. 76.2 g) LOGP la competencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria para 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 aquellos.

La redacción del precepto no deja de ser confusa y puede dar lugar a una difícil configuración en cuanto al alcance de la resolución a dictar.

MANZANARES SAMANIEGO ¹⁴¹⁸ critica la falta de fortuna y acierto del Legislador en la redacción del precepto. De salida el texto emplea el verbo *afectar* en singular -“afecte”-, lo cual puede llevar a un insatisfactorio resultado en tanto que en materia de régimen cabría cualquier queja, mientras que en el tratamiento se restringiría el contenido a que estuvieran en juego los derechos y beneficios penitenciarios. Es más, hasta cabría incluso entender que ambos elementos, a la vez, tuvieran que verse afectados, dada la conjunción que los une en el texto. Y desde otra perspectiva, resulta difícil concebir una queja que no se refiera al régimen y el tratamiento penitenciario y que afecte a los derechos y beneficios penitenciarios.

Por otro lado, hay una coincidencia parcial entre el contenido del precepto analizado y el de los art. 53 y 54 RP, el derecho de todo interno a formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre materias que sean competencia de la Administración penitenciaria, si bien en este último caso su ámbito es mucho más amplio, pues no toda cuestión competencia de la Administración penitenciaria lo es del Juzgado de Vigilancia; sirva de ejemplo, un supuesto que luego se analizará más ampliamente, la ubicación territorial de los internos.

Pero esta duplicidad suscita problemas, como lo es el del carácter subsidiario o no de la actuación judicial. En este sentido, se ha sostenido que la queja ante el Juez de Vigilancia no tiene un contenido específico y distinto al de la queja ante el Director, ni que esta última sea el presupuesto de aquella otra, a modo de primera instancia

¹⁴¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “Relaciones entre la Administración penitenciaria...” op. cit., p. 88.

administrativa, de forma que el interno podría dirigirse indistintamente a uno u otro órgano¹⁴¹⁹.

Sin embargo, este planteamiento es cuestionable por dos motivos. En primer lugar, no hay una coincidencia de objeto, como ya se expresó, pues la queja ante la Administración comprende todas sus competencias, algunas de las cuales escapan del control del Juez de Vigilancia, constriñéndose la de éste a cuestiones relativas a derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios, en cuanto que afecten al régimen o al tratamiento, siendo éste el presupuesto de su actuación; y en segundo lugar, porque no reconocer un carácter subsidiario de la labor judicial entraña al serio riesgo de convertir al Juez de Vigilancia en lo que no es, el Director del centro.

Petición y queja no son lo mismo. La primera, hay que entenderla relativa a una cuestión que es competencia del Juez de Vigilancia y no de la Administración, de ahí que se reconozca esa posibilidad de acudir a él. Sería así, por ejemplo, el caso de un abono de preventiva en causa distinta en la cual se generó del art. 58.2 CP; ni que decir tiene que aquí la Administración nada tiene que decir, siendo su única función al efecto la de mera colaboración suministrando la información que se le requiera. La queja, sin embargo, implica una cuestión insatisfactoriamente resuelta por la Administración, que, en la medida en que afecte a un derecho fundamental o derecho o beneficio penitenciarios, enmarcado en cuestiones regimientales o tratamentales, convierte al Juez de Vigilancia en segunda instancia resolutoria; sirva de ejemplo, una indebida denegación de comunicaciones, de modo que si previamente no se han solicitado, no se puede acudir al Juez, salvo que se quiera convertir a él en gestor administrativo de ese servicio, lo cual es absurdo. En definitiva, la queja sería el instrumento más amplio de control de la actividad administrativa, comprensiva de todos aquellos aspectos de ésta que, en el marco antes dicho del tratamiento o el régimen, afecten a los derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios.

Régimen y tratamiento es prácticamente toda actividad penitenciaria, pues siendo el primero el conjunto de normas que permiten una convivencia ordenada y el segundo el conjunto de actividades directamente encaminadas a la reeducación o reinserción, pocas cuestiones quedan al margen de aquella. Mas la acotación competencial del Juez de Vigilancia viene dada por la afectación de los derechos fundamentales o a los derechos o beneficios penitenciarios, lo cual conecta con una de las razones de ser primarias de la figura del Juez de Vigilancia y que se plasma tanto en el art. 76.1 LOGP, como en el art. 94.1 LOPJ: la salvaguarda de los derechos y beneficios de los internos y la corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. La invocación de la intervención de la jurisdicción de vigilancia exige como presupuesto la consideración de la concurrencia de aquellos, de forma que, de no mediar un derecho fundamental o bien un derecho penitenciario, no cabe ésta, lo cual no supone merma en la tutela judicial, antes bien simplemente significa que es competente otro orden jurisdiccional, por regla general, el contencioso-administrativo. Como no siempre es fácil

¹⁴¹⁹ PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional...* op. cit., p. 658.

resolver la cuestión, surgirán zonas de conflicto a las cuales ya se hizo referencia en otro capítulo.

No cabe duda de que hay una difusa zona de conflicto de atribuciones entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Administración, que pivota en torno a los arts. 76 y 77 LOGP. Así el art. 76.2 g) LOGP puede interpretarse de forma restrictiva en consideración al enunciado del art. 77 LOGP, como si éste marcara los límites de aquel otro, vetando las materias allí referidas, que serían competencias administrativas y, en esa línea, la referencia a *acordar lo que proceda* no sería sino, en las propias, adoptar la decisión oportuna y, en las ajenas, la formulación de la correspondiente propuesta. Frente a esta formulación estricta, estaría la recogida en los Criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 1985, conforme a la cual tal dicción comprendería la atribución específica para resolver, en todo caso, acerca de las situaciones en que los derechos puedan verse afectados, sin más limitaciones que el principio de legalidad y que lo ordenado sea razonablemente posible y no produzca un grave problema de seguridad u orden público; planteamiento éste que la STCJ de 9 de julio de 1986, en cierta forma, recoge cuando afirma que considerar que el art. 77 LOGP “expresa y acuña cerradamente la configuración del Juez de Vigilancia supone tanto como desconocer el aliento con el que la institución es concebida por el legislador, así como desdeñar, sumiéndolos en la inoperancia las previsiones del art. 76 de la propia Ley”¹⁴²⁰.

En esa línea, ASECIO CANTISÁN¹⁴²¹ entiende, desde una concepción expansiva del Juez de Vigilancia, que hay que rechazar el planteamiento de aquellos que sostienen (y cita a MANZANARES SAMANIEGO¹⁴²²) que *acordar lo que proceda* no significa sino remitirse a algunas de las competencias que tiene en el art. 76 LOGP y, fuera de tales supuestos, a la vía de las propuestas del art. 77 LOGP, considerando que la expresión mencionada, ante una queja referente al régimen o tratamiento que afecte a los derechos fundamentales de los internos, lo que significa precisamente es acordar lo que en cada caso concreto sea lo procedente, dentro de los límites del orden público y ponderación. Esto es, el Juez de Vigilancia ha de resolver motivadamente, amparando el derecho del interno o liberado vulnerado con determinación de la obligación de hacer o no hacer de la Administración penitenciaria¹⁴²³.

Frente a este planteamiento, visto el tiempo transcurrido de funcionamiento de los Juzgado de Vigilancia, los distintos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos, cabe cohonestar ambas potestades y, en la medida de lo posible, situarlas en cada lugar, no sin reconocer que hay situaciones en las cuales no resulta clara la cuestión. La decisión del Juez de Vigilancia, constreñida al específico marco de los derechos fundamentales y de los derechos y beneficios penitenciarios, tiene un claro matiz imperativo, que implica el restablecimiento de aquellos. En este sentido, cabe compartir la afirmación de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se convierte en garante del propio funcionamiento del establecimiento, en la medida en que afecte directamente a

¹⁴²⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho ...* op. cit., pp. 310-311.

¹⁴²¹ ASECIO CANTISÁN, Heriberto. “La intervención... // *Jornadas...* op. cit., pp. 60-62.

¹⁴²² MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La problemática del Juez de Vigilancia”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 232-235, 1981.

¹⁴²³ En ese sentido cita la STCJ de 9 de julio de 1986.

derechos o beneficios penitenciarios¹⁴²⁴. En estos casos no cabe alegar una eventual intromisión en la función administrativa, pues precisamente el Juez de Vigilancia, su esencia que justifica su existencia, al menos en el modelo elegido por nuestro legislador, conforme a los art. 76.1 LOGP y 94 LOPJ, es la de garante de los derechos de los internos. Pero con un límite, siempre y cuando no haya un procedimiento específico al margen de aquella atribución, conforme al cual el control de la actuación administrativa deba desarrollarse por otro cauce¹⁴²⁵.

Hay que hacer una especial puntualización. Si no hay vulneración de derechos, aunque esta fuera potencial, no cabe resolución imperativa alguna¹⁴²⁶.

Puede ocurrir, con motivo de una queja, que se detecte un anormal funcionamiento en las áreas de gestión administrativa y que, constatada la deficiencia en el servicio, bien porque ha mediado una vulneración de derechos o bien porque ésta no haya llegado a producirse, mas, se ha exteriorizado, sea preciso, en el primer caso además de la resolución imperativa restauradora del derecho, hacer un pronunciamiento meramente declarativo, para lo cual queda reservado el cauce del art. 77 LOGP.

La respuesta del Juez de Vigilancia ante la eventual lesión de los derechos del interno es el restablecimiento de aquel, con carácter vinculante, salvo que ya no sea posible, en cuyo caso, su pronunciamiento no puede contener más que una mera declaración de la infracción constatada.

Cabe suscitar, sin embargo, ante la existencia de algunos pronunciamientos judiciales¹⁴²⁷ un tanto heterodoxos, si además de reconocer la vulneración del derecho,

¹⁴²⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho ...* op. cit., p. 310.

¹⁴²⁵ STCJ 1/2020, de 12 de febrero.

¹⁴²⁶ SSTCJ de 7 (2) y 28 de junio de 1995.

¹⁴²⁷ Así el AAN (1ª) 760/2010, de 17 de diciembre, tras reconocer la irregularidad en la práctica de un registro de una celda, sin la presencia del interno, condena al estado a restituir una serie de pertenencias que se dice fueron sustraídas. O los AAP Sevilla (4ª) 223/2008, de 15 de abril (ROJ: AAP SE 819/2008 - ECLI:ES:APSE:2008:819A); AAN (1ª) 760/2010, de 17 de diciembre; AAP Cádiz (1ª) 186/2017, de 8 de mayo (ROJ: AAP CA 434/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:434A); AAP Sevilla (4ª) 945/2017, de 18 de julio (ROJ: AAP SE 1619/2017 - ECLI:ES:APSE:2017:1619A); en todos ellos se condenan a la Administración a pagar lo satisfecho por el interno para el transporte de sus pertenencias, como consecuencia de la infracción de su derecho a que la Administración llevara a cabo aquel en los términos del art. 318 RP. La AP Segovia, 1ª, en resoluciones de 28 de diciembre de 2012 y 29 de enero de 2016, se pronuncia en sentido contrario y entiende que esas reparaciones indemnizatorias como consecuencia de la infracción del derecho del interno, son una cuestión ajena al ámbito de Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y así concluye que cuando lo que reclama el interno es el reintegro de un pago voluntariamente por él realizado para el transporte de sus pertenencias, su pretensión no es sino una reclamación de responsabilidad civil del Estado, que se incardina en el ámbito administrativo y, en su caso, en la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Los pronunciamientos primeramente citados tienen en común como presupuesto fáctico de aquellos, la escasa cuantía de la reclamación formulada por el interno, lo cual hace pensar que se olvida cual es la naturaleza de la acción, que lo relevante es el elemento cualitativo, y se toma como referencia el elemento cuantitativo, a modo de título de atribución competencial. Si la vulneración fuera de otro derecho de mayor entidad, por ejemplo, el derecho a la salud, en un supuesto de una deficiente o insuficiente atención médica en el medio penitenciario, que generara unas gastos, sirva el ejemplo, por acudir el interno a la sanidad privada su costa, lo cual es perfectamente factible (art. 212.3 RP) ¿se ventilaría el coste de la asistencia médica prestada ante el Juez de Vigilancia, más allá del reconocimiento de la vulneración del derecho a la salud, la cuantificación del daño a espaldas de la Abogacía del Estado, y ello bajo la excusa

se puede ir más allá, reconociendo directamente una prestación de contenido indemnizatorio.

Las resoluciones judiciales que amparan estas situaciones olvidan que el control en el ámbito de la vigilancia penitenciaria ha de ser compatible con el respeto a los cauces específicos legalmente establecidos para el cuestionamiento de las actuaciones administrativas, que en el art. 76.2 g) no cabe todo¹⁴²⁸.

La STC129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129), reconoce la posibilidad de establecimiento de órganos judiciales especializados, en este caso a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, pertenecientes al orden jurisdiccional penal, diversos de los órganos administrativos especializados o de los tribunales de la jurisdicción contencioso, como mecanismo de control de la actuación administrativa; y con tal diseño es inviable la consideración de la Administración como parte en los procesos seguidos ante tales órganos judiciales penitenciarios. Pero cuando se pretende que el alcance de ese control vaya más allá del reconocimiento del derecho, de la lesión a aquel, suscitándose pretensiones de carácter indemnizatorio, se está desconociendo la naturaleza de la intervención del Juez de Vigilancia y del proceso mismo seguido ante él. Desnaturalización que, si se quiere ser coherente con los principios constitucionales, exigiría, en orden al reconocimiento de un proceso con todas las garantías, la intervención como parte de la propia Administración en defensa de sus intereses patrimoniales, aspecto éste que omiten las decisiones judiciales referidas.

La salvaguarda de los derechos del interno en esta instancia no puede ser entendida así de forma extensiva, por el propio diseño del sistema de defensa articulado en la norma, que no permite el cambio en el objeto, pasando del derecho reconocido al interno en la normativa constitucional o penitenciaria, a una reparación o compensación por el daño causado, al margen de la posición procesal del infractor.

Como conclusión cabe afirmar que no caben pronunciamientos del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre pretensiones de lesión de derechos que vayan más allá del restablecimiento del aquel; de no ser posible ya la salvaguarda del derecho, por estar consumada y agotada la lesión, el pronunciamiento judicial no tiene más que un carácter meramente declarativo, siendo inadmisibles una transmutación del derecho del interno en pretensiones de otro tipo, especialmente resarcitorias; de este modo, la cuantificación del daño fruto de esa lesión declarada en el pronunciamiento judicial ha de tener lugar en sede administrativa y, eventualmente, ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, todo ello conforme al art. 67 Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* y el art. 13 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

de que este órgano es la salvaguarda de los derechos fundamentales y derechos y beneficios penitenciarios de los internos? ¿Se admitiría la transmutación de la naturaleza del derecho reconocido en la norma, obligación de hacer, y su conversión en la reparación del daño patrimonial causado, prestación de carácter indemnizatorio?

¹⁴²⁸ STCJ 1/2020, de 12 de febrero.

Conviene, por último, una matización, lo expuesto no significa que, en ocasiones, el restablecimiento del derecho quebrantado, la decisión adoptada por el Juez de Vigilancia no pueda comportar un contenido económico, pero aquel es el propio vinculado a la realización del derecho, no una compensación por su infracción. Así, si se reconoce el derecho del interno a recibir una determinada prestación sanitaria, obviamente se trata de un pronunciamiento imperativo que comporta una condena a la Administración con una clara proyección o consecuencia económica; pero lo que sería inadmisibles en este cauce procedimental reconocer los gastos ocasionados hasta ese momento al interno, además de los perjuicios, y, en consecuencia, condenar a su pago.

1.2 Legitimación

El art.76.2 g) LOGP es claro al respecto, estando única y exclusivamente legitimados para formular las peticiones y quejas los internos, con relación a los derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios de los cuales sean titulares. No se admite pues intervenciones de terceros, sean o no familiares, o por asociaciones ligadas al mundo penitenciario de los derechos humanos.

En tal sentido es significativo el ATC 335/1995, de 11 de diciembre, el cual inadmite a trámite un recurso de amparo frente a un Sentencia del Tribunal del Conflictos de Jurisdicción, por entender, que además de que no existe una lesión material del derecho, antes bien es meramente hipotética, quien lo formula no es titular del derecho fundamental invocado, lo que determina su falta de legitimación.

NAVARRO VILLANUEVA¹⁴²⁹ pone de manifiesto que esta limitación de la legitimación para actuar ante el órgano judicial ante la vulneración de un derecho sea quizás lo más preocupante del precepto, si bien entiende que nada impide una actuación de oficio por aquel ante el conocimiento directo de una vulneración o a través de la denuncia de un tercero.

1.3 Contenido de las quejas

El contenido de la eventual queja viene perfilado de una manera difusa, derechos fundamentales y derechos o beneficios penitenciarios, pero solo en cuanto afecte al régimen o al tratamiento penitenciario. El primer concepto, derechos fundamentales, no ofrece dudas, el marco de referencia es la Constitución, mas, el segundo, derechos o beneficios penitenciarios, es más impreciso pues, aunque hay una enumeración de derechos tanto en la ley penitenciaria¹⁴³⁰, como en el reglamento de desarrollo¹⁴³¹, sin

¹⁴²⁹ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. "El papel del juez de vigilancia... op. cit., p.163.

¹⁴³⁰ Art. 3 LOGP.

¹⁴³¹ Art. 4 RP.

embargo, hay que acudir a todo el articulado de ambos textos para aquilatar la referencia. Por otro lado, el término *beneficios penitenciarios*, en sentido estricto, es de corto recorrido, pues en puridad no son tales sino tan solo el adelantamiento de la libertad condicional y la propuesta de indulto¹⁴³².

Buen ejemplo de la peligrosa delimitación del objeto de las quejas es la STS 167/2013, de 28 de febrero (ROJ: STS 1078/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1078), que resolviendo sobre un recurso de casación para unificación de doctrina, se pronuncia sobre la tenencia por parte de los internos de videoconsolas, lo cual nos lleva a afirmar que tal cuestión, que no pasa de ser una mera materia organizativa del establecimiento penitenciario, que se enmarca en lo regimental, afecta o bien a un derecho fundamental o bien a un derecho o beneficio penitenciario; descartado el primero, por obvio, resulta difícil determinar dónde ubicar entre los otros tal pretensión.

Queda perfilado así un amplio marco de actuación, pues cabe plantear ante el Juez de Vigilancia desde cuestiones que afectan a la vida cotidiana del interno (alimentación, asistencia médica, comunicaciones, puesto de trabajo...), hasta aspectos relativos a su situación penitenciaria (redenciones, refundiciones, etc.). Pero todo ello con el límite ya mencionado, que siendo cuestiones tratamentales o regimentales, tengan como presupuesto la reclamación la lesión de un derecho fundamental o un derecho o beneficio penitenciario.

Esa amplitud objetiva, por su configuración difusa, comporta serios riesgos, pues no cabe convertir al Juez de Vigilancia en una especie de superdirector, expandiendo sus potestades de forma desmesurada a todos los aspectos de la vida del centro penitenciario¹⁴³³.

Este riesgo de una concepción expansiva de esta competencia ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción¹⁴³⁴ al abordar la cuestión de las intervenciones preventivas del Juez de Vigilancia Penitenciaria en orden a evitar una eventual vulneración del derecho, antes de que ésta haya tenido lugar. Tal proceder es rechazado por entenderse que si bien corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria la protección de los derechos de los reclusos, ha de mantenerse la necesaria separación entre las atribuciones de estos con las que corresponden a la Administración penitenciaria, careciendo los primeros facultades de organización y dirección de los establecimientos, sin perjuicio de la potestad de formular propuestas, ex art. 77 LOGP, estos es, sin carácter imperativo, por lo cual queda, en este caso, su función al margen de aquellas derivadas del art. 76 LOGP. O, dicho de otra forma, si la organización administrativa penitenciaria en un supuesto concreto implica un riesgo para los derechos de los internos, en la medida en la cual no se concrete en una

¹⁴³² Capítulo II, Título VIII, RP.

¹⁴³³ Como señala el Auto AP Segovia de 5 de abril de 2013, "no toda queja sobre régimen, modo de vida, organización del centro penitenciario o denegación de peticiones hechas por el interno debe ser revisada en vía jurisdiccional por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino únicamente aquellas que afecten a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos. Plantear lo contrario supondría convertir al juez de Vigilancia, en una especie de Director encubierto del Centro Penitenciario o en un supervisor general de la Administración penitenciaria que exceden de la letra y el espíritu de la LOGP".

¹⁴³⁴ SSTCJ de 7 (2) y 28 de junio de 1995.

vulneración, no cabe actuación imperativa alguna, sin perjuicio de quedar abierta la posibilidad de evacuar la oportuna propuesta que podrá ser acogida o no.

Esta poco perfilada competencia da lugar a no pocos supuestos dudosos, que se convierten en una fuente de conflictos, bien con la Administración, bien con otros órdenes jurisdiccionales.

2. LAS VISITAS A LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

El art. 76.2 h) LOGP confiere al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia en orden a realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si bien esta es una de las más típicas competencias del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, su regulación no deja de ser sorprendente, pues en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hay más visitas que la relativa a los presos preventivos, art. 526 LCRM.

Señala NAVARRO VILLANUEVA¹⁴³⁵ que se trata esta de una competencia heredada de los órganos sentenciadores prevista en los art. 526 y 990 LCRM, destacando su importancia en orden a conocer *in situ* la realidad penitenciaria y a situación de las personas privadas de libertad bajo su jurisdicción, al tiempo que la consagración en el ámbito de la ejecución del principio de inmediación judicial, pudiendo servir no solo como vínculo de comunicación del interno y el Juez de Vigilancia, sino también para la práctica de pruebas que ayuden al órgano judicial a formar su convicción para la resolución de conflictos que se hayan planteado

Obviamente, ha sido la experiencia la que ha llenado de contenido la visita del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, pues no se ha quedado en la letra de la ley, antes bien ha alcanzados a toda la población reclusa y a la totalidad del centro penitenciario, debiéndose reconocer que no se ha puesto traba alguna por la Administración. Como parece lógico, las Autoridades en estas visitas no pueden ser objeto de registros, art. 69 RP.

En el *Proyecto* de 1997 se regulaba con precisión esta materia en el art. 16¹⁴³⁶, con dos finalidades, la audiencia de los internos y la inspección del centro, con lo cual,

¹⁴³⁵ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. "El papel del juez de vigilancia... op. cit., p.164.

¹⁴³⁶ Artículo 16. Visitas a los establecimientos penitenciarios.

1. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, con intervención del Ministerio Fiscal, si asistiese, visitará los Establecimientos penitenciarios que jurisdiccionalmente dependan de él con periodicidad al menos quincenal, salvo que dicha periodicidad resulte imposible o inconveniente, teniendo en cuenta el número y naturaleza de los establecimientos que dependan de cada Juez de Vigilancia.

2. El Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá delegar para la realización de las visitas que no sean de inspección, en el Secretario u otro funcionario de la Administración de Justicia destinado en el Juzgado.

3. En el curso de las visitas se oír a los internos que hayan solicitado ser recibidos y aquellos otros cuya audiencia haya sido acordada por el Juez, se practicarán las diligencias dispuestas en los procedimientos en tramitación y se recabará verbalmente del Director, órganos colegiados, autoridades o funcionarios del Establecimiento, cuanta información sea necesaria sobre la ejecución de las penas privativas de libertad y los derechos y beneficios de los internos. 4. Periódicamente el Juez comprobará el estado de las

en realidad se venía a consagrar la práctica existente al efecto, pues estas visitas venían y vienen atendiendo esas dos finalidades, una que tiene por objeto primero la propia Administración penitenciaria y otra una relación directa y sin intermediarios con lo internos. La primera supone aportar un conocimiento directo del establecimiento penitenciario, de sus estructuras e instalaciones, de su propia organización, y un contacto personal con el Equipo directivo y trabajadores del establecimiento. La segunda una comunicación de primera mano con la población reclusa, de forma que esta libremente pueda expresar sus quejas e inquietudes. Ambas tendrían como meta lograr un más cabal entendimiento de la realidad de cada prisión, pues sobra decir que, aunque las normas aplicables en todas son las mismas, la realidades materiales y humanas de cada una no lo son.

Estas visitas suponen la consagración en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad del principio de intermediación judicial. NAVARRO VILLANUEVA¹⁴³⁷ considera que además deberían de servir no solo como vínculo de comunicación entre el interno y el Juez de Vigilancia, sino también para practicar aquellas pruebas que ayuden al órgano judicial a formar su convicción para la resolución de los conflictos que se le hayan planteado.

Junto a las visitas presenciales, hoy en día es habitual mantener entrevistas con lo internos aprovechando las posibilidades que brinda la tecnología a través de las videoconferencias, las cuales ofrecen una mayor rapidez de comunicación y por ello de respuesta. Como en el caso anterior, el marco normativo es inexistente, no pasando pues de una mera práctica.

3. EL CONTROL DE LOS ACUERDOS DE LA ADMINISTRACIÓN LIMITATIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 Restricción de las comunicaciones

3.1.1 Introducción

El derecho a comunicar con familiares, allegados y amigos, reconocido en el art. 51 LOGP, tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos, pues mediante las comunicaciones, ya orales o escritas con otros sujetos, la persona privada de libertad no queda reducida exclusivamente al mundo carcelario y ello le permiten relacionarse con el exterior y, en definitiva, prepararse para su futura

dependencias del Centro. 5. La Administración penitenciaria no podrá impedir o limitar al Juez de Vigilancia Penitenciaria, funcionario del Juzgado en el que el Juez hubiese delegado o Ministerio Fiscal el acceso al Establecimiento, a cualquiera de sus dependencias o a los documentos o libros oficiales.

¹⁴³⁷ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. "El papel del juez de vigilancia... op. cit., p. 164.

vida en el seno de la sociedad¹⁴³⁸; esto es, forma parte del fin de la pena, en su faceta de reinserción social.

Una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas¹⁴³⁹.

En qué consiste ese ámbito de la vida interior, no deja de ser un arcano, de ahí que, ante tal indefinición, no es extraño que haya quien se pregunte, con cierta ironía, pero no por ello sin razón y mucha dosis de realidad, que, si con ello se quiere aludir a la capacidad de introspección, de reflexión, de conciencia. Tales notas facultan al individuo para abstraerse del exterior y le permiten habitar en un ensimismamiento que le aísla y le protege a la vez del mundo que le rodea; pero, por otro lado, las facultades mencionadas -introspección, reflexión, conciencia- no se alcanzan espontáneamente, sino que requieren de un trabajo y adiestramiento continuado y generalmente muy dilatado en el tiempo. Puestos tales extremos en relación con el perfil de la persona privada de libertad, que responde al de una persona con bajo nivel educativo, carente de recursos económicos y socialmente marginado, es muy difícil que pueda desarrollar esa vida interior que descrita anteriormente. Si una persona privada de libertad no posee vida interior y la intimidad en prisión queda reducida casi a aquella, no es extraño que se puede preguntar en qué consiste la intimidad para una persona privada de libertad y si realmente goza el condenado a prisión del derecho fundamental de intimidad que le reconoce el artículo 25 CE¹⁴⁴⁰.

Precisamente en este ámbito, esa especial penosidad tiene claras muestras. Y así el interno no puede comunicar cuando y como quiere, antes bien, tan solo en los tiempos y con las personas que recoge la normativa penitenciaria; aspectos que en la vida en libertad forman parte de la propia intimidad y, como tal, están amparados por la ley, sin embargo, cuando nos trasladamos al mundo penitenciario, se ven mitigados, sino anulados.

El derecho a comunicar está ampliamente regulado en los arts. 41 y siguientes RP y, su desarrollo, está inspirado por la debida protección de la intimidad del recluso, con las particularidades del medio¹⁴⁴¹.

Los internos, en principio, no tienen más limitaciones en sus derechos que las derivadas de la ley, el sentido de la pena y el fallo condenatorio, y aquí va a ser precisamente es la ley penitenciaria, el art. 51 LOGP y su desarrollo, el art. 43 RP, la que va a permitir que las comunicaciones orales puedan ser restringidas en cuanto a

¹⁴³⁸ SSTC 175/1991, de 16 de septiembre (ROJ: STC 175/1991 - ECLI:ES:TC:1991:175), y 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).

¹⁴³⁹ STC 89/1987, de 3 de junio (ROJ: STC 89/1997 - ECLI:ES:TC:1997:89), y 57/1994, de 28 de febrero.

¹⁴⁴⁰ DIEGO ARIAS, José Luis de. "El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la Jurisprudencia constitucional". En: *Revista de Derecho UNED*. nº 8, 2011, p. 88.

¹⁴⁴¹ Las comunicaciones íntimas no forman parte de los derechos fundamentales, STC 89/1987, de 3 de junio (ROJ: STC 89/1997 - ECLI:ES:TC:1997:89).

las personas, intervenidas o denegadas, mediante resolución motivada, del Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento.

La jurisprudencia del TEDH ¹⁴⁴² admite la posibilidad de intervenir las comunicaciones, si bien somete tal decisión a tres premisas, a saber, que la injerencia sea conforme a Derecho, que responda a una finalidad legítima y que sea necesaria en una sociedad democrática. Conforme a la primera premisa se exige que exista un presupuesto legal, comprensible y que esté formulado con suficiente precisión. En cuanto a la segunda, se entienden que son finalidades legítimas: la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención de infracciones penales, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros. Y, por último, aunque haya cobertura legal y finalidad legítima, la intervención ha de ser necesaria, lo que nos lleva a un juicio de proporcionalidad.

Por lo que se refiere a nuestra normativa, estamos aquí, una vez más, en supuestos en los cuales la Administración limita un derecho fundamental, en este caso el art. 18 CE, y sin embargo ello es admisible en el ámbito de la relación penitenciaria, como relación de sujeción especial¹⁴⁴³, que supone que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. Esta condición determina que, en este caso el derecho al secreto en las comunicaciones pivota, ya no solo con relación al art. 18.3 CE, sino también y primordialmente respecto del art. 25.2 CE, que modula y matiza aquel, precepto del que deriva que entre la Administración penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales.

Así, la Ley Orgánica General Penitenciaria permite que por una decisión administrativa se intervengan las comunicaciones de un interno, cosa impensable en la vida en libertad, en la cual solo cabría tal actuación por decisión judicial, mas en el ámbito penitenciario, esta última, el correspondiente control jurisdiccional, tiene lugar a posteriori.

Esta supresión de la garantía jurisdiccional previa en la restricción de un derecho fundamental sería cuestionable desde el punto de vista constitucional. Así, MARTÍNEZ

¹⁴⁴² SSTEDH de 25 marzo 1983, *asunto Silver y otros c. Reino Unido*; de 25 marzo 1992, *asunto Campbell c. Reino Unido*; de 15 noviembre 1996, *asunto Calogero Diana c. Italia*; de 15 noviembre 1996, *asunto Domenichini contra Italia*; de 28 septiembre 1998, *asunto Petra contra Rumanía*; de 6 abril 2000, *asunto Labita contra Italia*; y de 10 de noviembre de 2005, *asunto Argenti c. Italia*.

¹⁴⁴³ SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 120/1990, de 27 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129); 35/1996, de 11 de marzo (ROJ: STC 35/1996 - ECLI:ES:TC:1996:35); 60/1997; 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); y 181/1999, de 11 de octubre.

ESCAMILLA¹⁴⁴⁴, invocaría la necesidad de proporcionalidad en la respuesta, de la que deriva el principio de mínima restricción, el cual no se satisface cuando el fin legítimo perseguido podría alcanzarse con un menor sacrificio del derecho fundamental; no se apreciaría urgencia alguna que justificara la actuación administrativa, urgencia que recordaría sería el motivo que habría sido recogido en la STC 199/1987, de 18 de febrero (ROJ: STC 199/1987 - ECLI:ES:TC:1987:199), dictada con relación a la legislación antiterrorista, para legitimar una restricción del secreto de las comunicaciones adoptada por una autoridad no judicial y posterior control de aquella otra. Tampoco sería argumento válido la remisión a la relación de supremacía de la Administración con relación a los internos, pues ella no es razón bastante para limitar o suprimir un derecho más allá de los límites constitucionales, máxime cuando existe un órgano judicial específico, el Juez de Vigilancia Penitenciaria entre cuya misiones está la de ser garante de los derechos fundamentales en un ámbito, el carcelario, en el cual ante el estrecho sometimiento en el que se desarrolla la vida puede potenciar los abusos por parte de la Administración penitenciaria. Como tampoco sería evidente que la seguridad y buen orden del establecimiento pueda verse irreversiblemente lesionado por el hecho de posponer intervención hasta que haya recaído la decisión judicial, especialmente si se considera que las comunicaciones tienen lugar en los momentos señalados y previa autorización de los comunicantes, nada imprevisto pues.

Por su parte, CUERDA RIEZU¹⁴⁴⁵ cuestiona la constitucionalidad del art. 51.5 LOGP desde la perspectiva de la jerarquía normativa, dado que el art. 18.3 CE establece una reserva a la autoridad judicial en orden a la intervención de las comunicaciones, mientras que la ley permite tal actuación a una autoridad administrativa, cual es el Director, que luego daría cuenta al Juez. Este sistema plantearía además el problema que la intervención puede haberse materializado antes de que la autoridad judicial reaccione, si es que lo hace, con lo cual, si aquel otro resultare desautorizado, la decisión llegaría tarde, una vez violentado el derecho. No obstante, aunque sobre la constitucionalidad del art. 51.5 LOGP no habría pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, sin embargo, ésta habría sido admitida con relación al apartado segundo relativo a las comunicaciones con el letrado/procurador en la STC 58/1998, de 16 de marzo (ROJ: STC 58/1998 - ECLI:ES:TC:1998:58). Por una parte, el Alto Tribunal entiende que el derecho al secreto de las comunicaciones sirve a los fines de la reinserción social -STC 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175)-, pero al tiempo, admite, residenciándolo en art. 25.2 CE, un ámbito más estrecho en el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos, que pueden provenir de la sentencia, del sentido de la pena y de la ley penitenciaria - 183/1994, de 20 de junio (ROJ: STC 183/1994 - ECLI:ES:TC:1994:183)-. Referencia a la ley penitenciaria, que la STC 106/2001, de 23 de abril (ROJ: STC 106/2001 - ECLI:ES:TC:2001:106), entiende en el sentido de legislación penitenciaria, lo cual permite ampliar la base normativa al Reglamento Penitenciario, que puede ser mucho

¹⁴⁴⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La suspensión y la intervención de las comunicaciones del preso*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 84-95.

¹⁴⁴⁵ CUERDA RIEZU, Antonio Rafael. "Consideraciones críticas sobre la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la intervención de las comunicaciones de los reclusos". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 57-63.

menos garantista que la ley del mismo sector. Planteamiento del Constitucional que, entiende, sería cuestionable porque, tras haber degradado al art. 25 CE a un simple mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, a pesar de encontrarse situado entre los arts. 14 al 29 del texto constitucional -STC 194/2002, de 28 de octubre (ROJ: STC 194/2002 - ECLI:ES:TC:2002:194)-, ahora estaríamos ante un derecho fundamental que no es un derecho fundamental, pero que sí sirve para limitar otros derechos fundamentales. Como criticable sería, según este autor, la extensión de tal medida restrictiva a los preventivos, bajo la atribución de la cualidad de internos - STC 128/2013, de 3 de junio (ROJ: STC 128/2013 - ECLI:ES:TC:2013:128) y 141/1999, de 22 de julio (ROJ: STC 141/1999 - ECLI:ES:TC:1999:141)-.

3.1.2 Aspectos competenciales

La resolución administrativa por la cual se acuerda la restricción, intervención o denegación se notifica al interno y de ella se da cuenta a la autoridad judicial competente. El Reglamento en su art. 43 distingue entre Juez de Vigilancia Penitenciaria y autoridad judicial de la que depende el interno, según se trate su cualidad de penado o preventivo, planteamiento que choca con los principios de la ley penitenciaria y de la propia LOPJ en cuanto al diseño de la figura del Juez de Vigilancia, que en ambos textos es el garante de los derechos fundamentales de los internos. Es por ello, que el ATS de 29 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 9725/2000 - ECLI:ES:TS:2000:9725A) zanja la cuestión considerando que el art. 51 LOGP debe interpretarse en consonancia al enunciado del art. 76 LOGP, lo que conduce a concluir que la referencia al Juez competente se refiere en todo caso, con independencia de la situación penal de penado o preventivo del interno, al Juez de Vigilancia.

Esta solución, con anterioridad al pronunciamiento antes citado, es la defendida por MARTÍNEZ ESCAMILLA¹⁴⁴⁶, pues aunque es lógico y plausible que de tal medida se informe al órgano judicial del que dependan los detenidos o preventivos, por si ella pudiere interferir los intereses de la instrucción, no lo es menos que los fines de esta restricción y los de las acordadas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nada tienen que ver, pues estas últimas responden a la investigación de los delitos, mientras que aquellas otras lo hacen a fines penitenciarios. El control de la legalidad de la actuación administrativa para la consecución de estos últimos y la garantía de los derechos de los internos, sin distinción de la cualidad de la privación de libertad - detenidos, preventivos o penados-, correspondería al Juez de Vigilancia.

Por su parte, la suspensión de las comunicaciones, art. 44 RP, también se comunica al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

¹⁴⁴⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La suspensión y la intervención...* op. cit., pp. 96-97.

Recibidas estas comunicaciones por el órgano jurisdiccional, en la medida que implican restricciones de derechos, dan lugar a que el Juez de Vigilancia Penitenciaria deba pronunciarse¹⁴⁴⁷.

La suspensión o intervención de las comunicaciones con el Abogado defensor o con el Abogado llamado expresamente con relación a asuntos penales, así como con los Procuradores que lo representes, conforme al art. 51.2 LOGP y 48 RP, solo puede ser intervenida por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. Ahora bien, este precepto ha sido objeto de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional¹⁴⁴⁸ y del Tribunal Supremo¹⁴⁴⁹, que han llevado a aquilatar su contenido, de forma que esta intervención es ajena al ámbito penitenciario, pues solo cabe en el curso de una investigación penal, por orden del Juez Instructor, en materia de terrorismo.

Por otra parte, también fuera del ámbito penitenciario, en el curso de una investigación penal, es factible que el Juez Instructor pueda intervenir las comunicaciones íntimas¹⁴⁵⁰.

3.1.3 Objeto y requisitos de la intervención

El secreto de las comunicaciones amparado en el art 18.3 CE cubre no solo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de aquella, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales¹⁴⁵¹. Sin embargo, como consecuencia de la limitación de la libertad, consustancial a la privación de tal derecho, efecto reflejo de ésta, son un sin fin de restricciones que tienen por objeto el derecho a la intimidad, que, por lo que aquí interesa, supone que el núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones queda constreñido al contenido de ésta.

Basta una primera lectura del art. 51 LOGP para ver que las comunicaciones quedan sujetas a un régimen de autorización, lo cual implica el control de los comunicantes, de ahí la pormenorizada regulación que se hace de tales extremos en el Reglamento Penitenciario.

¹⁴⁴⁷ SSTC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129); 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (ROJ: STC 128/1997 - ECLI:ES:TC:1997:128); 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200); y 194/2002, de 28 de octubre (ROJ: STC 194/2002 - ECLI:ES:TC:2002:194).

¹⁴⁴⁸ SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73), y 183/1994, de 20 de junio (ROJ: STC 183/1994 - ECLI:ES:TC:1994:183).

¹⁴⁴⁹ SSTS 538/1997, de 23 de abril (ROJ: STS 2834/1997 - ECLI:ES:TS:1997:2834); 79/2012, de 9 de febrero (ROJ: STS 414/2012 - ECLI:ES:TS:2012:414).

¹⁴⁵⁰ AATS de 4 de febrero de 2013 (ROJ: ATS 798/2013 - ECLI:ES:TS:2013:798A); 21 de marzo de 2013 (ROJ: ATS 2785/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2785A).

¹⁴⁵¹ STC 114/1984, de 29 de noviembre (ROJ: STC 114/1984 - ECLI:ES:TC:1984:114).

El objeto de la intervención de la comunicación puede ser en ambos sentidos, esto es, tanto de las emitidas por los internos, como por las recibidas por ellos, pues de otra forma podría hacer inútil su objetivo¹⁴⁵².

Las comunicaciones con la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal no pueden ser objeto de intervención administrativa o restricción alguna, por lo cual los escritos de los internos a ellos dirigidos, ya sea en sobre abierto o cerrado o sin introducirlo en sobre alguno, están amparados por el secreto de la comunicación¹⁴⁵³.

La facultad de suspensión e intervención motivada amparada en el art. 51.5 LOGP, ha de ser puesta en conexión con el numeral primero de tal precepto, de modo que son razones de seguridad, de interés de tratamiento -en este caso previo informe de la Junta de Tratamiento, art. 43 RP- y del buen orden del establecimiento, las que justifican su uso.

La importancia y necesidad de la motivación del acuerdo de intervención es fundamental, hasta tal punto que la falta o insuficiencia de la motivación afecta a la propia justificación del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. Tal motivación opera desde una doble perspectiva, pues por un lado permite acreditar las razones que justificaron la medida de restricción del derecho, pero por otro constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del recluso, no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva.¹⁴⁵⁴

En la práctica, suele ser la seguridad del centro o de su personal el motivo invocado por la Administración en orden a la intervención de las comunicaciones, generalmente con relación a internos ligados a grupos terroristas, en unos casos porque entre sus objetivos está la institución penitenciaria o, en otros, por el proselitismo de sus miembros o personas afines que puede llevar a realizar labores de captación de nuevos candidatos a serlo en el propio establecimiento.

El Tribunal Constitucional ¹⁴⁵⁵ ha reconocido medida idónea, necesaria y proporcionada con relación al fin perseguido, la intervención de las comunicaciones con fundamento en motivos de seguridad, considerando como tales el hecho de la pertenencia a un grupo delictivo organizado terrorista -banda ETA-, así como las características del delito cometido, entendiéndose peligrosa para la seguridad general y para el buen orden regimental, la influencia y datos que el interno podía difundir a través de dicha comunicación.

¹⁴⁵² STC 106/2001, de 23 de abril (ROJ: STC 106/2001 - ECLI:ES:TC:2001:106).

¹⁴⁵³ SSTC 107/2012, de 21 de mayo (ROJ: STC 107/2012 - ECLI:ES:TC:2012:107); 230/2012, de 10 de diciembre (ROJ: STC 230/2012 - ECLI:ES:TC:2012:230); y 18/2020, de 10 de febrero (ROJ: STC 18/2020 - ECLI:ES:TC:2020:18).

¹⁴⁵⁴ SSTC 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (ROJ: STC 128/1997 - ECLI:ES:TC:1997:128); y 175/1997 de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175).

¹⁴⁵⁵ STC 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).

Son requisitos para la adopción de la medida, además de la motivación con las referencias expuestas y la comunicación judicial, la notificación al interno y la fijación de un límite temporal¹⁴⁵⁶.

Con relación a este último requisito ha de señalarse que no es imprescindible que figure expresamente, puede estar implícito, como lo es la afirmación de que se mantiene la restricción mientras subsista la causa específica y explicitada en el acuerdo, agotamiento de aquella que cabe apreciar de oficio o bien a instancias del propio interesado¹⁴⁵⁷.

3.1.4 Uso de lengua propia

El art. 43.2 RP contiene una previsión para los casos en los cuales se acuerde la intervención de las comunicaciones y los comunicantes no vayan a expresarse en castellano o en la lengua cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, de forma que han de advertirlo con anterioridad al Director del centro, que adoptará las medidas oportunas para que la comunicación pueda intervenir adecuadamente.

Por lo tanto, el uso de la lengua propia no puede ser motivo de la denegación de la comunicación. En este sentido, la STC 201/1997, de 25 de noviembre (ROJ: STC 201/1997 - ECLI:ES:TC:1997:201) recuerda que, cuando la Administración estime que su acuerdo es razonable, ha de hacer explícita, con claridad y precisión, la ponderación de los valores que ha efectuado, a fin de llevar a cabo su decisión restrictiva del derecho fundamental, en este caso, la intimidad familiar del recluso, no habiéndose hecho una ponderación adecuada de los derechos en juego cuando se deniega una comunicación telefónica a un interno por no aceptarse uso del castellano como lengua en la cual habría de desarrollarse.

3.1.5 Denegación de las comunicaciones. Especial problemática de las comunicaciones con profesionales de los medios de comunicación social

El art. 51.1 LOGP solo prevé expresamente la posibilidad de denegación de las comunicaciones con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, con referencia a razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Tal restricción de derechos ha de responder a los parámetros habituales en esta clase de decisiones, esto es previsión legal al efecto, motivación y proporcionalidad en la medida.

Ante la ausencia de mención expresa, cabe plantear la denegación de la comunicación con respecto a las restantes comunicantes, esto es profesionales

¹⁴⁵⁶ STC 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175).

¹⁴⁵⁷ STC 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).

acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, respecto de los cuales solo está prevista la eventual intervención. Tal cuestión es analizada por la STC 6/2020, de 27 de enero (ROJ: STC 6/2020 - ECLI:ES:TC:2020:6), relativa a la posibilidad de denegar una entrevista de un interno con un medio de comunicación.

Tras recordarse que la titularidad de los derechos del art. 20 CE no corresponde solo a los periodistas, sino a todos los ciudadanos, incluso cuando estos no lleven a cabo por sí, directamente, la difusión pública del material noticiable, transmitiéndolo a profesionales del periodismo para que procedan a su ulterior publicación, reconoce que las personas condenadas a una pena de prisión serían también titulares de las libertades de expresión e información, aunque, lógicamente, su ejercicio viene delimitado por el hecho de que los reclusos poseen un *status libertatis* sustancialmente más reducido que el de los ciudadanos libres, que viene definido por lo dispuesto en el art. 25.2 CE, y que se configura como una relación de sujeción especial. Los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar libremente información veraz se encuentran tan cercanos que, en ocasiones, resultará imposible deslindarlos dentro de un mismo acto de comunicación, teniendo por objeto el primero de los citados la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor¹⁴⁵⁸.

Tal derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, no operando en la libertad de expresión el límite interno de veracidad que es aplicable a la libertad de información¹⁴⁵⁹, antes bien tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud¹⁴⁶⁰.

El reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática¹⁴⁶¹.

La exigua regulación legal de esta clase de comunicaciones no puede interpretarse, en el sentido de que el art. 51.3 LOGP prevea un tipo de comunicaciones de autorización discrecional por parte de la dirección del centro penitenciario, pues tal interpretación resulta incompatible con la vinculación positiva a la ley de la administración penitenciaria a la hora de limitar los derechos de los reclusos, de manera que el silencio legal no puede entenderse como un espacio de inseguridad jurídica en el que aquella tiene libertad para restringir a su antojo esos derechos, sino, todo lo contrario, como una falta de habilitación para restringirlos.

¹⁴⁵⁸ STC 89/2018, de 6 de septiembre (ROJ: STC 89/2018 - ECLI:ES:TC:2018:89).

¹⁴⁵⁹ STC 107/1988, de 8 de junio (ROJ: STC 107/1988 - ECLI:ES:TC:1988:107).

¹⁴⁶⁰ STC 51/1989, de 22 de febrero (ROJ: STC 51/1989 - ECLI:ES:TC:1989:51).

¹⁴⁶¹ SSTC 6/1981, de 16 de marzo (ROJ: STC 6/1981 - ECLI:ES:TC:1981:6), 20/1992, de 14 de febrero (ROJ: STC 20/1992 - ECLI:ES:TC:1992:20), y 9/2007, de 15 de enero (ROJ: STC 9/2007 - ECLI:ES:TC:2007:9).

No obstante ello, la jurisprudencia constitucional¹⁴⁶² admite la limitación de derechos de los reclusos por la salvaguarda del buen orden y la seguridad del centro pues la regulación constitucional y legal de la relación de los presos con la administración penitenciaria, contempla la convivencia ordenada y la seguridad interna como uno de sus objetivos principales -art. 41.1 de la propia Ley Orgánica general penitenciaria-, siendo su garantía una obligación esencial de la institución penitenciaria recogida en la legislación penitenciaria en varios de sus preceptos -v. gr., arts. 18, 22.3, 26 d), 29.2, 36.3, 41.1, 43.4, 45 y 51.1 LOGP-. De esta forma es incuestionable que la seguridad del centro, del personal que presta servicios en el mismo y, en su caso, de los restantes internos, así como el buen orden del centro constituyen un límite a los derechos de los reclusos no solo constitucionalmente legítimo, sino incluso justificado en el contexto de la relación especial de sujeción que preside la actuación de la Administración penitenciaria.

Pero la resolución denegatoria ha de recoger cuáles son esos motivos relevantes y suficientes que justifican la restricción, no siendo válidas formulaciones genéricas, antes bien, han de estar individualizadas las razones.

De esta forma, aunque se entendiera que puedan ser un límite a estas comunicaciones la necesidad de preservar la seguridad y buen orden del establecimiento o las necesidades del tratamiento penitenciario, invocándose el paraguas del art. 51.1 LOGP, sin embargo, es difícil ver cómo una entrevista periodística puede afectar a tales extremos¹⁴⁶³.

Especial problemática presenta además la posibilidad de rechazar la realización de una entrevista televisiva ante la ausencia de una regulación al efecto, máxime si se considera que la posible invocación por parte de la Administración de motivos de seguridad tiene que recogerse y expresarse de forma explícita¹⁴⁶⁴.

Ante la parca regulación, la Administración penitenciaria ha optado por dictar la I SGIP 3/2020, la cual lleva por título *Autorizaciones para que periodistas y medios de comunicación puedan entrevistar a la población reclusa*, la cual trata de compaginar el derecho de los internos a la libertad de expresión, con los de las víctimas reconocidos en el Estatuto de la Víctima¹⁴⁶⁵, especialmente su derecho a la protección en aras a evitar el riesgo de una victimización secundaria o reiterada, tarea cuando menos dificultosa, pues el art. 20.2 CE prohíbe la censura previa.

¹⁴⁶² Entre otras, SSTC 6/1981, de 16 de marzo (ROJ: STC 6/1981 - ECLI:ES:TC:1981:6); 20/1992, de 14 de febrero (ROJ: STC 20/1992 - ECLI:ES:TC:1992:20); 9/2007, de 15 de enero (ROJ: STC 9/2007 - ECLI:ES:TC:2007:9).

¹⁴⁶³ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. "El derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito penitenciario". En: *La necesaria reforma penitenciaria*, dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Granada: Comares, 2021, p. 133.

¹⁴⁶⁴ Sobre tal cuestión, STEDH de 21 de junio de 2012, *asunto Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft SRG c. Suiza*.

¹⁴⁶⁵ Ley 4 /2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del delito*.

3.1.6 Suspensión de las comunicaciones

El art. 51.5 LOGP permite que las comunicaciones orales o escritas puedan ser suspendidas motivadamente por el Director, dando cuenta al Juez.

CUERDA RIEZO¹⁴⁶⁶ entiende que suspensión e intervención son conceptos distintos, siendo más radical el primero de ellos, si bien tienen un mismo objeto sobre el que operan, no el secreto de las comunicaciones sino la libertad en sí de las propias comunicaciones, la cual el Tribunal Constitucional habría considerado que está consagrada implícitamente en el art. 18 CE, a diferencia del secreto en las comunicaciones, que lo estaría expresamente -SSTC 114/1984, de 29 de noviembre (ROJ: STC 114/1984 - ECLI:ES:TC:1984:114), y 15/2011, de 28 de febrero (ROJ: STC 15/2011 - ECLI:ES:TC:2011:15)-.

Sin embargo, el desarrollo reglamentario, el art. 44 RP, regula solo la suspensión de comunicaciones orales, puesta en relación con un mal uso de aquellas, concepto este último que en la norma se encarga de concretar en dos supuestos: cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia o la seguridad del establecimiento, o que estén propagando noticias falsas que perjudiquen o puedan perjudicar gravemente a la seguridad o al buen orden del establecimiento; y cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto.

La decisión corresponde tomarla al el Jefe de Servicios, que es a quien corresponde, conforme al art. 283 RP, adoptar provisionalmente las medidas indispensables para mantener el orden y el buen funcionamiento de los servicios, en tanto que es el encargado de la coordinación de los servicios del área de vigilancia, dando cuenta al Director. Éste, si ratifica la medida, en resolución motivada, lo comunica al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La suspensión de las comunicaciones es una respuesta independiente y distinta de la eventual consecuencia que en el plano disciplinario pueda tener la conducta del interno, pues las previsiones legales obedecen a un distinto fundamento y fines. Así el régimen sancionador supondría una reacción a una conducta constitutiva de una infracción, y su fundamento está en las distintas clases de prevención, similares a las propias de las penas, y en alguna medida en la retribución simbólica por el ataque a los bienes protegidos por la norma, siendo su límite el fijado en la ley al definir la sanción; mientras que la restricción de comunicaciones, se apoya en la necesidad de tomar medidas ante la posible utilización futura y reiterada, de modo indebido, de una posibilidad reconocida por la ley para facilitar el desarrollo de las relaciones del interno con el exterior, no teniendo más límites que los derivados de la proporcionalidad y de la necesidad de la medida concreta que se acuerde¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁶ CUERDA RIEZO, Antonio Rafael. "Consideraciones críticas... op. cit., pp. 68-69.

¹⁴⁶⁷ STS 790/2014, de 25 de noviembre (ROJ: STS 4950/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4950), dictada en unificación de doctrina.

3.2 Medios coercitivos

3.2.1 Concepto y normativa internacional

El mantenimiento de la seguridad en los establecimientos penitenciarios, junto con la convivencia ordenada en ellos, es un elemento imprescindible para la consecución de la reeducación y reinserción social mediante el tratamiento, además de una exigencia insoslayable derivada de la posición de garante de la vida e integridad física de los internos que pesa sobre la Administración. Es por ello, que se impone a aquella el deber de organizar los correspondientes sistemas de seguridad y vigilancia para tal fin¹⁴⁶⁸.

Es una realidad que, ante el clima de violencia que frecuentemente impera en las prisiones, la vida e integridad requiere en el ámbito penitenciario una mayor protección frente a posibles agresiones de terceros, la cual, desde la perspectiva de la Administración penitenciaria, se concreta en la prohibición de torturas y malos tratos de palabra u obra y el rigor innecesario en la aplicación de las normas disciplinarias¹⁴⁶⁹.

Los medios coercitivos son, en palabras de SANZ DELGADO¹⁴⁷⁰, medidas e instrumentos de contención, dirigidos a la recuperación del equilibrio regimental, de la homeostasis penitenciaria, cuando el orden interno del establecimiento se ve así quebrado, con riesgo para los bienes jurídicos personalísimos y materiales, legal y reglamentariamente protegidos.

O, como entienden FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN¹⁴⁷¹, medidas de fuerza que permite el ordenamiento jurídico en supuestos excepcionales con el fin de restablecer la normalidad y que se utilizan para impedir o reprimir conductas que por su gravedad no se pueden impedir o reprimir de otra forma menos gravosa.

Los medios coercitivos serían los instrumentos de los cuales se vale la Administración penitenciaria para recuperar la normalidad, evitando la continuidad del riesgo cuando éste tiene lugar. Estarían ligados al concepto de régimen penitenciario entendido como el conjunto de normas destinadas a la consecución de una convivencia ordenada y pacífica en un establecimiento, el cual se asegura desde antaño mediante la vigilancia y la observación, y mediante la acción de inmediata contención cuando dicho orden ha sido vulnerado. El fin sería lograr la seguridad entendida como un concepto global o integral, la consecución de un entorno seguro para las personas

¹⁴⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho ...* op. cit., p. 201.

¹⁴⁶⁹ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. "La observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medidas de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios". En: *Diario La Ley*, nº 7121, 2009, p. 2.

¹⁴⁷⁰ SANZ DELGADO, Enrique. "De la disciplina a la seguridad integral: Los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, nº 1, 2019, pp. 365-366.

¹⁴⁷¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 655.

privadas de libertad y personal penitenciario, para su retención y custodia, en el primer caso, o para el desarrollo de la actividad profesional, en cuanto a los otros¹⁴⁷². Puede interpretarse entonces la seguridad desde una visión *ad intra* y *ad extra*, la primera como la ausencia de riesgo para las personas, y la segunda como la inalterabilidad de la retención y custodia¹⁴⁷³, salvaguarda personal u objetivo reventivo-custodial¹⁴⁷⁴.

Aunque son medidas de naturaleza disciplinaria, sin embargo, no ostentarían el carácter sancionador, ni se imponen en sentido estricto como respuesta a la comisión de faltas disciplinarias, primando una naturaleza preventiva y no represiva¹⁴⁷⁵.

Dado que el concepto de seguridad y orden, un exceso en tal materia por parte del personal penitenciario es siempre un riesgo latente, es por lo que la normativa internacional presta especial atención al uso o empleo de los medios utilizados para tal fin.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, *Reglas Nelson Mandela*¹⁴⁷⁶, bajo la rúbrica *Instrumentos de coerción física*, expresan en las Regla 47 a 49, los supuestos, medios y principios de aplicación de aquellos, fundamentalmente los de necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad y tiempo imprescindible en su uso.

Por su parte, las Reglas Penitenciarias Europeas¹⁴⁷⁷, en el Título IV, dedicado al *Buen orden*, tras recoger un concepto dinámico de seguridad, asegurada por un personal vigilante que conozca bien a los internos a su cargo, que va más allá de la proporcionada por barreras físicas y otros medios técnicos, aborda el empleo de los medios coercitivos en la Regla 68, con la misma orientación que la normativa de Naciones Unidas.

Con relación a este concepto de seguridad dinámica recogido en las Reglas Penitenciarias Europeas, VAN ZYL SMIT y SNACKEN¹⁴⁷⁸ señalan que está presente la Regla 49, que conecta el respeto por las exigencias de seguridad, protección y disciplina con la idea de proporcionar a los internos una vida en condiciones de dignidad humana y como un completo programa de actividades. Tras reconocer que se constata más un desequilibrio entre personal e internos en las prisiones que en otras instituciones, además de haber apreciado que en las prisiones europeas se ha desarrollado la *prisión autoritaria*, un sistema de poder en el que se fuerza a los internos a la obediencia bajo la amenaza de la violencia -y su empleo ocasional-, y la *prisión post-autoritaria* en la cual el personal penitenciario apuesta por un *modus vivendi* tolerante con los presos a través del compromiso y el alojamiento, afirman que el reconocimiento de que los presos que continúan con los agentes sociales reaccionan al tratamiento ha conducido a una

¹⁴⁷² SANZ DELGADO, Enrique. "De la disciplina a la seguridad integral... op. cit., pp. 348-349.

¹⁴⁷³ *Ibidem*, p. 355.

¹⁴⁷⁴ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "La seguridad en los establecimientos... op. cit., p. 293.

¹⁴⁷⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho* ... op. cit., p. 208.

¹⁴⁷⁶ Asamblea General, Resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

¹⁴⁷⁷ Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros.

¹⁴⁷⁸ VAN ZYL SMIT, Dirk., y SNACKEN, Sonja. *Principios de Derecho*... op. cit., pp. 394-395.

mejora en el control de las prisiones y al desarrollo del concepto de seguridad dinámica. Los meros elementos de seguridad pasiva -muros, vallas y vigilancia electrónica- no son eficaces sin la seguridad dinámica que surge a través de los contactos, relaciones y comunicación entre personal e internos. Así la Regla 51.2 recoge que la garantía proporcionada por las barreras físicas y por otros medios técnicos se complementa con la seguridad dinámica proporcionada por un equipo de alerta que conoce a los presos que están bajo su control.

La Ley Orgánica General Penitenciaria dedica a los medios coercitivos el art. 45, en el cual, tras recoger los supuestos de hecho de su aplicación y los principios básicos por los que se rige su uso, establece la autoridad competente para su adopción y la necesidad de comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Se añade además una referencia al no uso de armas de fuego por parte del personal penitenciario.

El *Anteproyecto* y el *Proyecto de Ley* no contenían referencia alguna al Juez de Vigilancia, siendo en virtud de una enmienda del Grupo *Socialistes de Catalunya* como llega al texto definitivamente aprobado.

Como pone de manifiesto GARCÍA VALDÉS¹⁴⁷⁹, el preceptivo control de poner en conocimiento de los Jueces el hecho de haber tenido que hacer uso de tales medios es una garantía aceptable y suficiente, y ello frente a la postura manifestada por una enmienda de *Socialistes de Catalunya* en orden a relegar tal autorización al Juez de Vigilancia, lo cual daría lugar a que éste tuviera que dedicarse casi en exclusiva a tal fin.

3.2.2 Supuestos y principios

El Reglamento Penitenciario en su art. 71.1 fija unos principios fundamentales a la hora de adoptar cualquier medida de seguridad del centro. Se recogería así expresamente los de necesidad, proporcionalidad y máximo respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales del interno, especialmente con relación a aquellos medios que se apliquen directamente sobre las personas, así como el de subsidiariedad con relación al medio concreto a emplear, esto es, que, ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico.

Con tales principios rectores a la hora de garantizar la seguridad del establecimiento penitenciario, el art. 72 RP desarrolla el art. 45 LOGP, regulando los llamados medios coercitivos, que no serían sino aquellos instrumentos concretos a los cuales puede acudir la Administración en caso de alteración del orden por parte de un interno¹⁴⁸⁰.

Los supuestos habilitantes para recurrir a la aplicación de estos medios son impedir actos de evasión o de violencia de los internos, evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas y su empleo para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

¹⁴⁷⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Comentarios a la Legislación...* op. cit., p. 137.

¹⁴⁸⁰ Como complemento, la I SGIP 3/2010 y la I SGIP 3/2018.

Se trataría pues de motivos regimentales o en ocasiones razones terapéuticas, que se tratarían de forma indiferenciada, lo cual es manifestación de las carencias que nuestro ordenamiento jurídico tiene en el ámbito sanitario -general y no solo penitenciario- respecto a actuaciones llevadas a cabo sin consentimiento del paciente¹⁴⁸¹.

Estamos con SANZ DELGADO¹⁴⁸² cuando afirma que, no obstante, no todo incumplimiento puede justificar la aplicación de un medio coercitivo de los previstos en el art. 72 RP, sino tan solo la desobediencia de aquellas órdenes que, de no ser ejecutadas, puedan alcanzar una cierta gravedad, produciendo una alteración regimental en el establecimiento y que, por ello, la resistencia del interno debe resultar contumaz, manifestando una voluntad rebelde frente a la reiteración de la orden transmitida.

Como presupuesto habilitante de su aplicación, no es suficiente una mera sospecha de una futura conducta antijurídica, si no se apoya en una previa alteración de la convivencia o de la seguridad; como tampoco cabe su aplicación de forma general y automática con referencia a determinadas categorías de internos en función de su supuesta peligrosidad¹⁴⁸³.

La Ley Orgánica General Penitenciaria no recoge cuales son los medios concretos de los que puede hacer uso la Administración, pues se remite al desarrollo reglamentario, con la sola exclusión de las armas de fuego, que proscribire la ley. El Reglamento, pues, goza de amplio margen a la hora de la elección, habiendo fijado como tales: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas.

Especial mención hay que hacer a la sujeción mecánica¹⁴⁸⁴, la cual, aunque no se cita expresamente entre los medios recogidos en el Reglamento Penitenciario, se entiende comprendida en el concepto de uso de las esposas, consistiendo en correas homologadas, medio menos gravoso que aquellas. Se trata de una medida de contención frente a una persona que, en el plano regimental, presenta una actitud violenta y agresiva, de manera que se haya causado o pueda causarse daño a sí mismo, a terceras personas o a los medios materiales e instalaciones de su entorno si no se actúa adecuadamente. Su duración ha de ser limitada en el tiempo y objeto de un seguimiento exhaustivo por parte del personal correspondiente.

¹⁴⁸¹ BARRIOS FLORES, Luis Fernando. "El empleo de medios coercitivos en prisión (Indicaciones regimental y psiquiátrica)". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. nº 253, 2007, p. 63.

¹⁴⁸² SANZ DELGADO, Enrique. "De la disciplina a la seguridad integral..." op. cit., pp. 348-349.

¹⁴⁸³ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho ...* op. cit., p. 210.

¹⁴⁸⁴ A la cual se hace referencia en la I SGIP 3/2018, que modifica en este apartado la I SGIP 3/2010, y que trae causa en la Guía elaborada por el Defensor del Pueblo en 2017, en su calidad de Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. En esta Instrucción, frente al criterio seguido en la I SGIP 3/2010, comprende solo aquellos supuestos que tienen carácter regimental, dejando al margen los supuestos de carácter sanitario, esto es cuando un interno que se halla en un estado de agitación psicomotriz grave de etiología orgánica o psíquica, o cuya actitud, no necesariamente violenta, puede dificultar o imposibilitar un programa terapéutico, en los que se remite a lo preceptuado en la normativa sanitaria general y sus procedimientos.

No podrán ser aplicados los expresados medios coercitivos a las mujeres gestantes y a las mujeres 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 aquellos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas. Como garantía adicional, de naturaleza sanitaria, en el caso de la medida de aislamiento provisional, al igual que ocurre en la sanción de aislamiento en celda, se establece que el interno será visitado diariamente por el Médico.

Aunque no se recoge expresamente en la norma, RODRÍGUEZ YAGÜE¹⁴⁸⁵ pone de manifiesto que, en el caso de personas mayores, el correspondiente Protocolo¹⁴⁸⁶ introduce un pauta específica con relación a la aplicación de los medios coercitivos sobre este colectivo al señalar que, en el caso de ser necesario el empleo de estos medios, “se desaconseja el uso de esposas”, y, de ser absolutamente imprescindible su uso, “se deberán emplear las correas homologadas, con un regular control de personal cualificado (en atención a las posibles complicaciones médico-fisiológicas concomitantes a la edad)”.

La duración e intensidad de la medida está condicionada por su objetivo, que es el restablecimiento de la normalidad y solo subsistirán el tiempo estrictamente necesario. 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, esto es, cuando sea necesario su empleo.

La utilización de los medios coercitivos no son un instrumento frente a una actuación colectiva o grupal, antes bien, si algo tienen por característica, es la individualización ante actuaciones concretas¹⁴⁸⁷. La legislación penitenciaria tiene recursos concretos frente internos inadaptados, que no es el recurso a esta vía¹⁴⁸⁸.

La decisión sobre la utilización de los medios coercitivos corresponde al Director, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. La decisión pues, en aquellos casos, va a recaer en el Jefe de Servicios, al que, como ya se dijo, corresponde conforme al art. 283 RP adoptar provisionalmente las medidas indispensables para mantener el orden y el buen funcionamiento de los servicios, dando cuenta al Director.

En el caso de la medida de aislamiento provisional, si como consecuencia del incidente regimental, le sucede una sanción de aislamiento en celda, el tiempo de aplicación de aquel medio coercitivo debe ser objeto de abono a ella, pues, aunque no es una sanción anticipada, en esencia tiene el mismo contenido y opera de la misma forma que la prisión provisional, que no es una pena, sobre aquella otra¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “Cuando los centros penitenciarios... op. cit.

¹⁴⁸⁶ Protocolo de Atención Integral a la Ancianidad en el Medio Penitenciario.

¹⁴⁸⁷ Que, en ocasiones, la Administración hace un uso equivocado de la medida, es ejemplo la STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129), cuyo supuesto de hecho es la desautorización por un Juzgado de Vigilancia de una medida aplicada a un colectivo de internos.

¹⁴⁸⁸ ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. “La intervención (*II Jornadas*)... op. cit., p. 133.

¹⁴⁸⁹ ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. “El régimen disciplinario... op. cit., p.133.

3.2.3 Comunicación al Juez de Vigilancia Penitenciaria

Fruto de las enmiendas parlamentarias, recoge la ley penitenciaria la necesidad de comunicación de la aplicación de los medios coercitivos al Juez de Vigilancia. El Reglamento penitenciario extiende esa puesta en conocimiento al cese de la medida.

Está en juego en este caso, de una u otra forma, la integridad física del interno, cuando no una adicional restricción de la libertad de aquel, lo cual puede afectar a sus derechos fundamentales, art. 15 y 17 CE, de ahí la necesidad de la puesta en conocimiento y pronunciamiento judicial.

El art. 72 RP va más allá de la obligación que fija el art. 45.2 LOGP, pues este último se constriñe a los supuestos de urgencia, planteamiento actual que se introduce con la reforma en 1984 ¹⁴⁹⁰ del art. 123 RP1981, que extendió este deber de comunicación, junto con la motivación, a todos los supuestos. En este sentido, con razón se ha señalado que no tenía sentido tal limitación, pues no era la urgencia sobre lo que debía pronunciarse el Juez, sino sobre la medida adoptada, su necesidad y su proporcionalidad¹⁴⁹¹.

El precepto actual especifica que la comunicación contendrá expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento, elementos sin los cuales difícilmente se podría resolver sobre la corrección de tal aplicación.

SANZ DELGADO ¹⁴⁹² entiende que para que el control judicial sea efectivo, además de una comunicación inmediata, es necesario que la misma no se limite a tener un contenido mínimo, sino que debe comprender una detallada descripción de los hechos que han dado lugar a la utilización y las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento y, en concreto, junto a ella se debería adjuntar la información y documentación relativa, en primer lugar, a la aplicación del medio coercitivo, la identificación del interno, la expresión del medio o medios utilizados, precisión de la hora de inicio y la duración en caso de haber cesado la medida, las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento; en segundo lugar, el parte de hechos firmado por los funcionarios intervinientes circunstanciando aquellos que lo motivaron y, en su caso, las circunstancias que aconsejen el mantenimiento de la medida; en tercer lugar, el parte médico del interno y de los funcionarios que recoja las eventuales lesiones, lo que permitirá al Juez evaluar la proporcionalidad del uso del medio coercitivo y el momento en el que se adoptó la decisión; por último, en cuarto lugar, la constancia de si la medida ha sido autorizada por el Director o si solo se le ha comunicado. Y, ello sin perjuicio que, el interno pueda formular la correspondiente queja vía art. 76.2 g) LOGP.

¹⁴⁹⁰ RD 787/1984, de 28 de marzo.

¹⁴⁹¹ TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho ...* op. cit., p. 213.

¹⁴⁹² SANZ DELGADO, Enrique. "De la disciplina a la seguridad integral..." op. cit., p. 392.

En cuanto al contenido del pronunciamiento judicial, caso de entender que la actuación no se ajusta a la legalidad, puede consistir en ordenar su cese, si es que aún perdura la aplicación; bien puede servir de base para una eventual reclamación por parte del interno afectado frente a la Administración; bien para la exigencia de responsabilidad en vía disciplinaria frente al funcionario que actuó indebidamente; e incluso, en los casos de mayor gravedad, dar cauce a la vía penal¹⁴⁹³ – delito del art. 533 CP-, mediante su comunicación a la autoridad judicial correspondiente.

3.2.4 Motín

Contiene el art. 72.5 RP una última mención a los casos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones, en los cuales 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 última disposición recoge que los derechos reconocidos a los internos en la Ley Orgánica General Penitenciaria podrán ser suspendidos parcial y temporalmente por acuerdos de los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, que obliguen a la autoridad penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos de Seguridad del Estado. Desde el momento en que intervengan dichas fuerzas asumirá la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia y restauración del orden el jefe de aquellas, sin perjuicio de continuar la autoridad penitenciaria en la dirección de las actividades de tratamiento, procedimiento administrativo en relación con las autoridades judiciales, régimen económico administrativo y funciones asistenciales. Del acuerdo adoptado por los Ministerios de Justicia e Interior a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados a los efectos de que adopte la resolución que reglamentariamente proceda.

3.3 Cacheos

Establece el art 23 LOGP que 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. Se trata por ello de una cuestión que entronca plenamente en lo regimental, en el aspecto relativo a la seguridad del centro, por lo cual va a ser una

¹⁴⁹³ En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., p. 362.

fuente de conflictos, que se articulan por la vía de las quejas, desde la perspectiva de los internos.

Los registros y los cacheos se incardinan, conforme al art. 65 RP, dentro de las *medidas de seguridad interior* de los establecimientos. Su intensidad se ajustará a la potencial peligrosidad de los internos a los que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, respetándose, en todo caso, los principios de necesidad y proporcionalidad, llevándose siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, lo cual es especialmente aplicable a aquellas que se practiquen directamente sobre las personas, debiéndose dar preferencia a los medios de carácter electrónico para el caso de existir diversas opciones de semejante eficacia.

El art. 68 RP, tras recoger con carácter general la posibilidad de registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común, establece la posibilidad de recurrir al cacheo con denudo integral, al cual se refiere pormenorizadamente, por la mayor intensidad en la invasión del derecho a la intimidad que implica.

Se recoge así en la legislación penitenciaria una serie de procedimientos tendentes a garantizar la seguridad y control en los centros penitenciarios, en orden a evitar situaciones de riesgo derivadas de la posesión por parte de los internos de objetos prohibidos y peligrosos, así como tratar de evitar las fugas de los establecimientos penitenciarios; resultando justificados ante las multiplicidad de formas de introducción de tales elementos¹⁴⁹⁴.

Aunque no se establece expresamente obligación de comunicación de la práctica del cacheo con desnudo al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sin embargo, un Protocolo de la SGIP de 9 de marzo de 2005¹⁴⁹⁵, con acierto, así lo establece, pues se trata de una medida que afecta muy directamente a un derecho fundamental.

El art. 18.1 CE reconoce el derecho a la intimidad personal, la cual, como venimos viendo, se ve seriamente restringida en el ámbito penitenciario. Especialmente gravoso para tal derecho son las medidas de seguridad que se pueden adoptar en el establecimiento penitenciario y dentro de ellas las que tiene por objeto la propia persona.

El Tribunal Constitucional¹⁴⁹⁶ tiene establecido que el derecho a la intimidad aparece en el art. 18 CE configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 CE reconoce, derecho que entrañaría la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario —según

¹⁴⁹⁴ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. "Registros y cacheos en el ámbito penitenciario". En: *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 22, 2009, p. 2.

¹⁴⁹⁵ La I SGIP 3/2010 sobre *Protocolo de actuación en materia de seguridad*, mantiene la vigencia de aquel otro.

¹⁴⁹⁶ SSTC 37/1989, de 15 de febrero (ROJ: STC 37/1989 - ECLI:ES:TC:1989:37); 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137); 57/1994, de 28 de febrero; 204/2000, de 24 de julio (ROJ: STC 204/2000 - ECLI:ES:TC:2000:204); y 218/2002, de 25 de noviembre (ROJ: STC 218/2002 - ECLI:ES:TC:2002:218).

las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de vida humana. De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal, en principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Quedaría así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad.

El fundamento último de la intimidad corporal sería la dignidad de la persona, SSTC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57), y 207/1996, de 16 de diciembre (ROJ: STC 207/1996 - ECLI:ES:TC:1996:207), siendo ésta el límite de toda intervención, lo que implica que ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, configurándose un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico ha de garantizar, de forma que las limitaciones que se establezcan en el disfrute de un derecho individual no conlleve un menoscabo para la estima que merece la persona en cuanto ser humano¹⁴⁹⁷.

En el ámbito penitenciario la restricción de la libertad implica la limitación del derecho a la intimidad, si bien este sacrificio no puede ir más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere. Siendo admisible el recurso a esta medida, sin embargo, ello ha de responder a una adecuada ponderación de los intereses, en juego, por un lado, la seguridad y buen orden del centro y, por otro, el importante sacrificio de la intimidad que conlleva. Es necesario por ello evaluar su necesidad para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger, debiéndose recurrir a ella solo con carácter subsidiario y llevarse a cabo de forma que lesione en la menor medida la intimidad del interno.

De ahí, que, por la afcción que suponen a un derecho fundamental esta clase de medidas, lleva a que deba incidirse en la importancia de otros instrumentos relevantes menos intrusivos para salvaguardar la seguridad del centro, personal de aquel e internos. Así, resulta plenamente acertada la afirmación de DE VICENTE MARTÍNEZ¹⁴⁹⁸ cuando señala que “la adecuada observación de los internos hace innecesaria la realización de otras medidas de seguridad o bien servirá de base para una precisa ejecución de las mismas... por lo que esta medida se erige en eje nuclear sobre el que gira la correcta actuación del funcionario de Instituciones Penitenciarias”. Observación encaminada al conocimiento cabal del comportamiento habitual del interno y de sus actividades dentro y fuera del departamento, de sus relaciones con otros internos y el influjo positivo o negativo derivado de ellas, lo que la convierte en una pieza fundamental de la seguridad activa.

Para su eventual control judicial posterior, es muy importante la motivación de la medida por parte de la Administración, que ha de ser concreta y específica, asentada en razones individuales y contrastadas, no una genérica invocación de la seguridad. Solo así 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

¹⁴⁹⁷ LÓPEZ MELERO, Monserrat. *Los derechos fundamentales...* op. cit., p. 128.

¹⁴⁹⁸ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. “La observación de los internos...” op. cit., pp. 3-4.

juicio de la Administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental¹⁴⁹⁹.

De ahí que haya de suministrarse algún elemento para cubrir la desnudez, amén de no llevar a cabo exigencias que impliquen una mayor intromisión en ese derecho, tales como la realización de flexiones¹⁵⁰⁰.

Por su parte la STC 196/2006, de 24 de julio (ROJ: STC 196/2006 - ECLI:ES:TC:2006:196), entiende que hay una lesión al derecho a la intimidad porque, revocado el consentimiento dado por un interno a la práctica de una analítica de orina para detectar consumo de drogas ante la forma en la cual iba a ser realizada, no obstante, fue sancionado disciplinariamente por tal negativa. Se considera que los hechos declarados probados en el expediente sancionador no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción¹⁵⁰¹.

El Reglamento Penitenciario viene a recoger la doctrina constitucional expuesta y así su art. 68 establece los requisitos y forma de llevar a cabo la medida:

- a) La concurrencia de motivos de seguridad concretos y específicos -motivación-.
- b) 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 a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento -excepcionalidad y proporcionalidad-.
- c) Autorización del Jefe de Servicios.
- d) Realización por funcionarios del mismo sexo que el interno.
- e) En lugar cerrado sin la presencia de otros internos.
- f) Preservando, en todo lo posible, la intimidad.
- g) Parte escrito.

El carácter residual de la medida queda reflejado en el sentido que solo cabe acudir a este recurso cuando no quepan otros, especialmente de tipo electrónico.

Especial mención hay que hacer también a los exámenes por Rayos X, en orden a la detección de algún cuerpo extraño en los internos. A ellos se refiere el art. 68.4 RP cuando dice que, 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.

¹⁴⁹⁹ STC 171/2013, de 7 de octubre (ROJ: STC 171/2013 - ECLI:ES:TC:2013:171).

¹⁵⁰⁰ STC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57); STS 29/1994, de 19 de enero (ROJ: STS 102/1994 - ECLI:ES:TS:1994:102).

¹⁵⁰¹ Dicha sentencia cita las SSTC 11/1981, de 8 de abril (ROJ: STC 11/1981 - ECLI:ES:TC:1981:11); 2/2001, de 15 de enero (ROJ: STC 2/2001 - ECLI:ES:TC:2001:2); 185/2003, de 27 de octubre (ROJ: STC 185/2003 - ECLI:ES:TC:2003:185); y 110/2006, de 3 de abril (ROJ: STC 110/2006 - ECLI:ES:TC:2006:110).

Tal practica es admisible, siempre y cuando concurren los requisitos habituales en los supuestos de restricciones de derechos, esto es necesidad, proporcionalidad y fundamentación de la medida y, en estos casos, además, una garantía sanitaria adicional: garantía de que los efectos dañosos para la salud no vayan a producirse, por lo cual tal práctica habrá de llevarse a cabo con todas las prevenciones necesarias a tal efecto, determinando previamente si la práctica era necesaria y adecuada al fin de seguridad pretendido y previniendo razonablemente que el riesgo queda cortado mediante la observancia de las precauciones precisas para la inocuidad de aquella¹⁵⁰².

Autoridad judicial competente en este caso puede ser el Juez de Vigilancia o el Juez de Instrucción, en función del hecho sustentador de la sospecha. Si es un hecho delictivo, aunque apriorísticamente puede ser difícil de determinar, el tema escapa de lo penitenciario y correspondería a la autoridad judicial que le corresponde la investigación de esta clase de hechos, los Jueces de Instrucción.

Ha de hacerse también una breve mención al cacheo con desnudo de los familiares del interno en el caso de las comunicaciones, medida prevista en el art. 45.7 RP, por las mismas razones debidamente motivadas y en la misma forma establecida que para los internos, si en caso de negativa, la comunicación no se llevará a cabo, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito. Tales medidas encontrarían amparo en el art. 53 LOGP que tiene en cuenta como parámetro de la restricción de la intimidad la seguridad y buen orden del establecimiento¹⁵⁰³.

Se trata de todas maneras de una cuestión ajena a la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, es una cuestión puramente administrativa, pues no afecta a los derechos del interno, sino del comunicante, posición esta respecto de la cual aquella instancia no es el garante, al no tener atribuida tal función en el art. 76 LOGP.

Para terminar este epígrafe, mencionar los registros de las celdas y dependencias, medida habitual para garantizar la seguridad del centro, que debe responder, como restricción de derechos que implica, a una motivación concreta y específica, no una mera invocación genérica de la seguridad del centro. Por registro cabe entender el examen que, con el fin de encontrar objetos o sustancias prohibidas por las normas de régimen interior, son sometidas las ropas y enseres que se encuentran en una celda o dependencia (puertas, ventanas, paredes y techos de las celdas y espacios comunes)¹⁵⁰⁴.

El art. 68 RP no exige la presencia del interno durante la práctica de aquellos, no siéndoles aplicable la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵⁰⁵, ha admitido como prueba válida, las

¹⁵⁰² STC 35/1996, de 11 de marzo (ROJ: STC 35/1996 - ECLI:ES:TC:1996:35).

¹⁵⁰³ STSJ Madrid (9ª) 83/2011, de 17 de febrero (ROJ: STSJ M 2046/2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:2046).

¹⁵⁰⁴ VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. "Registros y cacheos... op. cit., pp. 5-6.

¹⁵⁰⁵ SSTS 2799/1994, de 11 de octubre (ROJ: STS 21034/1994 - ECLI:ES:TS:1994:21034); (s/n) de 24 de noviembre (ROJ: STS 5960/1995 - ECLI:ES:TS:1995:5960); 515/1998, de 6 de abril (ROJ: STS 2281/1998 - ECLI:ES:TS:1998:2281); 799/2003, 29 de mayo (ROJ: STS 3666/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3666).

así obtenidas, prueba que, de infringir la legislación en la materia, conforme al art. 11 LOPJ, tendría que haber sido declarada nula por los tribunales.

Este planteamiento ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional¹⁵⁰⁶, si bien ha introducido una especial matización. Lo normal debería ser la presencia del interno durante su práctica, pero en caso de no darse, ha de sustituirse por la comunicación de aquella, por suponer una limitación del derecho a la intimidad del afectado. Comunicación simultánea o posterior que versa sobre la dimensión y la intensidad del registro y resultado de aquel.

3.4 Limitación de la tenencia libros o publicaciones

Nuevo ejemplo de la función tutelar del Juez de Vigilancia sobre los derechos de los internos está el art. 128 RP, el cual, tras reconocer el derecho de éstos a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, fija como límite las exigencias del tratamiento individualizado; al tiempo, tal precepto permite, por decisión administrativa, la retirada a los internos de publicaciones que carezcan de depósito legal o pie de imprenta, con excepción de las editadas en el propio centro penitenciario, así como las que atenten contra la seguridad y buen orden del establecimiento.

En el primer supuesto, la decisión corresponde la Junta de Tratamiento del establecimiento, la cual deberá ser notificada al interno, que puede acudir en queja ante el Juez de Vigilancia; es decir, en principio, en este caso, no hay comunicación de oficio, lo cual es criticable, pues se trata de una restricción de derechos fundamentales. En el segundo, se trata de una decisión que corresponde al Director, cuyo acuerdo que se notifica al interno y se comunica al Juez de Vigilancia.

La STC 6/2020, de 7 de enero (ROJ: STC 6/2020 - ECLI:ES:TC:2020:6), reconoce que las personas condenadas a una pena de prisión serían también titulares de las libertades de expresión e información, si bien su ejercicio viene delimitado por el hecho de que los reclusos poseen un *status libertatis* sustancialmente más reducido que el de los ciudadanos libres, que viene definido por lo dispuesto en el art. 25.2 CE, y que se configura como una relación de sujeción especial.

El precepto reglamentario no es sino desarrollo del art. 58 LOGP, el cual reconoce a los internos el derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior.

Es a partir del RD 2273/1977, de 29 de julio, *que modifica el Reglamento de los Servicios de Prisiones*, cuando se abordó en el ámbito penitenciario el problema de acceso a libros, revistas y periódicos, admitiéndose así su uso intramuros, siempre que fueren de libre circulación, sin perjuicio de que el Directo, si circunstancias especiales

¹⁵⁰⁶ SSTC 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89), y 106/2012, de 21 de mayo (ROJ: STC 106/2012 - ECLI:ES:TC:2012:106).

lo aconsejaran, oyendo a la Junta de Régimen, podía acordar la prohibición, decisión que pondría en conocimiento de la Dirección General para que la ratificara o no¹⁵⁰⁷.

En la Ley Orgánica General Penitenciaria no se recoge más limitación que aquella que, en casos concretos, aconseje las exigencias del tratamiento individualizado, lo cual no es obstáculo para afirmar la corrección de los otros dos supuestos que ampara el reglamento, pues la relativa a la ausencia de los requisitos legales de publicaciones e impresos trae causa en los arts. 11 y 12 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, *de Prensa e Imprenta*, que regula una de las facetas del derecho fundamental a la libertad de expresión, art. 20 CE, y que exige que todo impreso o publicación tiene que contener ciertos datos identificativos de, al tiempo que se establece la obligación de depósito de una serie de ejemplares, previa a su difusión; y en cuanto a la seguridad y buen orden regimental, no es sino la salvaguarda del régimen penitenciario, cuya función fundamental, conforme al art. 71 LOGP, es crear el ambiente adecuado para el tratamiento.

Por lo tanto, cuando la Administración penitenciaria retira un impreso o publicación que no reúne los requisitos preceptivamente establecidos en la ley, no hace sino dar cumplimiento a ella.

Mayores problemas plantea la retirada de impresos o publicaciones que, teniendo los requisitos legales antes expuestos, sin embargo, se considera por la Administración que son inadecuados para el tratamiento individualizado o que atentan contra la seguridad y buen orden del centro, campo éste que puede colisionar con la libertad ideológica, en el primer caso, o la libertad de expresión, en su faceta de recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que no puede ser objeto de censura previa, en el segundo.

La constitucionalidad de esta medida, con relación a los dos aspectos, regimentales y tratamentales, ha sido abordada en la STC 11/2006, de 16 de enero (ROJ: STC 11/2006 - ECLI:ES:TC:2006:11), la cual considera que el marco normativo, los preceptos antes mencionados, habilita a la Administración para adoptar esta clase de medidas pues dada la naturaleza de la relación penitenciaria, relación de sujeción especial, no hay una reserva de absoluta de jurisdicción. Las razones de seguridad y buen orden quedan amparadas por las circunstancias concretas del caso, un interno miembro de una organización terrorista, que entre sus objetivos estaba la Institución penitenciaria, por lo cual entra en juego la preservación de los derechos fundamentales de terceros, en este caso la vida, integridad física, art. 15 CE, y la libertad, art. 17 CE, amén de razones propias del tratamiento, aspectos ambos que podrían verse comprometidos por el contenido de la publicación, que subrepticamente podría encerrar instrucciones o consignas propias de tal colectivo.

En el concepto seguridad se engloban claramente publicaciones que pudieran afectar directamente a ella, como lo son aquellas relativas a elaboración de explosivos, desactivación de elementos de seguridad, etcétera; pero también otras de contenidos más difusos, como los son las de colectivos antisistema, en las cuales se suelen incluir

¹⁵⁰⁷ ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos...* op. cit., pp. 68-73; ANDRÉS LASO, Antonio. *Concordia en las...* op. cit., p. 99.

contenidos tendentes a alterar el orden del centro mediante difusión de informaciones tendenciosas relativas al mundo penitenciario. Este último caso no siempre es fácil delimitar lo que es libertad de información y aquello otro que resulta prohibido, en definitiva, el siempre difícil concepto de información veraz.

CARRILLO LÓPEZ¹⁵⁰⁸ destaca que los derechos a la libertad de expresión y a comunicar y recibir información veraz, reconocidos en el art. 20.1 a) y d) CE, son derechos fundamentales relacionados con la libertad de comunicación de ideas y hechos pero, cada uno de ellos dispone de su propia identidad; mientras que la libertad de expresión es la que habilita a su titular para expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción, el segundo habilita a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El objeto, por tanto, es distinto en uno y otro caso, pues mientras que en la libertad de expresión viene definido por los aspectos de orden subjetivo y axiológico que se contienen en el mensaje, esto es, una opinión, una idea, un concepto, etc., en el derecho a la información, se concreta en la difusión de hechos, emisión de mensajes en los que el factor predominante es lo fáctico, que como tal ha de respetar el límite de la veracidad. El derecho a la información en el constitucionalismo del Estado liberal democrático presenta, entre otras señas de identidad, el reconocimiento singularizado del derecho a comunicar y recibir información como un derecho fundamental derivado de la libertad de expresión, pero dotado de su propia especificidad basada en que la información es sobre todo transmisión de hechos, por lo cual la titularidad de este derecho no solo corresponde al profesional de la información sino también a cualquier persona, entidad o colectivo social que puede transmitir su versión sobre unos hechos acaecidos, además de la consideración de la libertad de expresión y del derecho a la información no solamente como derechos subjetivos de libertad respecto a los poderes públicos y los particulares, sino también como elementos objetivos de la sociedad democrática.

El requisito democrático de la verdad implica la necesidad de entender que ante un mismo hecho pueden existir diversos criterios de interpretación y explicación, aunque la realidad fáctica se única, pluralidad de análisis que es lo que hace que la actividad informativa y plural esté llena de matices, de ahí que sea mejor hablar de veracidad¹⁵⁰⁹. Un hecho puede ser explicado de diversas y plurales maneras en un ejercicio de libertad informativa, siendo todas esas formas veraces¹⁵¹⁰.

Por ello, en ocasiones, cuando se produce esta intervención de una publicación por parte de la Administración, va a corresponder al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista del contenido de aquella, delimitar si responde a un parámetro de veracidad o bien se aparta de él, por tratarse en este último caso de una información maledicente o

¹⁵⁰⁸ CARRILLO LÓPEZ, Marc. "Configuración general del derecho a comunicar y recibir información veraz: especial referencia a las relaciones entre Poder Judicial y medios de comunicación". En: *Justicia y medios de comunicación, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, nº 16, 2006, pp. 2-4.

¹⁵⁰⁹ LERMA GALÁN, Jesús de. "El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática". En: *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 66, nº 2, 2018, p.439.

¹⁵¹⁰ CARRERAS SERRA, Lluís de. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y medios de comunicación*. Barcelona: Ariel Derecho, 1996, p. 47.

un simple bulo. Tendrá también valorar, en aras de la salvaguarda del derecho del interno, la delimitación de lo que es una crítica, que es admisible siempre, incluso aunque sea molesta, acerba o hiriente, frente a lo que queda al margen de aquella, la utilización de expresiones injuriosas, que no están amparadas por la libertad de expresión¹⁵¹¹, y cuya difusión en el medio penitenciario constituyen un foco perturbador de su paz.

Por último, pueden ser las razones ligadas propiamente al tratamiento del interno las que lleven a esa decisión. Se trata de situaciones habitualmente ligadas a colectivos terroristas y bandas organizadas, en los cuales estos materiales no hacen sino reafirmarlos y retroalimentarse en sus posturas, lo cual favorece poco o nada a su apartamiento de las consignas de esos grupos, antes bien contribuyen a su refuerzo, y, en consecuencia, le apartan de su rehabilitación. Podría invocarse aquí que el tratamiento tiene la nota de voluntariedad, por lo cual, si uno no quiere cambiar sus posicionamientos, no se le puede obligar; pero siendo eso cierto, no lo es menos que el art. 61 LOGP establece como deber para la Administración penitenciaria el fomentar la participación en el tratamiento y el 71.1 LOGP que el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, con lo cual flaco favor se haría si se permitiera el acceso a materiales que chocan con él. Ahora bien, hay un límite, los internos preventivos, pues legalmente están excluidos del tratamiento, art. 64 LOGP, con lo cual esta motivación no puede invocarse frente a ellos.

4. RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES RELATIVAS A DECISIONES QUE AFECTAN AL RÉGIMEN DE VIDA O UBICACIÓN DE LOS INTERNOS

4.1 Limitaciones regimentales

El art. 75 RP recoge las llamadas limitaciones regimentales, las cuales suponen que, manteniéndose la clasificación del interno, y por ello el régimen de vida correlativo a ella, sin embargo, se establece temporalmente unas restricciones impropias de aquel. Tal situación puede responder a dos motivos, bien se imponen al interno para la seguridad del resto de la población reclusa, art. 75.1 RP; bien se imponen para protección del propio interno, art. 75.2 RP.

Tanto unas, las que se imponen en garantía de la seguridad del resto de la población reclusa, como las otras, las que se imponen en garantía y protección de propio interno, han de ser debidamente comunicadas al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

¹⁵¹¹ STC 165/1987, de 27 de octubre (ROJ: STC 165/1987 - ECLI:ES:TC:1987:165); 105/1990, de 6 de junio (ROJ: STC 105/1990 - ECLI:ES:TC:1990:105); y 336/1993, de 15 de noviembre (ROJ: STC 336/1993 - ECLI:ES:TC:1993:336).

Para BARAS GONZÁLEZ¹⁵¹² las limitaciones regimentales, que operan sobre una situación ya restringida de privación de libertad, son fundamentales para la seguridad y normal convivencia, pudiendo ser definidas como restricciones estrictamente precisas para el desenvolvimiento de la vida en prisión, para la consecución de una convivencia ordenada y pacífica y para la retención y custodia de los privados de libertad, debiendo emplearse con miras a un principio de intervención mínima y mesura.

La duración de la medida ha de ser la imprescindible, de forma que, de no solventarse en el propio centro, debe promoverse el traslado del recluso a otro establecimiento de similares características para posibilitar el levantamiento de tales limitaciones, comunicándose, como todo traslado, en el caso de los detenidos y presos, a la autoridad judicial de que dependan y, en el caso de los penados, al Juez de Vigilancia correspondiente.

Como antecedente de este precepto reglamentario puede invocarse el art. 32 RP1981, el cual contenía una previsión de tales limitaciones, pero restringiendo su ámbito a los detenidos y presos, mas no a los penados, como si quisiera, en aras de la protección al máximo la presunción de inocencia, preservar a los primeros frente a los segundos, y así impedir la influencia negativa de unos internos sobre otros¹⁵¹³.

Aunque el precepto reglamentario hace un tratamiento unitario de las limitaciones regimentales, en realidad se regulan en él dos situaciones que poco tienen que ver entre sí, al menos en el fundamento, pues es cierto que, en el plano material, la forma de vida que se impone al interno puede ser similar.

Las restricciones que se fijan para un interno en garantía de su seguridad no responden sino al deber que pesa sobre la Administración, impuesto en el art. 3 LOGP, en orden a velar por su vida e integridad, de ahí que sea irrelevante que medie petición o no del interesado, pues en todo caso la ausencia de aquella no exime a la otra de cumplir con lo que por la ley le es exigido. Estas limitaciones, que suponen restringir los contactos con otros internos, la vida social en el centro, se justifican por ese riesgo a los bienes fundamentales de toda persona privada de libertad, por lo que en el supuesto de no ser posible su solución en el propio establecimiento, ha de conllevar, como consecuencia, la correspondiente decisión sobre la nueva asignación de centro de destino.

Pero el supuesto realmente problemático es el del párrafo primero, esto es, cuando las restricciones en el modo de vida con relación al grado de clasificación traen causa en el riesgo que el comportamiento del interno afectado supone para los demás reclusos, aunque, en la letra del precepto también podrían responder a motivos tratamentales, si bien, en la práctica, no se hace uso de tal recurso.

Como punto de partida en el análisis, cabe considerar con qué instrumentos cuenta la Administración penitenciaria cuando se enfrenta a un interno que pueda ser

¹⁵¹² BARAS GONZÁLEZ, Marcos. "El régimen penitenciario... op. cit., p. 140.

¹⁵¹³ FREIXA EGEA, Gemma. "Régimen penitenciario/clasificación y art. 75 del Reglamento Penitenciario ¿Es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº14, 2012.

calificado como conflictivo. Una primera opción en caso de inadaptación es, de no ser urgente la decisión, el recurso a la clasificación en primer grado, con la consiguiente imposición del régimen de vida cerrado, en alguna de sus modalidades. Pero mediando motín, agresión física con arma u objeto peligroso, toma de rehenes o intento violento de evasión, el art. 95.3 RP, permite el traslado del penado a un establecimiento de régimen cerrado, simplemente con el acuerdo del Centro Directivo, aunque no se haya producido resolución clasificatoria en primer grado, que, en todo caso, deberá efectuarse dentro de los catorce días siguientes, dando cuenta inmediatamente del traslado al Juez de Vigilancia.

En el plano meramente disciplinario hay dos instrumentos, por un lado, la adopción en cualquier momento de medidas cautelares frente al interno infractor, art. 243 RP, y en segundo lugar la ejecución inmediata de la sanción impuesta en casos de indisciplina grave, art. 252 y 253 RP.

Junto a estos recursos, el art. 75.1 RP deja abierto un amplio campo de actuación en orden a la adopción por el Director de unas restricciones en la forma de vida de un interno, cuando él considera que puede ser un riesgo cierto para la seguridad y el buen orden del establecimiento, esto es, se trata de proteger a la población penitenciaria frente a un recluso que se considera un peligro.

La forma de vida la penitenciaria de los internos, de la cual es pieza clave la clasificación, se determina en un procedimiento complejo y dual -propuesta de un órgano colegiado, Junta de Tratamiento, y decisión del Centro Directivo-, pero por esta vía, art. 75.1 RP, se deja abierta la puerta a una serie de restricciones, en aras a esa convivencia ordenada o seguridad del centro, al margen del grado de clasificación, por decisión de un órgano unipersonal, y que, en definitiva, podrían determinar de facto un auténtico nuevo régimen de vida, muchas veces similar al régimen cerrado, incluso en la modalidad más extrema, el régimen especial, cuando no, el modo de cumplimiento de la sanción de aislamiento.

Estos riesgos se ponen de manifiesto en el Informe del Defensor del Pueblo del año 1997¹⁵¹⁴, que cuestiona la validez de una decisión de la dirección de un centro

¹⁵¹⁴ Defensor del Pueblo, Informe anual 1997 y debates en las Cortes Generales, epígrafe 4.1.25, p. 97.

“Como consecuencia de la información obtenida en relación con un interno al que se le habían aplicado las limitaciones regimientales del artículo 75 del Real Decreto 190/1996, de 6 de febrero, se pudo constatar que, como consecuencia de una orden de la dirección del centro, ese interno venía siendo sometido a unas indeterminadas medidas limitadoras del régimen de vida que por su clasificación le correspondían. De este modo, determinados dispositivos de garantías, reconocidos por el ordenamiento penitenciario, estaban siendo sustituidos por una orden de la dirección, lo que suponía que, por la vía de hecho se estaba efectuando una modificación del régimen de vida del interno, sin haber reclasificado al mismo y sin contar, por tanto, con el estudio previo del equipo multidisciplinar, todo ello bajo la cobertura del artículo 75 del citado Reglamento.

A la vista de esta situación, desde esta institución se ha remitido a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias una recomendación para que en los supuestos de aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 75 del vigente Reglamento Penitenciario, éste se realice con escrupuloso respeto a su tenor literal, para que las limitaciones regimientales, ya sean voluntariamente solicitadas por el interno o acordadas por la iniciativa del propio director del establecimiento, tengan siempre y únicamente como

penitenciario en orden a establecer unas medidas limitadoras del régimen de vida ajenas a las que por su clasificación le correspondían a un interno.

Pero si ilustrativo, por su claridad, es el planteamiento del Defensor del Pueblo, llama, sin embargo, la atención la respuesta de la Administración, que, tras la aceptación de la Recomendación, esto es, entender que las limitaciones solo son pertinentes en orden a la salvaguarda del propio interno, ha seguido admitiendo la posibilidad de su aplicación en las diversas Instrucciones dictadas al efecto -la actual es la I SGIP 3/2010 -, estableciéndose unas pautas de actuación que, lejos de suponer el abandono de esa práctica, simplemente consagra su uso.

El Reglamento Penitenciario deja así abierta de esta forma una peligrosa vía, máxime cuando en él se regula de forma precisa aquellos supuestos en los cuales cabe restringir el régimen de vida del interno, como ya se expuso, ya en el ámbito clasificatorio, bien en el disciplinar. No se entiende bien el porqué de tantas cautelas en tales cuestiones y tan pocas al abordar el tema de las limitaciones regimentales, dejándose en manos de un órgano unipersonal la decisión.

Con gran razón MATA Y MARTÍN¹⁵¹⁵ cuestiona el instrumento reglamentario como cauce hábil para fijar esta modalidad de aislamiento *ad hoc*, que entiende construido al margen de la ley penitenciaria, y que, si bien puede suponer mejores condiciones en cuanto a horas de patio o participación en actividades tratamentales, en función de la decisión del Director del centro, sin embargo también pueden llegar a ser idénticas a las propias de una sanción o medio coercitivo.

Frente a esta visión crítica, ciertamente minoritaria, los que aceptan su validez, entienden que es una proyección de los fines consagrados en los art. 1 y 3.4 LOGP y que los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad quedan garantizados a través de la propia garantía ejecutiva y, subsidiariamente por el control judicial articulado mediante la dación de cuenta, además del mecanismo de la queja del art. 76.2 g) LOGP¹⁵¹⁶.

Quizás, es por ello, que la I SGIP 3/2010 se cuida de advertir que estas limitaciones no pueden ser equiparables al régimen cerrado, que tendrán carácter subsidiario, y que, en atención a la gravedad del hecho motivador, debe dar lugar a la posterior valoración por la Junta de Tratamiento en orden a una eventual aplicación del régimen cerrado o propuesta de traslado. En definitiva, se crea por este peligroso cauce un régimen de vida *ad hoc* meramente transitorio, cuyos riesgos han sido puestos de manifiesto por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria¹⁵¹⁷.

finalidad la salvaguarda de la vida o de la integridad física del interno. Esta recomendación ha sido aceptada”.

¹⁵¹⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Tercer grado. ¿sin clasificación... op. cit., p. 59.

¹⁵¹⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario...* op. cit., p. 601.

¹⁵¹⁷ Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2021 (Texto refundido y depurado, actualizado a octubre de 2021, Barcelona).

Criterio 56

Ante la duración excesiva de la medida regimental de aislamiento del artículo 75.1 del RP (la

4.2 Exceso de permanencia en departamento de ingresos

El art. 20.3 RP dispone que la estancia de preventivos o penados en el departamento de ingresos será, como máximo, de cinco días y solo podrá prolongarse por motivos de orden sanitario o para preservar su seguridad, dándose cuenta al Juez de Vigilancia correspondiente.

El motivo de esta comunicación no ofrece duda, pues la excepcionalidad del régimen de vida en estos departamentos, que de facto implica la separación del resto de la población reclusa, con sus consecuencias en todo orden, justifica esta intervención, que, como en el caso de los medios coercitivos, puede ser objeto de corrección, si se estima inmotivada, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

El ingreso en el establecimiento penitenciario puede ser en calidad de detenido, preso o penado, bien por orden de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, en los dos primeros casos, o del juez o tribunal correspondiente que acuerda la medida cautelar personal u ordena el cumplimiento de la pena, en los otros dos¹⁵¹⁸; junto a estas formas coactivas, cabe una última opción, la presentación voluntaria¹⁵¹⁹.

Una vez se ingresa en prisión, se procede a la identificación del nuevo interno; si se trata de detenido o penado, es examinado por el médico y entrevistado por el trabajador social y el educador; si fuere penado, es visto también por el psicólogo y el jurista. Hechos estos trámites, es cuando, si no hay razón que aconseje lo contrario, pasa al departamento que corresponda.

Puede, no obstante, que por motivos sanitarios -sospecha de padecer una enfermedad contagiosa, necesidad de guardar una cuarentena sanitaria...- o de otra índole -problemas de seguridad del propio interno...-, mientras se superan aquellos obstáculos o se recaba la información necesaria para tomar la decisión correcta, sea necesario superar el plazo máximo de permanencia en el departamento de ingresos, situación por ello excepcional, que por afectar a los derechos del recluso, que se ven restringidos, se comunica al Juez de Vigilancia en su calidad de salvaguarda de aquellos.

4.3 Comunicación de los traslados

Los internos ingresados en un establecimiento penitenciario están a disposición, si son preventivos, del juez que ha acordado o mantiene la medida cautelar personal y, si son penados, a disposición del Juez de Vigilancia que, durante el cumplimiento vienen asumir las funciones propias de la ejecución y cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por ello, el art. 31 RP recoge que los traslados de los internos, según la calidad

propuesta de mantenimiento o regresión de grado de la Junta de Tratamiento se emite normalmente con celeridad, si bien la decisión del Centro Directivo o la efectividad del traslado del interno, en su caso, hacen que éste permanezca aislado más de un mes), se insta a IIPP al efecto de que la decisión del Centro Directivo en este caso, así como la efectividad del traslado del interno, se agilicen.

¹⁵¹⁸ Art. 15 RP.

¹⁵¹⁹ Art. 16 RP.

en la cual se encuentre ingresado, se comunica al juez de la medida cautelar o al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Se trata esta de una mera comunicación a los solos efectos informativos, pues conforme al art. 79 LOGP y 31RP se trata de una competencia administrativa, cuyo control corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa y muy excepcionalmente, en caso de arbitrariedad, al Juez de Vigilancia¹⁵²⁰.

Meramente informativa es también la comunicación del traslado de un penado que no está a disposición de la autoridad judicial que lo interesa para práctica de diligencias a que se refiere el art. 34 RP. Es el caso de un penado que deba comparecer ante una autoridad judicial, por ejemplo, en calidad de testigo en un juicio penal o de cualquier otra naturaleza o como parte en ellos; como no goza de libertad, no puede decidir por sí su concurrencia a ese acto inexcusable, con lo cual es la autoridad judicial ante la cual va a tener lugar la actuación judicial la que acuerda el traslado. En la actualidad, por motivos de seguridad y economización de los medios humanos y materiales, se suelen celebrar estas comparencias, en muchos casos, por videoconferencia.

4.4 Traslado de menores de 21 años a departamentos de adultos

La Ley Orgánica General Penitenciaria a lo largo de su articulado recoge diversas referencias a lo internos jóvenes, concepto que engloba a los menores de veintiún años y, excepcionalmente, de veinticinco. Como criterios de separación interior hay que citar el art. 8, 9 y 16 LOGP, los cuales establecen la necesidad de la separación de los jóvenes del resto de los internos, bien en establecimiento destinados a esta clase de reclusos, bien en departamentos específicos. Haciéndose especial énfasis en sus necesidades educativas, el art. 55 LOGP recoge expresamente la existencia de una escuela que atienda sus carencias específicas. Y, ya dentro del Título III, dedicado al tratamiento, el art. 68 LOGP, contiene una referencia a los establecimientos para jóvenes menores de veintiún años, disponiendo que, al concluir el tratamiento con la emisión del juicio pronóstico final, se procurará la evaluación del resultado de aquel a través de los datos que proporcionen los servicios centrales correspondientes.

El perfil de los internos jóvenes tendría como características desde el plano psicológico, por lo que a su personalidad se refiere, una baja tolerancia a la frustración, alta impulsividad, conductas agresivas desde edad muy temprana, baja autoestima y sobre todo conducta de búsqueda de sensaciones, factor que se encuentra muy relacionado con la conducta antisocial; y en cuanto al plano cognitivo, el pensamiento concreto, la minimización y racionalización en relación a los delitos que cometen, baja empatía y tendencia a la externalización, junto con un bajo nivel de desarrollo moral. Su perfil social, generalmente aglutinaría como características un nivel educativo y cultural muy bajo, familia de procedencia altamente desestructuradas o con disfuncionalidades

¹⁵²⁰ El tema se analizó ampliamente en el apartado correspondiente a los conflictos con la Administración, Capítulo V, § 3.2.

importantes, baja cualificación profesional y nula la experiencia laboral, además del factor de drogadicción, a lo que se une el haber pasado por instituciones de corrección. Por último, respecto a la prisión, su adaptación tiende a ser normal, con cierta pasividad respecto a la participación en actividades, calificándose muchas veces su conducta como prisionizada¹⁵²¹.

Los diversos factores diferenciales que presenta la delincuencia juvenil justifica un trato distinto al de la población delincucional adulta: criminológico, porque la etapa que va desde la infancia o preadolescencia hasta los veintiún años, corresponde a la franja más activa en la carrera delictiva de un sujeto, etapa donde se producen más conductas antisociales, se cometen más delitos, donde el grado de reincidencia es mayor y donde se refleja un riesgo más elevado en lo que se refiere a la peligrosidad social de sus actos; madurativos, porque al tratarse de delincuentes jóvenes, ellos son los que van a nutrir el sistema penitenciario en los próximos años, si siguen teniendo pautas delincuenciales; pedagógicos, ya que se trata de una etapa en la que la educación puede realizar una labor reeducadora fundamental, evitando así futuros ingresos en prisión; y psicosociales, porque a estas edades es posible la inserción, tanto social como laboral, siendo ésta una etapa de construcción de la identidad en el contexto social¹⁵²².

El Reglamento Penitenciario, por su parte, contiene una referencia a la formación básica de los internos jóvenes en el art. 123.1 y una especial consideración al hacer referencia a los racionados alimenticios, art. 308. Pero donde aborda ampliamente el tema es, dentro de las *Formas especiales de ejecución*, Título VII de aquel, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica *Internamiento en departamentos para jóvenes*. Con este enunciado se recoge un diseño de un régimen de vida que, manteniendo los tres clásicos de primer, segundo y tercer grado, se adapta a las particulares características de este grupo de internos, con especial significación de las necesidades educativas y

¹⁵²¹ CORROCHANO HERNANDO, Gloria, y ESPARTERO MARTÍNEZ, Paloma. "Intervención con jóvenes en prisión". En: *Infancia, Juventud y Ley*, nº 4, 2013, pp. 30-38.

¹⁵²² MARTÍN SOLBES, como conclusión a su estudio de la población penitenciaria de jóvenes en las prisiones andaluzas, destacaría la importancia de las intervenciones pedagógicas como medidas preventivas o como medidas reeducativas, una vez ingresados en prisión, siendo especialmente importante una adecuada formación profesional, la cual podría reorientar los pasos de estos jóvenes hacia salidas profesionales que les ayudarían a evitar la reincidencia, además de la implicación en los procesos formativos-relacionales-sociales de todas las instituciones y colectivos, siendo necesaria la perspectiva de la educación social, a través de los educadores de calle y de orientadores que trabajen en la orientación, estímulo y ayuda a los padres y también en la guía de estos jóvenes hacia salidas sociales que los alejen de la marginación, el delito y en definitiva de la prisión, llegando incluso a proponer la posibilidad de permutar las condenas de los jóvenes en prisión, por la obtención de objetivos educativos. Cuestionaría, al tiempo, la viabilidad de los centros penitenciarios como lugares de reeducación, pues para ello entiende que es necesario un ambiente de libertad, el contacto de la sociedad con las personas aisladas; no obstante ello, destacaría la importancia del componente pedagógico y educativo que debería presidir las actuaciones en los centros penitenciarios, en aras a la consecución de la normalización de la conducta de los internados, a través de los valores morales y éticos de una sociedad democrática. En MARTÍN SOLBES, Víctor Manuel. "Estudio socioeducativo de los jóvenes internados en las prisiones andaluzas". En: *Revista Española de Investigación Criminológica*, Nº 6, 2008, pp. 2 y 16-23; MARTÍN SOLBES, Víctor Manuel. "Los jóvenes internados en prisiones andaluzas. Sus actitudes ante los procesos de reeducación". En: *Revista Interuniversitaria de Pedagogía Social*. nº 16, 2009, pp. 150-151 y 155-157.

formativas, además del mantenimiento de los vínculos con su entorno social, en aras a su futuro retorno a la vida en libertad. Ello comporta una adecuada planificación y ordenación de los recursos pertinentes para tal fin, planteamiento que incluso se proyecta sobre las condiciones arquitectónicas y ambientales, sistema de convivencia y organización de la vida en el departamento.

El art. 174 RP es especialmente importante, pues perfila cinco programas dirigidos a este sector de la población reclusa: un programa de formación instrumental y formación básica entendida como una formación general y compensadora de una educación deficitaria en relación con el desarrollo y las exigencias de la sociedad actual; un programa de formación laboral que comprenda tanto el aprendizaje inicial para poder incorporarse al mercado de trabajo, como la actualización, la reconversión y el perfeccionamiento de conocimientos y habilidades para ejercer una profesión o un oficio según las exigencias del desarrollo social y del cambio constante del sistema productivo; un programa de formación para el ocio y la cultura que pretenda el aprovechamiento del tiempo libre con finalidades formativas y la profundización en los valores cívicos; un programa dirigido a la educación física y el deporte que permita, además de mejorar el estado de su organismo, liberar tensiones tanto físicas como psicológicas; y un programa de intervención dirigido a aquellas problemáticas de tipo psicosocial, de drogodependencias o de otro tipo que dificulten la integración social normalizada de los internos.

Se diseña así, dentro del sistema general penitenciario, una forma de cumplimiento para los jóvenes, que, sin alterar las líneas maestras de aquel, potencia aspectos muy ligados al proceso madurativo de la personalidad, que, sin llegar a los extremos del tratamiento de los menores, en cierta forma, enlaza con ellos.

La intervención con jóvenes en el ámbito penitenciario ha de tender hacia la consecución de la optimización de aspectos formativos, potenciando sus capacidades en aras de una mejora de su competencia personal y social, de manera que puedan superar las limitaciones con las que cuentan y se promueva la adaptabilidad de sus respuestas frente al medio, es decir, en definitiva, el régimen de vida en estos módulos debe caracterizarse por una acción educativa intensa¹⁵²³.

Es por ello, que, el art. 99 RP dispone que el traslado de un joven a un departamento de adultos, que se rige por las reglas generales, esto es, al margen de esas particularidades en la atención y tratamiento de aquellos otros, ha de comunicarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria, de forma que, por tal acto de puesta en conocimiento, quepa una supervisión en sede judicial.

Las particulares características del colectivo, hace que la Institución Penitenciaria haya diseñado un programa específico dirigido a los jóvenes privados de libertad de entre 18 y 25 años, siendo sus objetivos equipar a los jóvenes con aquellas habilidades de pensamiento necesarias para un mejor ajuste personal y social y mejorar las habilidades interpersonales, la educación, junto con la preparación para la búsqueda de empleo. Para el logro de aquellos, el régimen de vida de los departamentos para jóvenes se caracterizaría por una acción educativa intensa, dirigiéndose la actuación del

¹⁵²³ LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. "Jóvenes en prisión... op. cit, pp. 13-14.

personal que trabaja en los departamentos para jóvenes a la formación integral de los internos, fomentándose especialmente, en la medida de lo posible, el contacto del interno con su entorno social¹⁵²⁴.

5. RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES DE CUESTIONES SANITARIAS

5.1 Las intervenciones forzadas. Huelgas de hambre y rechazo de tratamientos médicos por los internos

5.1.1 El consentimiento informado en general

El art. 43 CE, dentro de los *Principios rectores de la policía social y económica*, recoge el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, precepto desarrollado con carácter general en la Ley 14/1986, de 25 abril 1986, *General de Sanidad*, y que es especialmente intenso en el caso de las personas privadas de libertad al disponer el art. 3 LOGP que la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.

No se trata de un mero postulado teórico sino de una conceptualización del deber de salvaguarda de la vida e integridad con indudable trascendencia práctica. Por ello se establece una especial configuración del consentimiento informado, que es el presupuesto de cualesquiera actuación médico-sanitaria, si bien, en el ámbito penitenciario, por su particular marco normativo, se difumina o anula, en ciertos casos.

El consentimiento informado, que venía regulado en el art. 10 de la Ley 14/1986, *General de Sanidad*, se encuentra recogido en la actualidad en el art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, *Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, siendo, como presupuesto de toda actuación médica, una exigencia derivada de los arts. 2.2 y 8.1 de aquella. Tal premisa conecta con el derecho a la libertad, en su versión de principio informador del ordenamiento jurídico -art. 1.1 CE-; en última instancia, con la autonomía de la voluntad, a que se refiere el art. 2.1 Ley 41/2002; y, en definitiva, con el derecho a la integridad personal física o moral -art. 15.1 CE-.

Por consentimiento informado se entiende, conforme al art. 3 Ley 41/2002, la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

Pero como todos los derechos, la necesidad de recabar el consentimiento informado del paciente admite excepciones. Así. 9.2 Ley 41/2002 dispone que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, por un lado,

¹⁵²⁴ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/jovenes.html> [Consulta 17/04/2020].

cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley¹⁵²⁵; y, por otro, 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.

Cuando en 1914 la Corte de Apelaciones de Nueva York afirmó, en el caso *Schoelendorff vs Society of New York Hospital*, que todo ser humano de edad adulta y que esté en pleno uso de sus facultades mentales tiene el derecho de determinar lo que se le hace a su cuerpo y que si un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión de la que es responsable de los daños resultantes, con la sola excepción de los casos de emergencia en los que el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que se pueda obtener su consentimiento, se estaban sentando las bases del consentimiento informado como presupuesto de cualquier intervención médica.

La exigencia del consentimiento del paciente para una actuación médica no ha sido un presupuesto que haya estado vigente siempre en el tiempo, antes bien responde a un cambio conceptual reciente. Tiempo atrás, dictado por la tradición hipocrática, trasladada, después, a normas éticas y deontológica, los presupuestos de la relación clínica giraban alrededor del médico como elemento fundamental de la misma, con ninguna o poca relevancia del enfermo; una concepción anclada en el principio paternalista o de la beneficencia ya que en términos filosóficos, se consideraba, que el médico restauraba el equilibrio de la naturaleza al curar el paciente y que, además, respondía al conocimiento que tenían los profesionales y que estaban en una situación de preeminencia a la hora de tomar decisiones en busca del bienestar del enfermo, de tal modo que el paciente era considerado una persona débil, sin capacidad de discernir y, por consiguiente, de decidir sobre cualquier aspecto de su tratamiento. Se configuraba la relación médico-paciente de forma que el primero era quien tenía el conocimiento exacto y exclusivo sobre lo que hacer con el paciente, y siempre lo haría en busca de lo mejor para el enfermo, aunque éste nada supiera sobre su estado clínico, sobre las alternativas curativas disponibles y sin ningún conocimiento de los riesgos implicados. Frente a esta concepción vertical de la relación médico-paciente, progresivamente se ha pasado a un visión horizontal, lo cual comporta el abandono del principio paternalista, surgiendo un nuevo paradigma, la autonomía del paciente, que implica el reconocimiento del paciente en su individualidad, como un ser pleno y capaz que puede decidir libremente sobre el procedimiento clínico o quirúrgico -salvo tasadas excepciones previstas en la ley-, lo cual implica un incremento de su responsabilidad sobre el tratamiento¹⁵²⁶.

¹⁵²⁵ En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

¹⁵²⁶ BRITO NOVAIS, Sandro Luis. "Excepción al consentimiento informado en la Ley General Penitenciaria de España y las intervenciones médicas forzosas en huelgas de hambre llevadas a cabo por encarcelados". En: *Revista Jurídica da FA7, Periódico Científico e Cultural do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro*. vol. 4, nº 1, 2007, pp. 51-52.

Toda consideración en esta materia ha de partir de la delimitación del contenido del derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE. Tal derecho comprende la inviolabilidad de la persona, no ya solo frente a los ataques directos dirigidos a quebrantar su cuerpo o espíritu, sino además cualquier intromisión en aquellos que carezca del consentimiento de su titular y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud, su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o un daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento del titular¹⁵²⁷.

Señala DIEZ RIPOLLÉS¹⁵²⁸ que el reconocimiento del derecho a la vida que hace el art. 15 CE presenta, en principio, dos vertientes por lo que se refiere a los poderes públicos, por un lado, una de no hacer, consistente en abstenerse ellos mismos de toda actuación que pueda menoscabar tal derecho a la vida, y otra, de hacer, consistente en proteger y promover el ejercicio del derecho a la vida frente a actuaciones de terceros. Este derecho ha sido adicionalmente objeto de una interpretación restrictiva que ha promovido el ejercicio del derecho en su vertiente positiva, esto es, derecho a vivir todo el tiempo que sea posible, sin incluir su vertiente negativa, a saber, derecho a morir cuando el ciudadano lo desee, por lo cual el derecho a prescindir de la propia vida no forma parte del contenido del derecho fundamental, posición que sin embargo ha de ser matizada por la proscripción del sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, lo cual lleva a modular las obligaciones de hacer y no hacer de los poderes públicos antes mencionadas en el sentido de que su cumplimiento en ningún caso debe llevar a mantener la vida humana a toda costa, aun con procedimientos o en condiciones inhumanas o degradantes. Que el derecho fundamental a la vida solo se refiera, con la salvedad indicada, al derecho a vivir y no al derecho a morir no impide, como señala reiteradamente el Tribunal Constitucional -SSTC120/1990, de 27 de junio (FJ 79); 137/1990, de 19 de julio (FJ 5) (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137); 11/1991, de 17 de enero (FJ 2); y 154/2002, de 18 de julio (FJ 12) (ROJ: STC 154/2002 - ECLI:ES:TC:2002:154)-, que toda persona pueda de hecho disponer de su propia muerte, en la medida en que ello constituye una manifestación del principio general de libertad.

MAGALDI PATERNOSTRO¹⁵²⁹ -con cita de las SSTC 137/90, de 19 de julio (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137); 215/1994, de 14 de julio (ROJ: STC 215/1994 - ECLI:ES:TC:1994:215); 35/1996, de 11 de marzo (ROJ: STC 35/1996 - ECLI:ES:TC:1996:35); y 207/1996, de 16 de diciembre (ROJ: STC 207/1996 - ECLI:ES:TC:1996:207)- concluye que para que exista una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la integridad física y moral basta la intervención corporal aun

¹⁵²⁷ STC 120/1990, de 27 de junio.

¹⁵²⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Deberes y responsabilidad de la Administración Sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, 2009, p. 3.

¹⁵²⁹ MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de la Constitución Española". En: *Manuales de Formación Continuada*. Madrid: CGPJ, nº 12, 2000, p. 112.

externa no consentida, constituyendo el malestar, sufrimiento o riesgo para la salud derivada de la misma un plus de afectación al derecho, pero, en modo alguno, una condición *sine qua non* para poder predicar la vulneración de aquel.

La imposición de la asistencia médica contra la voluntad del interesado, voluntad que puede responder al deseo de morir u otros móviles, puede devenir en una limitación vulneradora del derecho fundamental siempre que no tenga justificación constitucional.

No se trata precisamente éste de un tema pacífico, basta ver para ello algunos de los pronunciamientos del TEDH¹⁵³⁰ al respecto, lo cuales no reflejan sino la disparidad de las legislaciones nacionales.

¹⁵³⁰ Así, la STEDH de 29 de abril de 2002, *asunto Pretty c. Reino Unido*, considera que el art. 2 CEDH que protege el derecho a la vida, sin el cual sería ilusorio el disfrute de cualquier otro de los restantes derechos y libertades que garantiza el Convenio; el precepto obliga al Estado no solo a abstenerse de provocar la muerte de manera intencionada y legal, sino también a tomar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas sometidas a su jurisdicción, lo cual puede implicar igualmente, en determinadas circunstancias perfectamente definidas, la obligación positiva impuesta a las autoridades de adoptar preventivamente medidas de orden práctico para proteger a las personas cuya vida se encuentra amenazada por las actuaciones criminales de un tercero. Tal precepto no consagraría un aspecto negativo, salvo que se distorsionara el lenguaje de manera diametralmente opuesta, de forma que confiriera el derecho a morir, ni un derecho a la autodeterminación, en el sentido de dar a cualquier persona el derecho de dar la muerte en lugar de la vida. No sería posible deducir el derecho a morir, ya sea a manos de terceros o con ayuda de una autoridad pública. Se rechazaría además que hubiera violación del art. 3 -prohibición de tratos inhumanos o degradantes-, art. 8 -derecho al respeto de la vida privada-, 9 -libertad de conciencia- y 14 -prohibición de discriminación- del Convenio, pues aunque el Tribunal comprendía el temor de la demandante de tener que enfrentarse a una dolorosa muerte sin la oportunidad de poder poner fin a sus días como ella deseaba, sin embargo, el argumento expuesto por la demandante sobre la existencia de una obligación positiva por parte del Estado habría requerido a éste autorizar acciones destinadas a interrumpir la vida, obligación que no se puede deducir de tal precepto.

Por su parte, en la STEDH de 20 de enero de 2011, *asunto Haas c. Suiza*, el Tribunal aprecia la ausencia de consenso en las legislaciones de los Estados miembros sobre el derecho de un individuo a elegir cuándo y cómo poner fin a sus días y, pesar de que el suicidio asistido había sido despenalizado, al menos parcialmente, en algunos de ellos, la gran mayoría parecían dar más peso a la protección del derecho a vida del individuo que a su derecho a ponerle fin, por lo cual concluyó que los Estados disponían de un amplio margen de apreciación en estos casos. El Tribunal consideró que el requisito de una prescripción médica, emitida sobre la base de un examen pericial psiquiátrico exhaustivo era un medio para satisfacer la obligación de los Estados de poner en marcha un procedimiento capaz de garantizar que la decisión de cometer un suicidio correspondiera con la voluntad de esa persona, por lo cual no encontró ninguna violación del art. 8 del Convenio -derecho al respeto de la vida privada-.

Y en la STEDH de 5 de junio de 2015, *asunto Lambert y otros c. Francia*, se concluye que, tanto la interpretación que hacía el *Conseil d'État* del marco jurídico de las leyes nacionales, como el proceso que condujo a su decisión llevado meticulosamente de suspender el suministro de alimentación e hidratación artificial al paciente, eran compatibles con las exigencias del art. 2 CEDH -derecho a la vida-. El Tribunal llegó a la conclusión que el presente caso había sido examinado en profundidad pues todas las opiniones habían sido expresadas y todos los aspectos debidamente considerados a la luz del detallado informe médico aportado así como las observaciones generales que habían hecho las más altas autoridades médicas y éticas al respecto, reiterándose que la competencia para verificar si la decisión de suspender el tratamiento era compatible o no con la legislación nacional y el Convenio, y para establecer cuál era la voluntad del paciente de acuerdo con la legislación nacional, recaían principalmente en las autoridades nacionales.

5.1.2 El consentimiento informado en las personas privadas de libertad: huelgas de hambre reivindicativas

Si este es el panorama en el ámbito de la vida en libertad, cuanto más debatido es el tema de las intervenciones médicas sin consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario, pues en él entran en juego otros aspectos, el papel de la Administración, cuando no las eventuales finalidades espurias que en ocasiones están presentes en las conductas y voluntades de las personas privadas de libertad.

Esta cuestión ha sido abordada por la Asociación Médica Mundial, plasmado su criterio en la Declaración de Tokio¹⁵³¹, en la cual se reconoce que “en el caso de un prisionero que rechace alimentos y a quien el médico considera capaz de comprender racional y sanamente las consecuencias de dicho rechazo voluntario de alimentación, no deberá ser alimentado artificialmente. La decisión sobre la capacidad racional del prisionero debe ser confirmada al menos por otro médico ajeno al caso. El médico deberá explicar al prisionero las consecuencias de su rechazo a alimentarse”.

La Declaración de Malta, con sus revisiones ulteriores¹⁵³², con relación a las huelgas de hambre, recoge el respeto absoluto de la autonomía del paciente, siempre partiendo de la plena capacidad e información que se haya facilitado al mismo sobre su estado y consecuencias de su decisión, incluso una vez ha llegado a perder la conciencia. Incluso si el médico no puede aceptar por razones de conciencia el rechazo del paciente a tratamiento o alimentación artificial, el médico debe dejarlo claro al principio y debe asegurarse de derivar a la persona en huelga de hambre a otro médico que pueda aceptar su rechazo.

Postura ésta que también se recoge claramente en el art. 12 del Código Deontológico de la Organización Médica Colegial de 2011¹⁵³³, hasta el punto de considerar que el facultativo puede invocar la objeción de conciencia en orden a no coartar la libertad de quien consciente y libremente realiza una huelga de hambre.

¹⁵³¹ Asamblea General nº 29, octubre 1975.

¹⁵³² Asamblea Médica Mundial nº 43, noviembre 1991. Revisada en su redacción por la 44ª Asamblea Médica Mundial, Marbella, septiembre 1992; 57ª, Pilanesberg, octubre 2006; y 68ª, Chicago, octubre 2017.

¹⁵³³ Artículo 12 Código Deontológico de la Organización Médica Colegial

1.- El médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones.

2.- El médico respetará el rechazo del paciente, total o parcial, a una prueba diagnóstica o a un tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible y precisa de las consecuencias que puedan derivarse de persistir en su negativa, dejando constancia de ello en la historia clínica.

3.- Si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, quedará dispensado de actuar.

4.- Cuando el médico atienda a una persona en huelga de hambre, le informará sobre las consecuencias del rechazo a la alimentación, así como de su previsible evolución y pronóstico. Respetará la libertad de quienes decidan de forma consciente y libre realizar huelga de hambre, incluidas las personas privadas de libertad, pudiendo acogerse a la objeción de conciencia si fuese obligado a contrariar esta libertad.

Por su parte, en el ámbito del TEDH, este tribunal no ha llegado a pronunciarse sobre la cuestión, si bien la Comisión Europea de los Derechos Humanos¹⁵³⁴, en el asunto X. vs Alemania (1984) 7 EHRR 152, en el que un preso se quejó de haber sido alimentado a la fuerza al realizar una huelga de hambre, consideró que el hecho de alimentar a la fuerza a una persona comporta ciertos aspectos degradantes que, en algunas circunstancias, pueden ser prohibidos por el art 3 del Convenio, pero que los Estados están obligados a asegurar el derecho a la vida, conforme al art. 2, lo cual requiere en algunas situaciones medidas positivas por parte de aquellos y especialmente actos concretos para salvar la vida de una persona en peligro de muerte cuando ésta permanece detenida por las autoridades. En el caso considerado se entendió que las autoridades no habían hecho sino actuar de la mejor forma en interés del demandante al escoger entre respetar la voluntad del interesado de no aceptar absolutamente ningún alimento y correr así el riesgo de verle sufrir daños duraderos o incluso morir, o reaccionar tratando de asegurar su supervivencia sabiendo que dicha reacción podía atentar contra su dignidad humana¹⁵³⁵.

En cuanto a la normativa nacional, el art. 210 RP, al abordar la cuestión del consentimiento informado de los internos, establece un especial régimen distinguiendo dos supuestos, a saber, los casos de riesgo vital del interno-paciente y aquellos otros casos de riesgo o peligro para terceros. En realidad, este último resulta superfluo, pues la respuesta está recogida en la previsión del art. 9.2 Ley 41/2002, antes en el art. 10.6 a) Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*.

Como garantía adicional, en tales situaciones, para evitar el peligro de actuaciones arbitrarias, se somete al control de la autoridad judicial, Juez de Vigilancia Penitenciaria, bien autorizando previamente la actuación, bien como destinatario de la comunicación ulterior, supuesto este último que puede dar lugar a una desautorización a posteriori.

El Art. 210 RP pretender ser la recepción a nivel normativo de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990 (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137), de 19 de julio, y 11/1991, de 17 de enero (ROJ: STC 11/1991 - ECLI:ES:TC:1991:11). La cuestión clave es saber si realmente recoge aquella o va más allá.

Para MATA Y MARTÍN¹⁵³⁶, el Tribunal Constitucional habría venido a establecer una suerte de obligación general de actuación de la Administración penitenciaria para preservar la vida y salud de los internos, incluso contra su voluntad; y, aunque los pronunciamientos antes citados se refieren a huelgas de hambre, el carácter expansivo de esta doctrina hace que esa obligación de actuar positivamente exista con carácter general, tanto en el supuesto contemplado, por motivos políticos u otros de protesta, como estableciendo condiciones general de salubridad e higiene o cuando la vida se

¹⁵³⁴ Organismo del Consejo de Europa que actuaba como criba de los asuntos que se sometían a la Corte Europea de Derechos Humanos, que funcionó desde 1954 hasta la entrada en vigor del Protocolo 11, que la abolió.

¹⁵³⁵ GARCÍA GUERRERO, Julio. "La huelga de hambre... op. cit.

¹⁵³⁶ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. *Fundamentos...* op. cit., p. 186.

pone en riesgo sin ninguna motivación explícita, por la mera situación o circunstancias personales.

Los derechos fundamentales no son absolutos, pero toda restricción de aquellos ha de responder a unos parámetros. En primer lugar, tales límites han de venir recogidos en la propia Constitución expresamente al definir cada derecho o han de inferirse de manera mediata o indirecta al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos; y en segundo lugar, tales limitaciones no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial.

El planteamiento del Tribunal Constitucional, a la hora de abordar la cuestión de las intervenciones corporales forzadas en el medio penitenciario, parte de la conceptualización de la relación jurídico-penitenciaria como de especial sujeción. La STC 120/1990, de 27 de junio, que cita a su vez la STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2), indica, con referencia al art. 25.2 CE, que en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, se admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Aunque se admitiese la tesis del derecho a decidir sobre la propia vida, en aquel caso concreto - huelga de hambre de los GRAPO en orden a quebrantar la voluntad de la Administración ante la política de dispersión -, entiende el Tribunal Constitucional que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida, por lo que "no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que solo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico". Ahora bien, estas restricciones, podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas.

Como crítica al anterior argumento, TOMÁS-VALIENTE LANUZA¹⁵³⁷ expone que si la vida es un bien de tal importancia constitucional que su salvación justifica la lesión de otros derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, sería ésta una premisa básica que debería operar no solo para las personas privadas de libertad, sino para todos los ciudadanos que pongan en peligro su vida por el rechazo a un tratamiento.

¹⁵³⁷ TOMÁS-VALIENTE-LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Madrid: BOE, 1999, pp. 337-339.

Por otra parte, este argumento, supondrá crear inseguridad en el tratamiento jurídico de estos supuestos, pues se haría depender la vida del interno huelguista de lo justo o injusto de su petición, con el resultado paradójico de salvarse su vida cuando su reclamación fuera injusta, pero no en el caso contrario. Concluiría que el Tribunal Constitucional, sugiere, pero no establece claramente, un derecho al rechazo de los tratamientos médicos; derecho que se excluye, en todo caso, en las huelgas de hambre reivindicativas.

El recurso que se hace a las relaciones de sujeción especial es cuestionado por JUANATEY DORADO¹⁵³⁸, pues aun reconociendo que se trata de un concepto impreciso, en este caso esta restricción del derecho de los internos a decidir sobre su vida y su salud no responde a razones de seguridad, mantenimiento del orden o de tratamiento, por lo que no se compadece bien con lo que este mismo Tribunal - STC 137/1990, de 19 de julio (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137)- ha declarado al afirmar que aquellas deben ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales.

La STC 120/1990, de 27 de junio, cuenta con dos votos particulares. En síntesis, uno de los Magistrados disidentes¹⁵³⁹, tras admitir que el art. 15 CE no consagra el derecho a morir o decidir sobre la propia muerte, considera, sin embargo, que eso no significa que, teniendo plena capacidad, no se tenga derecho a decidir lo que ha de hacerse para conservar su salud o que no tenga derecho a rechazar una asistencia que no se quiere o ni siquiera ha solicitado. Por su parte, el otro Voto particular¹⁵⁴⁰, sostiene que el deber que pesa sobre la Administración de velar por la vida e integridad de los internos no implica que en relación con su vida y su salud no goce de los mismos derechos que las personas en libertad.

Centrándonos en el art. 210 RP, tal precepto presentaría a juicio de JUANATEY DORADO¹⁵⁴¹, en primer lugar, un problema formal en cuanto a su rango normativo, pues se trata de una restricción de derechos en sede reglamentaría y no en una ley. Pero, además, la autorización judicial en orden a la imposición de tratamiento solo se requeriría *según los casos*, no fijándose un criterio que determine cuando es preciso o no. Por otro lado, se prevé la aplicación de un tratamiento *contra* la voluntad, esto es, se permite la imposición de un tratamiento médico a pesar de la existencia de una voluntad contraria manifestada por el interno, mientras que en las otras dos excepciones reguladas en la norma, el riesgo de terceros y el ingreso hospitalario, se hablaría de ausencia de consentimiento o cuando no se cuente con él, lo cual que pudiera dar lugar interpretaciones poco coherentes, máxime cuando en estos casos puede ser más que justificado actuar contra la voluntad del interno. No se especificaría, además, la autoridad judicial que ha de intervenir, aunque se suele entender que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

¹⁵³⁸ JUANATEY DORADO, Carmen. "El Consentimiento del paciente... op. cit., p. 176.

¹⁵³⁹ Excmo. Sr. Leguina Villa.

¹⁵⁴⁰ Excmo. Sr. Rodríguez-Piñero.

¹⁵⁴¹ JUANATEY DORADO, Carmen. "El Consentimiento del paciente... op. cit., pp. 164-167.

Esta última objeción, su imprecisión, ha sido resuelta de forma general, con relación a los actos restrictivos de derechos de los internos por el Tribunal Supremo¹⁵⁴², que entiende que esta es materia propia del Juez de Vigilancia, al amparo del art. 76.1 LOGP.

En cuanto a su contenido, considera CERVELLÓ DONDERIS¹⁵⁴³ que dejar la solución de permitir la alimentación forzada de los internos en huelga de hambre cuando medie un riesgo para sus vidas, término vago e inseguro, tiene el inconveniente de dejar en manos del personal sanitario la determinación del momento de aquella asistencia, si bien ello es preferible a haberse optado por la determinación como momento relevante el de la pérdida de conciencia, que tiene el inconveniente de hacer inútil ya en muchos casos la intervención, máxime cuando hay una voluntad férrea del recluso. El momento elegido, riesgo para la vida, es especialmente restrictivo, pues al calificarse de inminente, se requiere que sea muy cercana la posibilidad de la muerte, que no del quebranto de la salud.

Pero yendo más allá de las deficiencias anteriormente denunciadas, el nudo gordiano de la cuestión se centra en la imposibilidad de rechazo del tratamiento en el supuesto de riesgo vital por el propio interno-paciente; o, dicho de otra forma, la eventual intervención médica en orden a salvar su vida no precisa de la anuencia de la persona sobre la cual se va a llevar a cabo la práctica médica. Tal planteamiento normativo encontraría justificación en ese especial deber que pesa sobre la Administración, recogido en el art. 3.4 LOGP, de velar por la vida, integridad y salud de los internos.

TALAVERA¹⁵⁴⁴ enmarca el tema que nos ocupa en el ámbito del derecho a la objeción de conciencia, la cual se encuadraría en el contenido de la libertad de conciencia, reconocida en el art. 16.1 CE bajo la fórmula de *libertad ideológica, religiosa y de culto*: una libertad práctica que, en principio, autoriza a comportarse en la vida personal y social de acuerdo con las propias convicciones. Este autor llega a la conclusión que, fuera de los casos de actitudes reivindicativas, debe darse prevalencia al derecho de autonomía del paciente y, en todo caso al derecho a la libertad ideológica para rechazar un tratamiento. Es más, el personal sanitario podría invocar la objeción de conciencia en orden a la salvaguarda de la dignidad del recluso a imponer ese tratamiento.

GARCÍA GUERRERO¹⁵⁴⁵, va más allá y afirma que si un paciente, incluso uno privado de libertad, toma una decisión que solo a él afecte, de forma razonada y razonable, no hay argumento ético alguno a favor de no permitirle tomarla y arrostrar

¹⁵⁴² ATS de 29 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 9725/2000 - ECLI:ES:TS:2000:9725A).

¹⁵⁴³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho Penitenciario*. 5ª ed ... op. cit., pp. 208-210.

¹⁵⁴⁴ TALAVERA, Pedro. "La objeción de conciencia sanitaria en el ámbito penitenciario". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 12, nº 1, 2010.

¹⁵⁴⁵ GARCÍA GUERRERO, Julio. "Ética médica y prisión: de la autonomía a la beneficencia (pasando por la no maleficencia). A propósito de un caso". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 8, nº 2, 2006; en el mismo sentido, GARCÍA GUERRERO, Julio. "Aspectos éticos y deontológicos del rechazo al tratamiento médico por el paciente preso". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 10, nº 3, 2008; en el mismo sentido, GARCÍA GUERRERO, Julio. "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 15, nº 1, 2013.

las consecuencias que de ella pudieran derivarse. La autonomía entendida como autogobierno y capacidad para decidir uno mismo su propio proyecto de vida, es una de las expresiones de la dignidad humana que debe permanecer inalterada cualquiera que sea la circunstancia en que la persona se encuentre, siempre que estemos hablando de personas competentes y capaces para decidir por sí mismas, en estas condiciones no parece haber razón alguna que avale desde el punto de vista ético la imposición de tratamientos por parte de la Administración, ni la obligatoriedad de aceptarlos por parte de los internos. Estos casos conflictivos deberían ser objeto de evaluación por una comisión interdisciplinar en la que deberían estar representados profesionales de diversos ámbitos y con conocimiento del mundo de las prisiones, sanitarios y juristas fundamentalmente, que de forma independiente estudiaran la competencia y los motivos que tiene el interesado al tomar una decisión *inadecuada* y su dictamen debería ser vinculante para la Administración y los jueces.

Por su parte, es significativo que el *Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*¹⁵⁴⁶, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en las Recomendaciones prácticas al personal sanitario, aconseja que el personal médico nunca debe tomar parte alguna en ningún tratamiento forzado de los presos, especificando que esa prohibición se aplica también al tratamiento de los presos que se encuentran en huelga de hambre.

Desde el punto de vista de Derecho Comparado, tan solo de forma clara el Reino Unido rechaza la posibilidad de intervención médica en caso de negativa del interno en casos de huelgas de hambre, por una remisión a las normas de actuación del Departamento de Salud Británico; en el caso de Holanda, en principio parecería posible una intervención forzada, si bien luego en la reglamentación penitenciaria se contempla solo en los internos con capacidades restringidas; en los casos de Italia, Estados Unidos, Argentina, la respuesta sería similar a la española¹⁵⁴⁷.

5.1.3 El consentimiento informado en las personas privadas de libertad: rechazo al tratamiento médico del paciente-interno

Si discutible es la imposición de tratamientos médicos, cuando el interno busca finalidades espurias, cuanto más cuando no median éstas. La dicción literal del Art. 210 RP conllevaría, siempre que medie riesgo vital, la obligación por parte de la Administración de imponer el tratamiento médico, sea cuales sea la razón, incluso cuando se trate simple y llanamente del ejercicio de la mera autonomía del paciente que rechaza un tratamiento médico que considera que simplemente le va a causar un sufrimiento, alargando un ineludible final.

¹⁵⁴⁶ *Los Derechos Humanos y las Prisiones, Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, p. 84.

¹⁵⁴⁷ GARCÍA GUERRERO, Julio. *El consentimiento informado en los pacientes privados de libertad*. Tesis doctoral, dir. Tesis Bellver Capella, V., Universidad de Valencia, 2013.

Resulta poco entendible por qué rechazar un tratamiento que el interno entiende que no es positivo para él, algo que podría hacer perfectamente si no estuviera privado de libertad, ha de imponérsele por estar privado de ella.

La duda surge no solo al contemplar la normativa nacional, sino también en cuanto a cómo se está dando cumplimiento a lo previsto en el art. 5 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*¹⁵⁴⁸, que proclama que “una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

La cuestión, que no es puramente teórica, se plantea a raíz de la STS de 18 de octubre de 2005 (ROJ: STS 7764/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7764) la cual, ha llevado al extremo la restricción del derecho del interno a decidir sobre los tratamientos médicos a los que puede ser sometido cuando media riesgo vital. En tal resolución se declara la responsabilidad patrimonial del Estado en un supuesto en el cual un interno, sin que conste perseguir con ello finalidad espuria alguna, se negó a seguir el tratamiento prescrito, no adoptando, exigiendo e imponiendo la Administración penitenciaria el tratamiento profiláctico recetado para las infecciones clínicamente detectadas.

Para JUANATEY DORADO¹⁵⁴⁹, no se respetaría en estos casos la proporcionalidad en la restricción del derecho, pues no sería posible encontrar un objetivo legítimo que justifique ese diferente tratamiento a las personas privadas de libertad respecto de los ciudadanos libres. Así puntualiza que la restricción no puede ampararse en la persecución de los fines de seguridad y de mantenimiento del orden del establecimiento, puesto que el interno con su rechazo del tratamiento no genera, en principio, riesgo alguno para la seguridad que haga necesaria la adopción de esta medida, amén que los costes de la restricción serían mayores que los beneficios, pues se protege la vida, pero para ello se lesiona la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad; e incluso podría entenderse que se ve afectado el derecho a no verse sometido a un trato degradante como consecuencia de la aplicación de un tratamiento médico no deseado, sin que el estado de salud de la persona suponga riesgo para terceros.

Comentando la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, GARCIA GUERRERO¹⁵⁵⁰, considera que no se adecua al contexto social actual, careciendo de apoyo suficiente en la Constitución Española, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ley Orgánica General Penitenciaria y resto de nuestro ordenamiento jurídico. La autonomía del paciente, a la hora de tomar decisiones sanitarias, para ser tal, precisa tres condiciones previas: inteligencia -saber hacer algo, ser competente para hacerlo, ser capaz de hacerlo-, voluntad -querer hacer algo- y ausencia de condicionantes o

¹⁵⁴⁸ Hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

¹⁵⁴⁹ JUANATEY DORADO, Carmen. “El Consentimiento del paciente... op. cit., pp. 169-170.

¹⁵⁵⁰ GARCÍA GUERRERO, Julio, y otros. “Autonomía y pacientes reclusos”. En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 9, nº 1, 2007.

presiones externas -poder hacer algo-. No se recoge en la resolución citada que el preso fallecido tuviera limitaciones en ninguna de estas condiciones en los momentos en que rechazó los tratamientos médicos que se le ofrecieron, antes bien, lo contrario, pues se recoge expresamente que la actuación de los servicios médicos de la Administración penitenciaria fue correcta a la hora de controlar, informar y proponer tratamiento al enfermo para sus patologías. No cabe presumir incompetencia o incapacidad del paciente para la toma de decisiones, pues la negativa a tomar la medicación no es prueba alguna de tal extremo, máxime cuando fue reconocido en múltiples ocasiones por diferentes médicos, sin que ninguno de ellos hiciera anotación alguna en la historia clínica del mismo sobre una hipotética incompetencia en tal sentido. Se trataba pues de una persona competente y capaz, bien informada, que de forma voluntaria y en ejercicio de su autonomía personal, rechazó reiterada y conscientemente someterse a un tratamiento médico. Por ello el planteamiento de la sentencia, que no admite el que una persona privada de libertad pueda rechazar un tratamiento médico y establece la obligatoriedad para la Administración de aplicarlos en cualquier circunstancia, ataca frontalmente el principio de autonomía de las personas en la toma de decisiones sanitarias que les afecten, principio que solo puede ser quebrantado en circunstancias excepcionales, que no se aprecian en el caso, lo cual coloca al pronunciamiento judicial en una posición de éticamente inadecuado.

En esa misma línea de pensamiento, ARRIBAS LÓPEZ¹⁵⁵¹, tras reconocer la indiscutible responsabilidad de la Administración de actuar, reactiva y proactivamente, velando por la vida, integridad y salud de los internos cuando se observa un riesgo directo e inmediato, utilizando la fuerza si es preciso, entiende, no obstante, que en procesos patológicos de curso prolongado -SIDA, tuberculosis y el cáncer necesitado de quimio o radioterapia-, la posible sublimación de ese deber puede arrastrarlo al terreno del paroxismo. Consecuencia de ello sería, primero, una limitación de los derechos del interno más allá de lo necesario y de lo que cabría entender como razonable y proporcional a su situación de parte en una relación especial de sujeción y, segundo, someterlo a la aplicación habitual de unas medidas de fuerza que están concebidas y reguladas solo para situaciones excepcionales. Cabría concluir que en estos casos se daría una extralimitación más allá de lo necesario en el derecho fundamental, al tiempo que se haría necesario el empleo de unas medidas de fuerza para quebrantar la voluntad del interno concebidas para otras situaciones.

En realidad, en el art. 210 RP, aparentemente, máxime vista la sentencia del Tribunal Supremo antes referida, regulan dos situaciones que no son realmente idénticas, si bien coinciden en el resultado, el desenlace fatal. Como pone de relieve GOMARIZ I PARRA¹⁵⁵², en las situaciones de riesgo vital hay que diferenciar las creadas por el propio sujeto, caso de la huelga de hambre, la cual es en realidad una forma de suicidio, con dolo eventual; y junto a ellas, los supuestos de rechazo de un tratamiento médico, en los cuales el riesgo tiene por origen una causa natural, no siendo,

¹⁵⁵¹ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los centros penitenciarios". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 11, Nº 2, 2009.

¹⁵⁵² GOMARIZ I PARRA, Rafael. "Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario". En: *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. nº 3, 1990, pp. 904-905.

habitualmente, en estos supuestos, el deseo del sujeto de destruir su vida, antes bien su posicionamiento responde a otras causas, generalmente obrar conforme a su conciencia, sirva de ejemplo la postura de los Testigos de Jehová con relación a ciertas prácticas médicas. Partiendo de esa consideración, no parece acertada una respuesta unitaria, pues si ya es discutible la intervención contra la voluntad en el caso de las huelgas de hambre, cuanto más en aquellos casos en el que el sujeto simple y llanamente ejercita su derecho a rechazar un tratamiento médico frente a un padecimiento.

La solución a este conflicto y la postura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en él, órgano decisor en sede judicial, dado que es conforme al art. 76.1 LOGP y 94 LOPJ el garante de los derechos fundamentales de los internos, no es por ello fácil.

Por un lado, se puede optar por la postura, difícilmente defendible, seguida en el ámbito contencioso-administrativo, la línea marcada por la cuestionada STS 7764/2005, de 18 de octubre (ROJ: STS 7764/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7764), entendiéndose que las personas privadas de libertad carecen del derecho a la autonomía del paciente y no pueden decidir sobre las prácticas médicas que tengan lugar sobre los mismos, siendo puramente receptores y objeto de ellas, no sujeto activo en aquellas, lo cual desde el punto de vista de la realidad diaria de una prisión es más que cuestionable; pero el problema es que la sentencia del Tribunal Supremo mencionada no se dictó en una cuestión regimental como es una huelga de hambre, un acto de rebeldía frente a la Administración penitenciaria, caso de los supuestos de hechos considerados por el Tribunal Constitucional, antes bien lo fue frente a una cuestión estrictamente sanitaria, la prescripción de un tratamiento que no fue aceptado por el paciente, postura esta que, si se quiere ser coherente con el planteamiento, llevaría a imponer tratamientos sumamente agresivos y dolorosos, incluso en casos de dudosa eficacia terapéutica, siendo suficiente con que existiera un mínimo de posibilidad de éxito, aunque fuera remoto. Tal posicionamiento, es difícilmente aceptable y responde a una mala recepción o entendimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Sin necesidad de recurrir a los votos particulares de la STC 120/1990, de 27 de junio, siguiendo la línea marcada por el propio parecer mayoritario, es posible imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los internos cuando ponen en riesgo su propia vida a consecuencia, en aquel caso, de una huelga de hambre reivindicativa, pero que esas limitaciones podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas. Esto es, cuando la decisión no responde al ejercicio del derecho a la autonomía del paciente, la libertad de aceptar un tratamiento, antes bien su conducta no es sino una forma de coacción a la Administración, una forma de presión en orden a obtener un objetivo diverso que nada tiene que ver con una concreta práctica médica, en esos casos cabe entender factible la imposición de la pericia.

En definitiva, el art. 210 RP ha de entenderse en sus justos términos, no pudiendo ampararse en él, considerar ámbito de su aplicación, situaciones que respondan únicamente al libre deseo exteriorizado por un interno, plenamente capaz y debidamente informado, ante un tratamiento médico ofertado por el Facultativo; en tales

situaciones ajenas a finalidades espurias, debería respetarse la voluntad del paciente, de forma que no pudiera llevarse práctica asistencial alguna sin su consentimiento.

5.2 Ingreso de internos en centros hospitalarios

Dentro también de la asistencia obligatoria en caso de riesgo vital, el art. 210.3 RP recoge el ingreso, según criterio facultativo, de un interno en centro hospitalario cuando no se cuente con el consentimiento de aquel. Para proceder así, salvo caso de urgencia, en que se comunica a posteriori, se precisa autorización previa del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Tal situación, aunque nada diga la norma, excluye la posibilidad de alta voluntaria.

Por otro lado, el art. 218 RP, recoge la puesta en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuando se trata de penados, y, de la autoridad de la cual dependan, en el caso de preventivos, del traslado de un interno a un Centro Hospitalario extrapenitenciario, enunciado que hay que poner en conexión con el art. 31.3 RP. Se trata de una mera comunicación a los efectos de tomar conocimiento de la situación espacial de un interno, sin que implique la atribución de competencia alguna al Juez de Vigilancia.

CAPÍTULO XIII. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA COMO JUEZ EUROPEO

1. INTRODUCCIÓN

2. TRANSMISIÓN DE UNA PENA O MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.1 Objeto de la transmisión

2.2 Sujetos de la transmisión

2.3 Consentimiento

2.4 Autoridades competentes para la transmisión

2.5 Inicio del procedimiento de transmisión

2.6 Causas de improcedencia *ab initio* de la transmisión

2.6.1 Ausencia de documentación

2.6.2 Tiempo de duración de condena inferior a seis meses

2.6.3 Cosa juzgada/litispendencia

2.6.4 Causa pendiente

2.6.5 Existencia de otras penas o medidas de seguridad no privativas de libertad.

2.7 Adopción de medidas cautelares

2.8 Control de la doble tipificación

2.9 Motivos de denegación

2.9.1 Posibilidades de reinserción: las consultas previas entre autoridades

2.9.2 Denegación por el estado de las cárceles

2.10 Resolución acordando la transmisión

2.11 Decisión del Estado de ejecución. Retirada del certificado

2.12 Normativa de ejecución

3. TRANSMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN DE LIBERTAD VIGILADA

3.1 Objeto de la transmisión

3.2 Sujetos de la transmisión

3.3 Procedimiento

1. INTRODUCCIÓN

En aras a la construcción del denominado *Tercer Pilar* de la Unión Europea, se ha fijado por los Estados miembros de aquella el objetivo de crear un espacio de libertad,

seguridad y justicia, lo cual presupone que todos los Estados miembros han de entender del mismo modo los elementos fundamentales de estos conceptos, sobre la base de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. Así desde el Consejo Europeo, reunido en Tampere¹⁵⁵³, se acoge el principio del reconocimiento mutuo, el cual está basado en el de confianza entre los Estados miembros, con vistas a convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia civil, como penal, en la Unión.

En esta órbita, se fija un horizonte que va más allá de la colaboración que hasta entonces se había desarrollado en el seno de los países del Consejo de Europa¹⁵⁵⁴, tanto desde el punto de vista del objeto, pues si bien aquella había sido exitosa en el ámbito del traslado de personas condenadas, su incidencia había sido escasa con relación a otras penas o medidas, como del sujeto, en la medida en que el elemento de conexión de la nacionalidad y el presupuesto del consentimiento van a dejar de ser determinantes. Junto a estos dos aspectos, se va a dar un paso más al diseñarse un sistema que responde a un principio reglado, frente al criterio discrecional imperante en la vía convencional que se trata de superar.

Dentro de esta labor de cooperación en el seno de la Unión Europea se enmarca la Decisión Marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea*, y la Decisión Marco 2008/947/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas*.

La norma de trasposición al Derecho interno de la normativa europea es la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, la cual dedica a tal fin los Títulos III y IV, en cuyo marco el Juez de Vigilancia está llamado a desarrollar un importante papel.

Ambos instrumentos transnacionales y la propia ley, como no podía ser de otra forma, tienen un objetivo común, principio rector del reconocimiento mutuo, que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución debe incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado¹⁵⁵⁵, si bien en el caso de la transmisión de medidas de libertad vigilada la finalidad es más ambiciosa, pues abarca la seguridad de las víctimas y del público en general, al tiempo que se quiere garantizar la efectividad de las medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas, cuando el penado no resida en el Estado que las impuso.

¹⁵⁵³ Reunido los días 15 y 16 de octubre de 1999.

¹⁵⁵⁴ Convenio de Estrasburgo *sobre traslado de personas condenadas*, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, y Protocolo adicional, de 18 de diciembre de 1997; Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, *relativo a la vigilancia de las personas con condenas en suspenso o en libertad condicional*.

¹⁵⁵⁵ Consideración (9) y art. 3.1 y 4.6 Decisión Marco 2008/909/JAI; Consideración (8) y art. 1 Decisión Marco 2008/947/JAI.

Definido el tratamiento penitenciario como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados -art. 59.1 LOGP-, dentro de él cabe distinguir, como señala MONTERO PÉREZ DE TUDELA¹⁵⁵⁶, dos grupos de actividades diferenciadas, por un lado aquellas orientadas a la reeducación, aquellas encaminadas a superar sus carencias, en orden a afrontar las causas que le llevaron a delinquir, comprendiendo actividades de todo tipo -formativas, culturales, laborales, educativas, tratamientos psicológicos, etc.- y, por otro lado, aquellas orientadas a la reinserción, el mantenimiento de sus vínculos con la sociedad, en orden a atenuar los efectos desocializadores que produce la estancia en prisión -comunicaciones y visitas, actividades en el exterior de la prisión, permisos penitenciarios, régimen de semilibertad, libertad condicional etc.-. Si las primeras pueden plantear algunos problemas en cuanto al colectivo de extranjeros en prisión, en el caso del segundo grupo de actividades es aún más difícil de ejecutar. Si la motivación e implicación del interno en su propio tratamiento, en la consecución de los objetivos en él marcados, es necesaria para que este sea efectivo, cuando éste es consciente que por su condición tiene limitadas sus posibilidades de reinserción, no es tarea fácil su motivación, de ahí la utilidad de los instrumentos repatriativos.

El abordaje del tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión presenta unas especiales dificultades: dificultades idiomáticas que entorpecen, cuando no imposibilitan, tareas tan elementales como la valoración psicosocial o el desarrollo de programas que implican una especial fluidez de comunicación -delincuentes sexuales, agresores en el ámbito familiar; la propia heterogeneidad del grupo, con multitud de nacionalidades y grupos culturales, con asunción de formas y valores diferentes entre sí; el deficiente arraigo social y familiar, que conduce a un elevado grado de aislamiento y ausencia de apoyos fuertes que faciliten su reinserción, y, en muchas ocasiones, limitados o nulos recursos económicos; y, otras veces, una problemática legislación de extranjería -existencia de orden de expulsión-. Todos estos factores su un plus a la hora de considerar el acceso a los instrumentos reinsertadores del tratamiento y a los beneficios penitenciarios, entendido en término en un sentido amplio. Incluso en los momentos previos al enjuiciamiento, la condición de extranjero es un claro factor que corre en contra de esta clase se internos a la hora de la adopción de medidas cautelares ante la mayor concurrencia de riesgo de fuga¹⁵⁵⁷.

De lo expuesto se deduce que la situación de los extranjeros, en muchas ocasiones, es de franca desventaja, la cual no tendrían, normalmente, en su país de residencia u origen. Por ello, la autoridad judicial española de emisión, en la mayoría de los casos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, ha de ser consciente de esta situación a la hora de tomar su decisión sobre la transmisión de una resolución y así considerar que la ejecución de la condena en el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar precisamente el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado¹⁵⁵⁸.

Pero, el término reinserción social no es un concepto unívoco, ni su delimitación, que puede presentar dificultades de interpretación, cuando no confusión con el de

¹⁵⁵⁶ MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. "Las medidas repatriativas... op. cit., p. 4.

¹⁵⁵⁷ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "Una aproximación al tratamiento... op. cit.

¹⁵⁵⁸ Art. 66.1 a) LRM.

reeducación o el más amplio de resocialización. En un plano meramente doctrinal, MAPELLI CAFFARENA¹⁵⁵⁹ puntualiza que no se suele reparar en las diferencias entre reeducación y reinserción social, figuras que están llamadas a cumplir distintos cometidos. Partiendo de otro concepto más amplio, el de resocialización, se afirma que ésta es, antes que nada, reinserción; pero cuando no es posible, entra en juego la reeducación, lo cual no excluye que tengan aspectos coincidentes. La reeducación enlazaría con la superación de las carencias frente al hombre libre, implicando el acceso a la cultura y al desarrollo de su personalidad; la labor sería no tanto actuar sobre la personalidad, sino crear un marco penitenciario en el que sea el propio recluso el que pueda por sí mismo iniciar su reeducación; actividades reeducativas serían los cursos formativos, educativos, terapéuticos, etc. Por su parte la reinserción, significa volver a meter una cosa en otra, lo cual llevado a este ámbito supone un proceso de introducción del individuo en la sociedad, favorecer el contacto activo del recluso con la comunidad, pero no significa facilitarle el aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente para cuando sea liberado, lo cual es propio de la reeducación. Reinsertar sería favorecer el contacto activo del recluso con la comunidad, lo cual opera tanto durante el cumplimiento, manteniendo los contactos sociales en orden a la minimización de los efectos desestructuradores de la pena o bien asimilándose en la medida de lo posible a la vida en libertad, como en el momento de la liberación, en orden a afrontar las necesidades materiales propias de la subsistencia. Reeducación y Reinserción operan en dos planos distintos, pues mientras una toma como referencia el desarrollo de la personalidad del penado, la no interrupción de aquel por la privación de libertad, con respeto de sus derechos fundamentales, la otra apuntaría a reducir los aspectos nocivos de la prisión en las relaciones materiales de aquel con la sociedad.

La Decisión Marco 2008/909/JAI, relativa al traslado de personas privadas de libertad, contiene una serie de referencias a considerar a la hora de decantarse por las mayores posibilidades de reinserción, que se concretan en aspectos tales como los vínculos familiares, lingüísticos, culturales, sociales o económicos, y otros lazos semejantes; en definitiva, los nexos del penado con el Estado de ejecución, que son mucho más que la mera nota de la nacionalidad, la cual no es imprescindible, ni decisiva.

La relevancia de la determinación de este aspecto en la transmisión de penas o medidas privativas de libertad tiene una clara proyección práctica y corresponde su apreciación, en todo caso, a la autoridad del Estado de emisión, la cual, para tal fin, puede obtener la debida información a través de un mecanismo de consulta previa¹⁵⁶⁰, siendo su objeto precisamente aquellos aspectos que permitan concluir que la transmisión de la resolución contribuirá a facilitar la reinserción del condenado, como paso previo a la toma de decisión y emisión del oportuno certificado.

Esta consulta es preceptiva en los casos en que la resolución se transmita a un Estado de ejecución distinto de aquel en que el condenado vive y del que es nacional o de aquel al que vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad; es llamativo que en estos supuestos, en los cuales la aceptación de la transmisión no tiene carácter reglado, la autoridad del Estado de ejecución con la contestación a la consulta anticipa su

¹⁵⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja *Principios Fundamentales...* op. cit., pp.150-152.

¹⁵⁶⁰ Art. 4.3 Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 68 LRM.

decisión sobre la transmisión, configuración sin duda diseñada para evitar ulteriores trámites innecesarios.

Pero es que, además, en los casos reglados, esto es cuando el condenado es nacional y reside en el Estado de ejecución o éste es aquel al cual va a ser expulsado, si no ha mediado consulta previa, la autoridad del Estado de ejecución puede emitir, cuando reciba el certificado, un parecer no vinculante sobre las mayores posibilidades de reinserción, quedando así la posibilidad de retirada de aquel en manos de la autoridad del Estado de emisión¹⁵⁶¹.

DE HOYOS SANCHO¹⁵⁶² entiende que ni la Decisión Marco y ni la LRM en su Exposición de Motivos, ni en el art. 66.1 a), explican que son las posibilidades de reinserción, antes bien se trata de un concepto jurídico indeterminado que ha de entenderse que se concretará a la vista de la nacionalidad, la residencia previa del condenado y demás circunstancias mencionadas en el Considerando 9 de la Decisión Marco.

Pero frente a esta concepción estricta de la reinserción, cabe sostener una acepción más amplia, que va más allá del arraigo del condenado en el medio de procedencia, su hábitat, que toma como referencia la reintegración a la sociedad, pero con un matiz, la proyección o expectativa de ausencia de delitos, lo que conduce al tratamiento penitenciario en sentido moderno, que comprende aspectos muy diversos, como lo son las posibilidades de formación en aquel entorno, cuando no la existencia de programas penitenciarios en orden a la superación de las carencias que inciden en la criminalidad¹⁵⁶³.

Este último planteamiento, esta nueva configuración, parecería, en una primera impresión, que iría más allá de la letra de la Decisión Marco; sin embargo, en ella, de soslayo, al analizar el trámite de las consultas previas al que se hizo referencia anteriormente, cuando se aborda la posibilidad por parte de la autoridad del Estado de ejecución de emitir un parecer motivado en el cual se indique que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no contribuiría al objetivo de facilitar la reinserción social, se añade ahora que tampoco lo sería para *la reintegración con éxito del condenado en la sociedad*¹⁵⁶⁴, reintegración positiva sin delitos que, noción ésta que es

¹⁵⁶¹ Art. 4.4 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵⁶² HOYOS SANCHO, Monserrat de. "El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad: análisis normativo". En *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015, p.109.

¹⁵⁶³ El AAP Ciudad Real, de 14 de junio de 2018, recuerda que el objeto que ha de presidir esta medida es facilitar la reinserción social, lo cual en principio es favorecido por el estímulo que pudiera provocar el arraigo familiar y el mantenimiento de los lazos familiares; pero esta evaluación ha de concretarse en cada caso. Para ello ha de considerarse la gravedad de los delitos cometidos, la necesidad trabajar, en orden a la reinserción social, valores tan fundamentales como es el respeto a la libertad e indemnidad sexual de las personas, la gravedad de la condena, el largo periodo de cumplimiento que pende y la inexistencia de factores concretos, más allá del deseo del interno que pudiera derivar que el cumplimiento en su país de origen derivaría una mayor reinserción.

¹⁵⁶⁴ Art.4.4 Decisión Marco 2008/909/JAI.

obvio que es mucho más que un medio amable y conocido de retorno, antes bien, implica aspectos propios de la capacitación y personalidad del condenado.

Este concepto amplio expuesto conduce a una problemática más extensa, pues siendo labor propia de la autoridad de emisión, en principio, la determinación de esas mayores posibilidades de reinserción, cabe plantear si es posible evaluar por ella la infraestructura penitenciaria del Estado de ejecución en cuanto a las posibilidades reales de llevar a cabo ésta tarea, de forma que, ante la ausencia de un desarrollo de programas tratamientos adecuados, quepa denegar la transmisión. Esta cuestión sería especialmente significativa en tipologías delictivas muy diversas, tanto desde aquellas ligadas a las adicciones, muy extendidas en el mundo carcelario, como en delitos en los cuales tiene especial relevancia las pautas educativas y factores de la personalidad, sirva de ejemplo la violencia de género o los delitos contra la libertad sexual.

La confianza mutua en los sistemas jurídicos de los Estados miembros¹⁵⁶⁵, es la razón de la existencia de todo el sistema de reconocimiento mutuo, sin que ello implique una renuncia a las garantías procesales y a pesar de la existencia de claras diferencias en los sistemas penitenciarios e infraestructuras de aquellos. Como señala RODRÍGUEZ YAGÜE “el principio de reconocimiento mutuo se construye a su vez sobre el principio de confianza mutua entre los Estados miembro en sus respectivos ordenamientos, esto es, en que están en condiciones de proporcionar a través de su sistema jurídico una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, de tal manera que puedan eliminarse, o en su caso reducirse o relajarse de manera relevante, las garantías exigidas entre los mismos de cara a formalizar su cooperación”¹⁵⁶⁶, lo cual no implica una confianza ciega, pues se recogen una serie de motivos que determinan la denegación.

Por otro lado, todos los miembros de la Unión Europea lo son también del Consejo de Europa, en cuyo seno se han elaborado textos de gran significado en el ámbito que nos ocupa, en concreto las Reglas Penitenciarias Europeas¹⁵⁶⁷, tendentes a estimular el establecimiento de unos sistemas penitenciarios homologables entre sus miembros, lo cual alcanza no solo al respeto de unos derechos básicos de los reclusos, antes bien a la implantación de mecanismos resocializadores, véase el Título VIII de aquellas.

Si, como señala la Decisión Marco, las relaciones entre los Estados miembros se caracterizan por una especial confianza mutua en los sistemas jurídicos de los demás Estados, siendo ello precisamente la causa del reconocimiento por parte del Estado de ejecución de las resoluciones dictadas por las autoridades del Estado de emisión y siendo la normativa europea, la Decisión Marco y la jurisprudencia del TJUE, la guía interpretativa de la normativa nacional, la conclusión no puede ser otra que, salvo

¹⁵⁶⁵ Consideración (5) Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵⁶⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? a propósito del `procés` catalán”. En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 29, 2018.

¹⁵⁶⁷ Recomendación adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952 Reunión de los Delegados de los Ministros.

situaciones extremas y constatadas de forma fidedigna, no quepa sino entender las mayores posibilidades de reinserción en el sentido del medio de acogida más favorable para cuando proceda la excarcelación condicional o definitiva.

Aunque no hay ningún pronunciamiento expreso del TJUE sobre esta cuestión, no obstante, sí existe sobre las condiciones del encarcelamiento en el marco de la ODE¹⁵⁶⁸, ámbito éste en el cual aquellas se presumen, también, homologables, por lo que cabe extraer una línea interpretativa ligada al principio de confianza, fundamento de la cooperación judicial entre los miembros, que rechaza la denegación de la transmisión con relación a esta causa, pero con una limitación, las situaciones extremas claramente constatadas y no meramente hipotéticas, lo cual faculta apartarse de aquel.

Por ello, si más allá del arraigo socio-familiar, afectivo y cultural con un determinado Estado, se constata de forma fehaciente y concreta que el sistema penitenciario del lugar de ejecución, en ese caso específico, carece de instrumentos adecuados, de una forma palmaria, en orden a lograr la reinserción del sujeto, entendida como una proyección de futuro presidida por ausencia de delitos, ante la ausencia de una programación acorde con la tipología delictiva, cabría cuestionar la procedencia de la transmisión de la pena. No es pues que pueda realizarse una valoración general y difusa sobre las opciones resocializadoras del Estado de ejecución, sino que ha de estarse al caso concreto y preciso, lo cual excluye en la práctica la mayoría de las categorías delictivas que no exigen la implantación de unos programas especialmente exigentes y diseñados conforme a la personalidad criminal.

2. TRANSMISIÓN DE UNA PENA O MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.1 Objeto de la transmisión

En el caso de la Decisión Marco 2008/909/JAI, el objeto de la transmisión es una pena o una medida de seguridad privativa de libertad.

Dada la disparidad conceptual de los diversos Derechos nacionales, en orden a fijar con precisión el objeto de la regulación, la Decisión Marco, como es habitual en esta clase de normas de armonización, establece una serie de definiciones¹⁵⁶⁹:

- a) «sentencia»: la resolución u orden firme de un órgano jurisdiccional del Estado de emisión que impone una condena a una persona física;
- b) «condena»: cualquier pena o medida privativa de libertad, de duración limitada o indeterminada, impuesta por razón de una infracción penal como consecuencia de un proceso penal;
- c) «Estado de emisión»: el Estado miembro en el que se haya dictado una sentencia;

¹⁵⁶⁸ STJUE de 5 de abril de 2016 (Asunto C-404/15), *Aranyosi y Caldaru*.

¹⁵⁶⁹ Art. 1 Decisión Marco 2008/909/JAI.

d) «Estado de ejecución»: el Estado miembro al que se haya transmitido una sentencia con vistas a su reconocimiento y ejecución.

El objeto de la transmisión es pues una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad. En nuestro Derecho interno, ello nos conduce a los arts. 35 y 96.2 CP; luego en principio serían susceptibles de transmisión tanto la pena de prisión permanente revisable, como la de prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria para impago de multa, por un lado, y el internamiento en centro psiquiátrico, centro de deshabitación o en centro educativo especial, por otro.

De entre estas penas y medidas privativas de libertad, las que pueden presentar problemas son la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa. La primera de ellas, por su escasa entidad -las penas de duración inferior a seis meses no son transmisibles-, salvo que se cumpla en régimen carcelario acumulada a otra pena de prisión, no parece que vaya a poder ser objeto de transmisión; la segunda porque no en todos los países se contemplan la posibilidad de hacer efectiva la pena de multa en esa forma, lo que puede dar lugar al rechazo del reconocimiento por la autoridad de Estado de ejecución.

En todo caso, la pena o medida no ha de estar extinguida, pues para tal eventualidad lo único que cabría es su consideración en un nuevo proceso penal, situación que se rige por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*¹⁵⁷⁰.

2.2 Sujetos de la transmisión

Con la Decisión Marco que nos ocupa, se trata de superar y ampliar el ámbito subjetivo del Convenio de Estrasburgo¹⁵⁷¹, el cual pivotaba sobre dos elementos, la nacionalidad y el consentimiento, tanto del condenado, como el del Estado de su nacionalidad¹⁵⁷².

Dada la prevalencia en el articulado de la Decisión Marco 2008/909/JAI¹⁵⁷³ del principio de la consideración de las mayores posibilidades de reinserción social del condenado y su reflejo en la norma de trasposición¹⁵⁷⁴, la nacionalidad y el consentimiento del condenado dejan de ser elementos determinantes.

Respecto del condenado, es suficiente con que se encuentre en España o en el Estado de ejecución y que se considere que la ejecución de la condena por el Estado

¹⁵⁷⁰ Art. 63 LRM.

¹⁵⁷¹ Art. 3.1 a) y d) Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el día 21 de marzo de 1983.

¹⁵⁷² El Protocolo adicional, de 18 de diciembre de 1997, que no ha sido ratificado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, permite en ciertos casos que el traslado tenga lugar sin el consentimiento del afectado.

¹⁵⁷³ Art. 3.1, 4 y 6 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵⁷⁴ Arts. 66 y 67 LRM.

de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social. Para tal fin, en orden a acreditar tales extremos, la autoridad del Estado de emisión puede evacuar la correspondiente consulta al Estado de ejecución.

La transmisión solo puede hacerse a un único Estado, elección que no es indiscriminada, sino que lo es a uno de los mencionados en el art. 71.2 LRM¹⁵⁷⁵:

a) El Estado del que el condenado es nacional y en el que tenga su residencia habitual.

b) El Estado del que el condenado es nacional y al que, de acuerdo con la sentencia o una resolución administrativa, será expulsado una vez puesto en libertad.

c) Cualquier otro Estado miembro cuya autoridad competente consienta que se le transmita la resolución.

d) Cualquier otro Estado miembro siempre que exista reciprocidad y concurra al menos uno de los siguientes requisitos:

1.º Que el condenado resida de forma legal y continuada en ese Estado desde hace al menos cinco años y mantenga en él su derecho de residencia permanente.

2.º Que sea nacional de ese Estado de ejecución, pero no tenga su residencia habitual en el mismo.

El primer apartado, sujetos nacionales que residen en el Estado de ejecución, no plantea problema alguno.

Con relación al supuesto del apartado b), nacionales del Estado de ejecución que no residen en él, hay que recordar que la legislación de extranjería permite respecto de ciudadanos comunitarios su expulsión por razones de orden público, de seguridad o de salud pública¹⁵⁷⁶.

El supuesto del apartado c) sería una cláusula genérica, abierta, pues admite la transmisión a cualquier Estado, para el caso que en él haya mayores posibilidades de reinserción y, siempre y cuando, el Estado de ejecución consienta. Se trata de un supuesto de carácter discrecional, ligado a la aceptación del Estado de ejecución.

El supuesto del apartado d) de la LRM es una subespecie del c), que no aparece como tal en la Decisión Marco, antes bien es recogido en ella como un caso de no exigencia del consentimiento¹⁵⁷⁷ y se cita en los Considerandos¹⁵⁷⁸ como ejemplo de un supuesto del art. 4.1 c) de aquella. En la trasposición de la norma europea se ha hecho uso así de esa facultad que se daba a los Estados en orden a la posibilidad de incluir un nuevo supuesto de no exigibilidad del consentimiento. Pero su significado va mucho

¹⁵⁷⁵ Art. 4.1 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵⁷⁶ Art. 15 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

¹⁵⁷⁷ 4.7 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵⁷⁸ Considerando 7 Decisión Marco 2008/909/JAI

más allá, pues por al ejercitarse la facultad que daba la Decisión Marco surge un nuevo ejemplo de supuesto de transmisión de carácter reglado, pero eso sí, sometida a un nuevo principio que se introduce, el de reciprocidad, esto es, que, en estas situaciones, el otro Estado obre de igual forma. Si no fuera así, nos encontraríamos en un supuesto del apartado tercero y por ello sujeta la transmisión a la voluntad del Estado de ejecución.

Al margen de los supuestos de transmisión, como complemento para valorar la procedencia, la Decisión Marco y la LRM recogen un mecanismo de consultas en orden a la constatación de las mayores posibilidades de reinserción en el Estado de ejecución. Los supuestos de los apartados c) y d) son supuestos de consulta obligatoria¹⁵⁷⁹, con la particularidad de que Estado de ejecución, al evacuar su parecer, ha de manifestar si autoriza o no la transmisión, adelantando así su decisión a la de la autoridad del Estado de emisión, sin que ello implique, en forma alguna, que este último quede vinculado por él.

2.3 Consentimiento

Si en el Convenio de Estrasburgo era imprescindible para proceder al traslado la voluntad del condenado, su consentimiento, en el marco del reconocimiento mutuo tal requisito va a quedar claramente desdibujado, pues si bien el art. 67.1 LRM¹⁵⁸⁰ establece como regla general la concurrencia de aquel, las excepciones a tal principio son tan relevantes que, de facto, se convierten en la norma. Así el art. 67.2 LRM¹⁵⁸¹ y art.71.2 d) excluye la necesidad del consentimiento cuando el Estado de ejecución sea:

a) El Estado de nacionalidad del condenado en que posea vínculos atendiendo a su residencia habitual y a sus lazos familiares, laborales o profesionales.

b) El Estado miembro al que el condenado vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad sobre la base de una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia o en una resolución judicial o administrativa derivada de la sentencia.

c) El Estado miembro al que el condenado se haya fugado o haya regresado ante el proceso penal abierto contra él en España o por haber sido condenado en España.

d) Cualquier Estado miembro, cuando haya declarado ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea la no necesidad del consentimiento, siempre que el condenado resida de forma legal y continuada en ese Estado desde hace al menos cinco años y mantenga en él su derecho de residencia permanente, o bien sea nacional de ese Estado de ejecución, pero no tenga su residencia habitual en el mismo.

¹⁵⁷⁹ Art. 4.3 Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 68.3 LRM.

¹⁵⁸⁰ Art. 6.1 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵⁸¹ Art. 6.2 Decisión Marco 2008/909/JAI.

Este último supuesto, en el caso español, dado que en la Decisión Marco su admisibilidad queda a merced de la voluntad de los Estados, se ha condicionado al principio de reciprocidad.

Los supuestos de transmisión más relevantes, desde el punto de vista cuantitativo, al menos potencialmente, son los del primer y último apartado -en este segundo epígrafe en cuanto a la referencia a los nacionales del Estado de ejecución no residentes en él-.

Esta posibilidad de traslado del penado comunitario sin necesidad de su consentimiento, señala MONTERO PÉREZ DE TUDELA¹⁵⁸², comprende a aquellos que se hallen sometidos a una orden de expulsión administrativa o gubernativa, traslado que es una opción que puede instarse desde el inicio de la condena, o antes del inicio de aquella, con independencia de la cuantía de las penas, con o cual se resuelve además el problema de algunos jueces y fiscales que continúan teniendo reticencias a la aplicación de la expulsión judicial a ciudadanos comunitarios, opción ya contemplada en el actual art. 89 CP pero con muchas limitaciones; además, en estos casos no se requeriría el cumplimiento de ninguna parte de la condena en España como se establece para la sustitución de la condena por la expulsión judicial en penas de más de cinco años, limitación ésta también posible para las penas de más de un año pero inferiores a cinco.

El consentimiento del condenado ha de prestarse, cuando es necesario, ante la autoridad judicial competente, asistido de abogado y, en su caso, de intérprete, previa información en términos claros y comprensibles de la finalidad de la audiencia y del consentimiento. El problema que puede surgir en la práctica es que el condenado, lógicamente, pueda aspirar al traslado no siempre con la finalidad que recoge la norma, sus mejores posibilidades de reinserción, antes bien con un criterio más utilitarista, ligado a las condiciones de cumplimiento en el Estado de ejecución, sirva de ejemplo la existencia de redención de penas por el trabajo (caso de Rumanía y Bulgaria). Esa información difícilmente está al alcance de la autoridad del Estado de emisión.

No contiene la LRM, ni la Decisión Marco, referencia alguna a la posibilidad de revocación del consentimiento ya prestado. FERNÁNDEZ PRADO¹⁵⁸³, en este sentido, se decanta por la irrevocabilidad de aquel, pues la ley no prevé nuevo trámite una vez prestado, aunque se solicite por el interesado, si bien para el caso de un cambio sobrevenido en las circunstancias, que implique un cambio en el pronóstico de reinserción, sí sería admisible tal posibilidad¹⁵⁸⁴.

Fuera de los casos de consentimiento necesario, la intervención del condenado se limita a una simple audiencia, en la cual puede formular sus alegaciones en forma verbal o escrita, que serán consideradas a la hora de decidir sobre la transmisión de la resolución, si bien no tienen efecto vinculante alguno; alegaciones que se remiten a la autoridad del Estado de ejecución junto con el resto de la documentación. Para el caso

¹⁵⁸² MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. "Las medidas repatriativas... op. cit., p. 24.

¹⁵⁸³ FERNÁNDEZ PRADO, Manuela. "Cuestiones prácticas... op. cit., p. 135.

¹⁵⁸⁴ En tal sentido, AAP Mallorca (1ª), de 9 de diciembre de 2015.

de imposibilidad del condenado para expresar su opinión por razón de su edad o estado físico o psíquico, ésta se recabará a través de su representante legal.

2.4 Autoridades competentes para la transmisión

Dada la disparidad de sistemas de ejecución de penas en los distintos Estados de la Unión Europea, es la normativa interna de cada uno de ellos la que determina las autoridades de emisión/ejecución en el ámbito del reconocimiento mutuo, de ahí que en unos sistemas éstas sean órganos centrales y, en otros, territoriales.

La LRM¹⁵⁸⁵ ha diseñado, frente al esquema del Convenio de Estrasburgo, un sistema de reconocimiento estrictamente judicial, si bien, dentro de él, por lo que se refiere a la autoridad de emisión, se sigue un sistema dual, Juez de Vigilancia o el Juez/Tribunal sentenciador¹⁵⁸⁶, en el caso de las penas privativas de libertad, y el Juez de Menores, en el de las medidas privativas de libertad impuestas en ámbito de sus competencias.

Resulta llamativo que la LO 6/2014, 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 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, reforma los correspondientes preceptos relativos a Juzgados de lo Penal¹⁵⁸⁷ y Juzgados de Vigilancia¹⁵⁸⁸, para atribuirles, en coordinación con la LRM, la nueva competencia, pero se olvida que sentenciadores hay más que los primeros citados, pues de forma ordinaria lo son las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, y para las causas especiales los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo.

El inicio del cumplimiento de la condena es la referencia que toma la LRM para delimitar la competencia entre sentenciador y Juez de Vigilancia, art. 64 LRM. El criterio empleado es más que cuestionable, como luego se verá, por los problemas que puede dar, y hubiera sido más adecuado haber tomado como referencia la situación de privación de libertad, de modo que debería corresponder al Juez de Vigilancia solo aquellos casos en los cuales el condenado estuviere en un establecimiento penitenciario, máxime cuando esta es la referencia que toma la LOPJ para fijar la competencia territorial de estos órganos jurisdiccionales¹⁵⁸⁹.

Pero es que además la expresión *inicio del cumplimiento* no es tan inequívoca o unívoca como pudiera parecer, pues el Tribunal Supremo ha reconocido como forma de cumplimiento de la pena de prisión a la suspensión de la condena¹⁵⁹⁰. Piénsese el supuesto de un condenado al que habiéndole sido suspendida la condena, luego se

¹⁵⁸⁵ Art. 64 LRM.

¹⁵⁸⁶ Juzgado o tribunal que hubiera dictado la sentencia en primera instancia.

¹⁵⁸⁷ Art. 89.4 bis LOPJ.

¹⁵⁸⁸ Art. 94.1 LOPJ.

¹⁵⁸⁹ Art. 95 LOPJ.

¹⁵⁹⁰ SSTS 450/2012, de 24 de mayo (ROJ: STS 3811/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3811) y STS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716).

revoca la suspensión y se fuga a otro Estado de la Unión Europea donde es localizado y donde es perfectamente posible que esté cumpliendo otra condena impuesta en aquel país, por lo que lo coherente sería la transmisión de la condena impuesta por la Justicia española; si entendemos que con la suspensión de la condena inició el cumplimiento, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo expuesto, la competencia sería del Juez de Vigilancia; más si consideramos que inicio de cumplimiento hay que entenderlo equivalente a ingreso en prisión en España, la competencia sería del sentenciador.

Para mayores complicaciones, el art. 65.2 LRM recoge una singular forma de cesión de jurisdicción, pues dispone que antes del inicio de la ejecución de la condena, en caso de que la persona condenada no estuviera cumpliendo ninguna otra, el juez o tribunal sentenciador, una vez que la sentencia sea firme, podrá transmitir la resolución a la autoridad competente del Estado de ejecución directamente o a través del Juez de Vigilancia Penitenciaria. En una primera lectura parece que es la sola voluntad del sentenciador la razón de su decisión, lo cual es difícilmente explicable, máxime teniendo en cuenta un principio elemental como lo es el del Juez ordinario predeterminado por la ley, que se vería seriamente dañado. Pero es que esa dicción además crea el problema de cuál es el Juez de Vigilancia Penitenciaria territorialmente competente, ante la ausencia de punto de conexión alguno establecido en la norma, lo cual conduce a que lo pudiera ser o bien el domicilio del condenado o bien el del lugar del sentenciador. Por analogía con otros supuestos en los cuales no media ingreso en prisión, sirva de ejemplo, el seguimiento del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o la medida de libertad vigilada postpenitenciaria¹⁵⁹¹, parece ser que el competente debería ser el del domicilio del condenado.

FERNÁNDEZ PRADO¹⁵⁹² admite que puede darse un problema competencial en el supuesto en el cual el condenado se fuga y es hallado en el Estado de ejecución, proponiendo como solución atribuir la competencia al juez o tribunal sentenciador por considerar que el condenado ya no está bajo la jurisdicción de un Juez de Vigilancia¹⁵⁹³. A este último supuesto cabría asimilar la situación que acontece cuando el condenado ha sido entregado temporalmente al Estado de ejecución y, estando allí, se solicita la transmisión. A favor de este criterio estaría el carácter residual de la competencia del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas¹⁵⁹⁴, ámbito en el cual se encuadra el reconocimiento mutuo de resoluciones penales, de modo que cuando el condenado ya no se encuentre en un establecimiento penitenciario español, que es punto de conexión con la jurisdicción de vigilancia, la competencia del Juez de Vigilancia debe decaer en favor del sentenciador.

Sin embargo, dado que el art. 72 LRM solo reconoce al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia en orden a la posibilidad de solicitar a la autoridad del Estado de emisión la adopción de medidas cautelares, no estando prevista la eventual

¹⁵⁹¹ ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

¹⁵⁹² FERNÁNDEZ PRADO, Manuela. Cuestiones prácticas... op. cit., p.133.

¹⁵⁹³ En el mismo sentido, NISTAL BURÓN, Javier. "El reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. El cumplimiento en España de penas privativas de libertad impuestas en otros estados miembros de la Unión Europea". En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 114, 2015.

¹⁵⁹⁴ ATS 5 de marzo de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A).

intervención del juez o tribunal sentenciador, respecto del cual el precepto guarda el más absoluto silencio, se puede llegar, acudiendo a una interpretación sistemática, a una conclusión que salva los problema expuestos, considerando que el sentenciador puede hacer uso de la facultad de transmisión de la pena a través del Juez de Vigilancia única y exclusivamente en la contingencia de ser necesaria la adopción de medidas cautelares. No es así la mera discrecionalidad del sentenciador la ratio del precepto, sino la necesidad de garantizar la presencia del condenado, la que justifica la intervención del Juez de Vigilancia¹⁵⁹⁵.

Dado que la Decisión Marco no imponía, ni apuntaba, solución alguna en cuanto a la determinación de la autoridad de emisión, no se entiende la gratuita complicación introducida por la LRM.

La LRM no hace distinción respecto de ningún tipo de pena privativa de libertad a la hora de fijar la competencia, esto es, es irrelevante que sea pena de prisión, prisión permanente revisable o responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa. La competencia no viene así fijada por el objeto, sino por la referencia al equívoco *inicio de la ejecución*. Quizás en este punto el legislador debería haber sido más coherente y haber señalado al sentenciador en este caso como autoridad de emisión, pues el Juez de Vigilancia Penitenciaria, con relación a la pena de prisión permanente revisable, tiene unas competencias muy limitadas, nunca en los aspectos sustanciales, y es que es posible que en este caso tenga que tomar una decisión que afecta al núcleo de la pena, si se llega a considerar la eventual adaptación de la pena a transmitir ante la contestación de la autoridad del Estado de Ejecución.

Como cuestión última, ligada en este caso a la legislación penal del menor, cabe suscitar quien es el Juez competente para la transmisión de las medidas impuestas a los menores que se ejecutan conforme a la legislación penitenciaria¹⁵⁹⁶, esto es, cuando han alcanzado la mayoría de edad. Hay que entender que, aunque el Juez de Menores haya perdido la competencia de ejecución de la medida en estos casos, del tenor del art. 64.1 LRM, ello no comporta que tal situación se extienda a la eventual transmisión, al residir, en todo caso, la competencia en quien ha impuesto aquella y no en quien supervisa la ejecución.

¹⁵⁹⁵ MARCOS MADRUGA, Florencio de. "La transmisión de sentencias en materia penal por las que se imponen penas privativas de libertad. España como Estado de transmisión: regulación y examen de problemáticas surgidas en la práctica". En: *Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea y su y transposición en la Ley 23/2014*. Repertorio Jurídico-Científico del CEJ, 2019, p. 11.

http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet?dispatcher=vacio&action=getPresentationForm&advance=0&type=JSPL [consulta 5/11/2019].

¹⁵⁹⁶ Art. 14 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2.5 Inicio del procedimiento de transmisión

El procedimiento de transmisión admite, conforme al Art. 65 LRM, tres posibles iniciativas. La primera de ellas, la de la propia autoridad judicial competente para la transmisión, esto es, el Juez del Vigilancia del establecimiento en el cual esté el condenado cumpliendo condena, si se ha iniciado la ejecución, o el juez o tribunal sentenciador, para el caso contrario. No parece muy factible que ésta sea la vía ordinaria, pues es infrecuente que quien en este caso puede tomar la iniciativa cuente por sí de elementos fácticos suficientes para adoptar una decisión al efecto, salvo que haya sido la Administración, ya penitenciaria, ya las autoridades a las cuales corresponde la ejecución de la política migratoria, las que hayan puesto en conocimiento de aquel la realidad de los condenados susceptibles de traslado. Pero esta puesta en conocimiento no vincula a quien tiene el poder decisorio, pues ni la LRM ha recogido el interés de la Administración en el procedimiento, ni la autoridad judicial está vinculada por la política migratoria o penitenciaria.

Junto a la actuación de oficio, cabe que la solicitud tenga su origen bien en el Estado de ejecución, bien en el propio condenado. Este último puede formularla tanto ante la autoridad competente española, como ante la autoridad del Estado de ejecución. En estos casos tanto la LRM, como Decisión Marco¹⁵⁹⁷, puntualizan que estas solicitudes no obligarán a la autoridad judicial española competente a la transmisión de la resolución. Tal mención hace surgir la duda en cuanto a que si fuera de los casos en los cuales la iniciativa tiene origen en la autoridad del propio Estado de emisión, se trata de un sistema consensuado o discrecional, en línea con el planteamiento del Convenio de Estrasburgo, de forma que la transmisión de la condena queda a merced o voluntad de los Estados implicados.

DE HOYOS SANCHO¹⁵⁹⁸ entiende que la Decisión Marco 2008/909 y la LRM han querido implantar un nuevo modelo distinto al del Convenio, que tiene sus raíces en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales y la confianza recíproca, como superación del antiguo sistema de cooperación voluntaria, en aras del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea; de esta forma, la aceptación del traslado resulta preceptiva para el caso de concurrir los presupuestos normativos y no concurrencia de causas de denegación, las cuales además serían de interpretación restrictiva.

En apoyo de este planteamiento cabe invocar los Considerandos de la Decisión Marco¹⁵⁹⁹, en los cuales la discrecionalidad solo se contempla en el supuesto del art. 4.1 c) de la Decisión Marco – transmisión a cualquier Estado miembro, distinto de los Estados miembros mencionados en las letras a) y b), cuya autoridad competente consienta en que se le transmita la sentencia y el certificado a dicho Estado miembro -, siendo un sistema reglado, en todo caso, en los supuestos de las letras a) y b) de aquel precepto. Pero incluso se apunta en los supuestos en que entra en juego la

¹⁵⁹⁷ Art. 4.5 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵⁹⁸ HOYOS SANCHO, Monserrat de. "El reconocimiento mutuo de resoluciones... op. cit. p.111.

¹⁵⁹⁹ Considerando 7 Decisión Marco 2008/909/JAI.

discrecionalidad que se consideren las mayores posibilidades de reinserción¹⁶⁰⁰. Cabe concluir así, que el nuevo sistema, frente al Convenio de Estrasburgo, en aras a hacer realidad el espacio común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, es eminentemente reglado, lo cual comporta que la petición del condenado o del Estado de ejecución, no es vinculante en cuanto que necesariamente comporte que haya de accederse a aquella, sino solo cuando concurren los requisitos para la procedencia de la transmisión.

2.6 Causas de improcedencia *ab initio* de la transmisión de la condena

A la hora de resolver sobre la admisión a trámite de una solicitud de traslado han de considerarse ciertos extremos cuya concurrencia conlleva su rechazo *ad limine* ante la inviabilidad de una resolución de fondo estimatoria, lo cual haría inútil la tramitación.

2.6.1 Ausencia de documentación

No basta la mera invocación por el solicitante de la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, antes bien ha de constar aquella debidamente documentada. Solo de esta forma queda acreditada la identidad y los extremos precisos de aquella que han de consignarse en el Certificado a emitir, datos fundamentales para que la autoridad del Estado de ejecución pueda comprobar si realmente la persona respecto de la cual se pretende el traslado tiene los vínculos con aquel otro Estado que la justifican.

2.6.2 Tiempo de duración de condena inferior a seis meses

En la medida en que una causa de denegación del reconocimiento por la autoridad del Estado de ejecución es que al momento en que ella vaya a tener lugar la transmisión, el tiempo que reste por cumplir sea inferior a seis meses¹⁶⁰¹, carece de sentido iniciar el procedimiento o tramitar solicitudes en esos términos.

2.6.3 Cosa juzgada/litispendencia

Las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria gozan, en principio, de la eficacia de los efectos de la cosa juzgada¹⁶⁰², lo cual comporta que en caso de

¹⁶⁰⁰ Considerando 8 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶⁰¹ Art. 11.1. j) Decisión Marco 2008/909/JAI; Art. 85.1.a) LRM.

¹⁶⁰² SSTC 67/1991, de 17 de marzo (ROJ: STC 67/1991 - ECLI:ES:TC:1991:67); 140/2002, de 3 de junio (ROJ: STC 140/2002 - ECLI:ES:TC:2002:140).

existir procedimiento ya abierto en otro juzgado – supuesto que surge frecuentemente cuando el interno es cambiado de centro de cumplimiento- o bien ya se ha resuelto anteriormente en sentido desestimatorio, no es admisible iniciar un nuevo procedimiento. Tan solo en caso de cambio sobrevenido de las circunstancias consideradas cabe plantear de nuevo la cuestión.

2.6.4 Causa pendiente

El art. 66.3 LRM, con una cierta imprecisión, recoge que la autoridad judicial, con carácter previo a resolver sobre la procedencia de la transmisión, se asegurará de que no existe ninguna sentencia condenatoria pendiente de devenir firme en relación con el condenado. A pesar de esta dicción, es obvio que el procedimiento de transmisión de sentencias condenatorias no puede ser un mecanismo de impunidad, por lo cual no es solo la existencia de sentencias condenatorias pendientes de firmeza una causa de no transmisión, antes bien la mera existencia de procedimientos penales abiertos. Lógicamente, la decisión de traslado devendría inejecutable en estos casos, pues daría lugar a una fricción entre la potestad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales implicados.

Así señala FERNÁNDEZ PRADO ¹⁶⁰³ que, aunque la ley se refiere exclusivamente sentencias condenatorias pendientes de firmeza, hay que entender también comprendida en tal dicción la existencia de procedimientos en trámite, pues la institución que analizamos solo tiene sentido para operar una transmisión de todas las penas que existan contra el condenado, de modo que en caso de existir alguna causa pendiente habrá que esperar a que aquella esté cerrada para que sea operativa la transmisión.

Desde el punto de vista práctico, la manera de comprobar la existencia de causas abiertas contra el condenado no es sino acudir al SIRAJ¹⁶⁰⁴. Tal registro ofrece, no obstante, serias limitaciones, pues tan solo recoge los procedimientos en los cuales o bien ha recaído sentencia firme (Registro Central de Penados) o bien sentencias, aunque no sean firmes, o aquellos procedimientos en los cuales se ha acordado una medida cautelar. Quedan al margen así los procedimientos en los cuales no concurren tales circunstancias, de ahí la dificultad de conocer su existencia. En ocasiones la noticia que existe de aquellos no es sino puramente circunstancial, citaciones o notificaciones al penado, una vez está en prisión, de lo cual tiene constancia la Administración penitenciaria.

¹⁶⁰³ FERNÁNDEZ PRADO, Manuela. "Cuestiones prácticas... op. cit., pp.132 y 133.

¹⁶⁰⁴ Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

2.6.5 Existencia de otras penas o medidas de seguridad no privativas de libertad.

Al igual que ocurría con la posible existencia de causas abiertas, hecho obstativo de la transmisión de la condena, ha de considerarse si la existencia de otras penas o medidas de seguridad impuestas ya por sentencia firme pueden ser un impedimento para la transmisión. Los instrumentos de transmisión de penas o medidas privativas de libertad no son un mecanismo para socavar la propia jurisdicción penal nacional y, de hecho, sirva de ejemplo, la propia normativa que analizamos recoge, en el mecanismo de la adaptación de la condena, su consideración y sometimiento a la decisión de la autoridad del Estado de emisión; de esta forma, de existir penas o medidas impuestas al condenado no susceptibles de transmisión, debe estarse al previo cumplimiento. En definitiva, la posibilidad de transmisión de las penas o medidas privativas de libertad está sujeta a la previa extinción de las responsabilidades no susceptibles de transferencia según la normativa correspondiente, pues cada autoridad judicial conserva su propia autoridad en orden a la ejecución de sus resoluciones.

Como se dijo anteriormente, la LRM, en su art. 66.3, se limita a afirmar que, con carácter previo a la toma de decisión, debe cerciorarse la autoridad judicial de la inexistencia de alguna sentencia condenatoria pendiente de devenir firme con relación al condenado, pues si la transmisión de varias condenas ha de ser única, ello solo es posible cuando no hay procedimientos pendientes.

No se aborda expresamente en la LRM el supuesto de concurrencia, no ya de causas en trámite, antes bien de otras condenas con contenido diverso de la privación de libertad, lo cual conduce al análisis de éstas en cuanto a su posibilidad de transmisión, pues de no existir el correspondiente cauce, surgiría un conflicto con la autoridad judicial encargada de ejecutar aquella, la cual está en su derecho de oponerse a un acto que haría ineficaz su pronunciamiento.

En definitiva, es necesario considerar si otras eventuales condenas operan, por la naturaleza de la pena que comportan, como un obstáculo a la transmisión. Así, la existencia de penas pecuniarias no lo es, pues son transmisibles por el sentenciador, vía el correspondiente instrumento al efecto¹⁶⁰⁵. Por otro lado, en este caso, el tema, con relación a los países que admiten la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago, no tendría mayor alcance, pues producida la transmutación de la multa en una pena privativa de libertad, esta última sería objeto de transmisión con la pena de prisión¹⁶⁰⁶.

Al margen de las penas pecuniarias, es posible que existan pendientes de cumplimiento otras penas o medidas de seguridad de otra naturaleza y dada la disparidad conceptual y terminológica entre la normativa europea y nuestro derecho interno, ello se proyecta en el tema que nos ocupa creando un nuevo problema, pues si concurren aquellas y no son transmisibles, ello comporta que, o bien se cumplen antes

¹⁶⁰⁵ Decisión Marco 205/2014/JAI, de 24 de febrero de 2014; Título IX Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

¹⁶⁰⁶ Hay Estados que no contemplan la transformación de las penas pecuniarias en privativas de libertad, lo cual puede dar lugar a la retirada del certificado, como luego se verá.

de la transmisión de la pena o medida privativa de libertad, o bien no cabe esta última, pues no existe el derecho a la impunidad.

La cuestión relativa al concepto de *libertad vigilada/medidas de libertad vigilada* empleado en la Decisión Marco 2008/947/JAI¹⁶⁰⁷, se analiza más adelante, en el epígrafe que se dedica a la transmisión de aquellas.

Al margen de los problemas estrictamente terminológicos, dada la redacción del art. 93 LRM, SANZ MORÁN¹⁶⁰⁸ hace una interpretación restrictiva de la LRM de forma que considera que no se regulan mecanismos de transmisión de penas o medidas no privativas de libertad, lo cual daría lugar a situaciones paradójicas, pues hay normas de conducta y prohibiciones que pueden imponerse con la suspensión de condena, pero que también pueden integrar el contenido de nuestra libertad vigilada, mas, sin embargo solo serían transmisibles en el primer caso.

Con relación a las penas privativas de derecho y en especial con relación a los trabajos en beneficio de la comunidad, FARALDO CABANA¹⁶⁰⁹ considera que solo están comprendidos dentro del ámbito de la Decisión Marco cuando son pena sustitutiva o condición de la suspensión, pues aquella no tiene por objeto las penas privativas de derechos, sino las medidas judiciales que evitan el ingreso en prisión o acortan su duración por lo que debe de tratarse de penas o medidas no privativas de libertad que sustituyan a la pena de prisión o condicionen la suspensión de su ejecución. La Decisión Marco 2008/947/JAI no tendría por objeto las penas privativas de derechos, sino las medidas judiciales que evitan el ingreso en prisión o acortan su duración, por lo cual para entrar en su ámbito de aplicación y, en consecuencia, de la Ley 23/2014, debe tratarse de penas o medidas ni privativas de libertad que sustituyan a la pena de prisión o condicionen la suspensión de su ejecución. El objetivo, por los antecedentes de la norma, sería garantizar la cooperación cuando se trate de una persona sometida a obligaciones o medidas de vigilancia y de asistencia con arreglo, en particular, a una condena en suspenso o a la libertad condicional.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO¹⁶¹⁰, con relación a los arts. 93 y 94 LRM, pone de manifiesto las dudas interpretativas que de ellos se derivan en torno al objeto de la transmisión, decantándose por un criterio extensivo, que comprendería además de las medidas de libertad vigilada propias de la suspensión de condenas y libertad condicional, aquellas penas autónomas que consistan en la imposición de alguna de las prohibiciones u obligaciones de las allí referidas. A tal conclusión se llegaría partiendo de las propias definiciones de la Decisión Marco, cuyo art. 2.4 define la pena sustitutiva

¹⁶⁰⁷ Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas

¹⁶⁰⁸ SANZ MORÁN, Ángel José. "El reconocimiento mutuo de resoluciones... op. cit., pp. 164-167.

¹⁶⁰⁹ FARALDO CABANA, Patricia. "¿Cuáles son las resoluciones de «libertad vigilada» a efectos del reconocimiento mutuo? Sobre las dificultades de trasposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI al derecho español". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. nº 63, 2019, pp. 588-589.

¹⁶¹⁰ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. "Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada". En: *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015, pp. 175-178.

como “la pena que no constituye ni una pena privativa de libertad, ni una medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria, y que impone una obligación o instrucción”, de lo cual cabe colegir que no exige en el precepto que esta pena así denominada sustituya a ninguna otra. En definitiva, no es tanto un problema conceptual, sino de defectuosa redacción en la versión en castellano, ya que en la versión inglesa precisamente se emplearía el término clarificador, *alternative sanction*, que carecería de esa idea de sustitución y sí, sin embargo, comportaría una idea de pena distinta a la privativa de libertad.

Esta última postura es la recogida en la *Guía sobre el reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada* del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial¹⁶¹¹, pues en definitiva es la normativa europea, la Decisión Marco y la jurisprudencia del TJUE, quien marca el criterio interpretativo (criterio de interpretación conforme) para la aplicación de las resoluciones de libertad vigilada¹⁶¹².

Aplicando el planteamiento anterior, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sería claramente, a estos efectos, una medida de libertad vigilada, en la terminología europea, con lo cual sería transmisible y por ello no constituiría un obstáculo para la transmisión de la pena o medida privativa de libertad.

Pero es que, aunque siguiéramos el criterio restrictivo, habría que distinguir cuando los *trabajos en beneficio de la comunidad* operan como pena, caso en el cual no sería posible su transmisión, y cuando una condición de la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad¹⁶¹³, en cuyo caso sí serían susceptible de tal efecto por el sentenciador. Incluso cuando por ser pena no fueren transmisibles, la posibilidad de cumplimiento previo en el medio penitenciario no plantearía el más mínimo problema.

No es fácil pues llegar a una solución, la cual además tiene una enorme trascendencia en la práctica por el efecto impeditivo que pudiera acarrear la existencia de una pena privativa de derechos como obstáculo para la transmisión de la pena privativa de libertad. No cabe duda de que efectivamente de la definición de que la propia Decisión Marco hace del término *pena sustitutiva (alternative sanction)*, puede llegarse a esa conceptualización amplia, mas no lo es menos que por los antecedentes de la norma, las propias referencias que contiene su amplio *Preámbulo*, con cita expresa del pronunciamiento del Consejo Europeo en el programa de medidas de 29 de noviembre de 2000¹⁶¹⁴ a favor de la cooperación en el ámbito de las condenas en suspenso y la libertad condicional, en el cual se da un tratamiento diferenciado a la privación de derechos – apartado 3.4- y a las resoluciones adoptadas en el marco de las medidas consecutivas a una condena penal – apartado 4-, enunciado éste que tiene por objeto garantizar la cooperación cuando se trate de una persona sometida a obligaciones o medidas de vigilancia y de asistencia con arreglo, en particular, a una condena en suspenso o a la libertad condicional, no parece que pueda entenderse que

¹⁶¹¹ Versión de 27 de febrero de 2015, pp. 4-5.

¹⁶¹² STJUE de 16 de junio de 2005 (Asunto C-105/03), *María Pupino*.

¹⁶¹³ ATS de 3 de junio de 2016 y STS 603/2018, de 28 de noviembre (ROJ: STS 4027/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4027).

¹⁶¹⁴ *Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 2001.

la Decisión Marco tenga por objeto la regulación conjunta de ambas cuestiones, las cuales no tienen punto claro de conexión. Mientras que en un caso el punto de referencia es la pena de prisión, cuya ejecución se quiere evitar, suspendiéndola o sustituyéndola, o bien cuando ya ha desplegado su efecto, arbitrar mecanismos de excarcelación, libertad condicional, en el segundo, el objetivo nada tiene que ver con aquella otra pena, respecto de la cual son un *aliud*¹⁶¹⁵.

Especial consideración, además, por otros motivos, ha de hacerse a la transmisibilidad de la libertad vigilada postpenitenciaria, pues precisamente en ella no hay concreción de medidas por el sentenciador sino precisamente poco antes de la extinción de la pena privativa de libertad que la precede en el cumplimiento. Si se considera que se trata de una sanción penal no transmisible, no cabe tampoco la de la pena privativa de libertad. Pero es que, además, por su configuración legal, como se fija su contenido, surge otro problema. Conforme al art. 106.2 CP, al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, se eleva al sentenciador la correspondiente propuesta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Esta medida de seguridad tiene su lógica concreción cuando una vez cumplida la pena privativa de libertad, se valora el éxito del tratamiento penitenciario en el penado, siendo consecuencia de ello la fijación de las medidas concretas que conforman su contenido, que no cabe fijar apriorísticamente. En este caso, como tanto en los términos de la Decisión Marco, como en el de la LRM, lo que se transmiten son medidas de libertad vigilada concretas, las cuales se fijan una vez extinguida la pena privativa de libertad, ello comporta que su existencia imposibilite la transmisión de la pena privativa de libertad que la precede¹⁶¹⁶.

Es más, FARALDO CABANA¹⁶¹⁷ considera que en todo caso la libertad vigilada no es una medida que sustituya o acorte la pena de prisión, sino que se aplica una vez

¹⁶¹⁵ La Ley Italiana a la que se ha hecho referencia anteriormente emplea de igual forma el término *sanzione sostitutiva*, pero en la definición del término, en el art. 2.1 e), falta también esa referencia a la idea de sustitución: “una sanzione, diversa dalla penadentiva o da una misura restrittiva della libertà personale odalla pena pecuniaria, che impone obblighi e impartisce prescrizioni”.

Lo mismo ocurre con la versión en lengua francesa de la Decisión Marco que emplea el término *peine de substitution* y da el mismo significado que venimos viendo.

¹⁶¹⁶ En este sentido, AAP Barcelona (21^a) 1534/19, de 19 de septiembre (ROJ: AAP B 9967/2019 - ECLI:ES:APB:2019:9967A). En sentido contrario el AAP Guipúzcoa (1^a) 133/2020, de 2 de marzo (ROJ: AAP SS 1240/2020 - ECLI:ES:APSS:2020:1240A), que entiende que el proceso de concreción puede realizarse después, planteamiento difícilmente comprensible, pues una vez el penado esté en el país de destino se ignora como el Juez de Vigilancia va a poder hacer una propuesta respecto de un penado que no se encuentra en España y del cual no sabe nada, amén que habría que determinar qué Juez territorialmente la formula, pues el penado no está en centro español alguno; por su parte el AAP Madrid (5^a) 1306/2021, de 11 de marzo, entiende que la existencia de la medida de libertad vigilada impuesta junto con la pena privativa de libertad no puede ser impedimento para la transmisión de esta última, si bien, de nuevo, no dice cómo va a ser posible su concreción. Estas dos resoluciones citadas vacían de sentido la medida de seguridad impuesta, que no es sino la fijación de su contenido una vez comprobada la evolución del penado, transformado aquella, si es que llega a materializarse, en un formulario que hace abstracción de las circunstancias concretas del condenado y que valdría para cualquier individuo al cual se le impusiera. Esta línea interpretativa recuerda aquella otra, rechazada, con toda lógica, por el Tribunal Supremo, de esos sentenciadores que, prescindiendo tanto de la ratio de la medida, como de la letra de la Ley, fijan el contenido en el fallo condenatorio, a modo de prognosis sobre la evolución futura de aquel al que en ese acto se la imponen.

¹⁶¹⁷ FARALDO CABANA, Patricia. “¿Cuáles son las resoluciones... op. cit., p. 589.

cumplida la pena de prisión impuesta, por lo cual no es objeto de este instrumento de reconocimiento mutuo.

2.7 Adopción de medidas cautelares

Dado que tanto la Decisión Marco, como la LRM, contemplan la posibilidad que el condenado esté en el Estado de ejecución, para asegurar la efectividad de la transmisión es factible solicitar la adopción de medidas cautelares, tanto restrictiva de la libertad personal del condenado o como cualquier otra medida de otro tipo destinada a garantizar su permanencia en dicho territorio.

En el art. 72 LRM¹⁶¹⁸ se atribuye tal competencia en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a instancia del Ministerio Fiscal, de lo cual se deduce que el sentenciador carece de potestad al efecto, lo cual obliga a que en estos casos deba transmitir la condena necesariamente por cauce de aquella otra autoridad judicial.

La solicitud puede hacerse simultáneamente con el acuerdo de transmisión, esto es al tiempo que se remite la sentencia y certificado a la autoridad del Estado de ejecución, para que se resuelva antes de que se adopte la decisión sobre el reconocimiento, o con bien carácter previo a la remisión de la sentencia y del certificado.

Tanto la Decisión Marco, como la LRM, solo contemplan la posibilidad de abono del tiempo de privación de libertad, pero en la medida en que se admiten las eventuales privaciones cautelares de otros derechos en orden a garantizar la presencia del condenado en el proceso, surge la duda en cuanto a la posible compensación al efecto. En nuestro Derecho interno, tal posibilidad, en ciertos casos, véase comparecencias *apud acta*, ha sido admitida por la jurisprudencia¹⁶¹⁹. El hecho de que tal situación traiga causa en una decisión de la autoridad de otro Estado, adoptada a instancias de la autoridad española, no parece que pueda ser justificación para darle un trato diferente al que si esta situación hubiera tenido lugar en nuestro territorio, con lo cual, teniendo como referencia los parámetros al uso, cabría el abono de la medida restrictiva de derechos a la condena a transmitir.

2.8 Control de la doble tipificación

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a la hora de emitir el Certificado ha de determinar si los hechos de la condena se encuadran en alguna de las categorías excluidas de la doble tipificación en la Decisión Marco¹⁶²⁰ y, en todo caso, ha de recoger una descripción de los hechos en que se funda la condena cuya transmisión se pretende

¹⁶¹⁸ Art. 14 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶¹⁹ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional 19 diciembre 2013; STS 151/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1163/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1162).

¹⁶²⁰ Art. 10 Decisión Marco 2008/909/JAI.

y la calificación jurídica de aquellos, con una descripción del tipo penal¹⁶²¹, todo ello en orden a posibilitar la labor de la autoridad de ejecución. Obviamente esta valoración inicial no vincula a la autoridad del Estado de ejecución, que es la que tiene el poder decisorio en orden al ajuste de aquellos y su encuadre en una u otra categoría jurídica.

2.9 Motivos de denegación

2.9.1 Posibilidades de reinserción: las consultas previas entre autoridades

El sistema de reconocimiento mutuo trae causa en la confianza mutua, que encuentra fundamento en el hecho de compartir un sistema de valores penales y penitenciarios comunes, por lo cual la guía a la hora de decidir sobre la transmisión no puede ser sino la constatación de las mayores posibilidades de reinserción, motivo por el cual en la Decisión Marco se articula un mecanismo de consultas en orden a posibilitar un cauce de obtención de la información precisa a tal fin. Talas consultas, que pueden evacuarse por cualquier medio adecuado, son de dos tipos:

a) Obligatorias. La consulta que será obligatoria en los casos en que la resolución se transmita a un Estado de ejecución distinto de aquel en que el condenado vive y del que es nacional o de aquel al que vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad¹⁶²², esto es, supuestos en los cuales, por regla general, la autoridad del Estado de ejecución decide discrecionalmente y no de forma reglada sobre la transmisión de la condena. Se trata además de supuestos en los cuales se precisa el consentimiento del condenado.

b) Potestativas. Se trata de los supuestos reglados, esto es en los cuales no cabe rechazo por parte de la autoridad del Estado de ejecución.

El alcance de una u otra consulta es diverso. Si se trata de consulta obligatoria, el parecer de la autoridad del Estado de ejecución viene acompañado ya de la decisión de autorizar o no la transmisión, con lo cual se altera el orden natural del procedimiento en la medida en que se anticipa la decisión de la autoridad de ejecución a la del de emisión. Esta situación suscita dos problemas prácticos, el primero de los cuales es que si la autoridad de ejecución ha de pronunciarse sobre la admisión de la transmisión, lógicamente necesita tener a sus disposición toda la información relativa a la condena sometida a consideración, lo que lleva a concluir que el medio adecuado para evacuar la consulta en este caso debe contener todos los extremos propios del Certificado, Anexo II, y adjuntarse la sentencia; en el caso de la norma española, el art. 78 LRM no ha previsto la situación expuesta, no recoge la necesidad de que el Juez Central de lo Penal se pronuncie en este momento sobre la autorización o no del traslado, sino que simplemente se hace referencia a la emisión de su parecer sobre las mayores posibilidades de reinserción del condenado, lo cual no deja de ser inconsecuente. Un segundo problema es que, si ya se ha pronunciado la autoridad del Estado de ejecución

¹⁶²¹ Apartado h) del Certificado.

¹⁶²² Art. 4.3 Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 68.3 LRM.

admitiendo la transmisión, no tiene sentido, si se estima la procedencia de aquella por el Estado de emisión, emitir el Certificado, pues su objetivo no es sino precisamente el de facilitar los datos precisos a la autoridad del estado de ejecución para la toma de su decisión, que en este caso ya existe.

En el caso de la consulta potestativa, la autoridad competente del Estado de ejecución puede presentar a la autoridad competente del Estado de emisión un parecer motivado, en el que indique que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no contribuirá al objetivo de facilitar la reinserción social, ni la reintegración con éxito del condenado a la sociedad¹⁶²³. En este caso, tal parecer no es vinculante, pues se trata de los supuestos de transmisión reglados, en los cuales su decisión se limita a constatar si se da o no el supuesto de hecho de la transmisión, esto es si se trata un condenado nacional y que vive en el Estado de ejecución o es este Estado al que va a ser expulsado una vez puesto en libertad. En los casos en que no haya habido consulta alguna, el dictamen podrá presentarse sin tardanza una vez que se hayan transmitido la sentencia y el certificado, pudiendo en este caso la autoridad competente del Estado de emisión optar por retirar o no el certificado, con lo cual queda claramente establecido que es ésta la única competente en los supuestos reglados para decidir sobre el extremo referente a las mayores posibilidades de reinserción del condenado.

Qué se entiende por posibilidades de reinserción no es un concepto sencillo, admite diversas interpretaciones, unas ligadas a la mera valoración del entorno sociofamiliar y otras que van más allá y considera elementos que enlazan más propiamente con la esencia del Derecho Penitenciario e incluso con un planteamiento más general, el de los fines de la pena y su posible realización en el Estado de Ejecución¹⁶²⁴. Ahora bien, lo que difícilmente se ajusta a tal concepto son consideraciones relativas a la naturaleza del delito, tiempo cumplimiento pendiente o el haber hecho frente al pago de las responsabilidades civiles, pues tales valoraciones, amén de no tener encaje en la letra de la ley, más bien enlazan con otra institución, la libertad condicional, que nada tiene que ver con la transmisión de la pena privativa de libertad¹⁶²⁵.

2.9.2 Denegación por el estado de las cárceles

La incorporación de un Estado a la Unión Europea tiene como presupuesto la asunción de un sistema de valores, un acervo jurídico común, que justifica, por lo que aquí interesa, la confianza mutua que debe regir entre los miembros, que es la razón de ser de todo el sistema de reconocimiento mutuo, en aras a hacer realidad el denominado *Tercer Pilar* de la Unión Europea.

Por ello, tanto la Decisión Marco, como la LRM, contienen una referencia a un principio básico de respeto a los derechos y libertades fundamentales. Así el art. 3

¹⁶²³ Art. 4.4 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶²⁴ Véase el AAP Ciudad Real, de 14 de junio de 2018, ya citado.

¹⁶²⁵ Precisamente, con notorio desacierto, esas consideraciones se recogen en el AAP Zaragoza (3ª) 595/2018, de 2 de octubre (ROJ: AAP Z 1962/2018 - ECLI:ES:APZ:2018:1962A).

LRM¹⁶²⁶, proclama que esta ley se aplicará respetando éstos y aquellas y los principios recogidos en la Constitución Española, en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950.

Aunque en el plano de las proclamas y principios ha de predicarse esa homogeneidad, la realidad de la diversidad de los sistemas penitenciarios de los distintos países miembros, las condiciones de habitabilidad de las prisiones, la prestación de servicios elementales, cuando no ya de hacinamiento, ponen en peligro real los más elementales derechos. Tal situación de riesgo se da no solo en el caso de países con escaso nivel de renta, antes bien, también en alguno de los de mayor desarrollo, sirva de ejemplo Bélgica¹⁶²⁷, hecho denunciado incluso por el Comité Europeo para la prevención de la tortura¹⁶²⁸. Así, en atención a la cláusula general antes anunciada, cabe plantear si en tales casos de riesgo de las garantías elementales puede rechazarse la transmisión de una condena, máxime cuando esta puede tener lugar incluso sin el consentimiento del condenado.

RODRÍGUEZ YAGÜE¹⁶²⁹, analizando la cuestión con relación a la ODE -línea argumental que sirve aquí también- expone que no se recoge en la normativa como causa de no ejecución, ni que la obligación de cooperación decaiga, ante la existencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales o posibilidad de sometimiento a garantías de que tal vulneración no se produzca, lo cual es lógico pues se parte de una premisa de valores comunes de los Estados miembros y particularmente de los derechos fundamentales, lo cual no ha impedido que algún país -Alemania-, sin embargo, haya incorporado en la trasposición de la normativa sobre la Euroorden una previsión al efecto de posible ilicitud de la asistencia cuando colisione con principios esenciales del ordenamiento jurídico alemán y a los principios consagrados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea. Pero esa confianza no puede ser ciega, por lo que en caso de riesgo real al efecto se ha tratado de articular a través de las cláusulas de derechos fundamentales que incorporan las Decisiones Marco sobre asistencia y cooperación. Así comentando¹⁶³⁰ la STJUE de 5 de abril de 2016 (Asunto C-404/15), *Aranyosi y Căldăraru*, resolución en el ámbito de la ODE, pero que, dado su objeto, la privación de libertad, sirve también en el caso del traslado de personas condenadas, analiza y da respuesta a la naturaleza y alcance de las cláusulas de derechos fundamentales. Con tal referencia surgen dos cuestiones, la primera si puede entenderse improcedente una entrega si existen razones de peso para creer que las condiciones de reclusión en el Estado emisor vulneran los derechos fundamentales de la persona interesada y los principios generales del Derecho recogidos en el art. 6 del

¹⁶²⁶ Art. 3.4 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶²⁷ STEDH de 17 de noviembre de 2015, *asunto Bamouhammad c. Belgique*.

¹⁶²⁸ <https://www.europapress.es/internacional/noticia-consejo-europa-denuncia-preocupante-situacion-detenido-carceles-belgica-20180309123139.html> [Consulta 6/09/2019].

¹⁶²⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre la Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida". En: *Revista Penal*. nº 45, 2020.

¹⁶³⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. "¿Pueden ser las condiciones... op. cit.

Tratado de la Unión Europea o, bien, como segunda, si en dichos casos el Estado miembro de ejecución puede o debe condicionar su decisión sobre la procedencia de la entrega a la constitución de garantías relativas al cumplimiento de las condiciones de reclusión, planteándose al tiempo si el Estado miembro de ejecución puede o debe formular a tal efecto requisitos mínimos concretos aplicables a las condiciones de reclusión que han de ser garantizados. Siendo la premisa general que el reconocimiento mutuo es la piedra angular de la cooperación judicial penal, que descansa sobre el principio de confianza mutua, se llega a otros dos principios: solo se puede denegarse la ejecución en los supuestos tasados; y con las condiciones exhaustivamente fijadas en la Decisión Marco. Mas en circunstancias excepcionales es admisible su limitación, partiendo de la constatación de deficiencias sistémicas o generalizadas de las condiciones de reclusión, acreditadas con elementos objetivos, precisos y fiables, tales como resoluciones judiciales o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas. Pero esta valoración general de las condiciones de reclusión imperantes en el Estado donde ha de tener lugar la reclusión, de la que resulte un riesgo real de trato inhumano o degradante, ha de completarse con una valoración concreta y precisa de la situación del riesgo individualizado que tendría el sujeto requerido de llevarse a cabo su entrega, en este caso su traslado¹⁶³¹.

En esta misma línea incide la STJUE de 15 de octubre de 2019 (Asunto C-128/18), *Dumitru-Tudor Dorobantu*, dictada también en el marco de la ODE. Tras reafirmar el principio de confianza recíproca y de reconocimiento mutuos como fundamento de cooperación entre los Estados miembros, ello no es óbice para considerar que aquellos no pueden servir de contrapeso a la constatación por parte de la autoridad judicial de ejecución de que existen razones serias y fundadas para creer que, tras ser entregada al Estado miembro emisor, dicha persona correrá el riesgo de un trato inhumano o degradante debido a las condiciones de reclusión imperantes en el establecimiento penitenciario en el que se prevea en concreto encarcelarla. A tales efectos la autoridad judicial de ejecución debe solicitar a la autoridad judicial emisora la información que considere necesaria y debe confiar, en principio, en las garantías ofrecidas por esta última autoridad, mientras no existan datos precisos que permitan considerar que las condiciones de reclusión contravienen el artículo 4 de la Carta¹⁶³².

En esa misma línea argumental, aunque dictada por el TEDH, cabe citar la Sentencia de 9 de julio de 2019, *asunto Romeo Castaño c. Bélgica*, en el cual se condena al Estado demandado por no haber constatado la existencia de un riesgo concreto y real de vulneración del Convenio en caso de entrega en el marco de una ODE.

La conclusión es pues que solo en casos muy puntuales de riesgo cierto, individualizado, preciso, cabe invocar esta cláusula, para lo cual no bastará con la

¹⁶³¹ En esta misma línea cabría citar la STJUE de 25 de julio de 2018 (Asunto C-216/18 PPU), relativo al cuestionamiento de la independencia judicial en un Estado miembro -Polonia-.

¹⁶³² En esta sentencia se analiza la cuestión del espacio personal del que ha de disponer cada recluso, estableciéndose que la autoridad judicial de ejecución debe tomar en consideración las exigencias mínimas derivadas del artículo 3 del CEDH, tal como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al no existir actualmente normas mínimas al respecto en el Derecho de la Unión.

constatación de los defectos sistémicos del medio penitenciario de referencia, antes bien deberá individualizarse en el supuesto concreto, lo cual exigirá acudir a un intercambio de información y consultas, como paso previo a la toma de decisión. Se trata, sin duda, de una postura cauta, pues el riesgo de quiebra del procedimiento de reconocimiento de resoluciones penales es real si se admite la posibilidad de un examen generalizado de las deficiencias de cada sistema penitenciario por parte de las autoridades encargadas de decidir sobre la transmisión de condenas. Por un lado, puede ocurrir que las de aquellos Estados con mejores condiciones, desde la buena fe, tengan la tentación de caer en el riesgo de juzgar a los otros Estados con parámetros propios y por ello especialmente rigoristas, más allá de los mínimos exigibles; o incluso, desde el cinismo, los Estados poco preocupados por las condiciones de las personas privadas de libertad en su país, cuestionar las de los restantes, incluso las de los sistemas con estándares muy superiores al propio¹⁶³³.

2.10 Resolución acordando la transmisión

La resolución de la autoridad emisión -Juzgado de Vigilancia, juzgado o tribunal sentenciador-, adopta la forma de Auto.

Dada la configuración dual desde el punto de vista competencial, se da una curiosa paradoja procesal con relación a las partes; si la autoridad de emisión es el sentenciador, dado que la transmisión opera en este caso antes de darse inicio a la ejecución, partes son el condenado y el Ministerio Fiscal, mas también quienes los fueran en el ejercicio de las acciones penales, acusación particular y acusación pública; mientras que si la autoridad lo es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por estar ya iniciada la ejecución, solo las dos primeras¹⁶³⁴, pues éste no es un supuesto de los legalmente previstos de intervención de la víctima¹⁶³⁵.

Dicho de otra forma, cuando la competencia para resolver corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, la víctima queda al margen del procedimiento, no pudiendo cuestionar la decisión sobre la procedencia de la transmisión. Si se tiene en cuenta que España es el único país europeo que tiene prevista, en ciertos casos, esa intervención de la víctima en la ejecución de la pena de prisión, con el traslado de la condena, como efecto reflejo, queda al margen definitivamente de la eventual intervención en la ejecución penitenciaria.

Alcanzada la firmeza del pronunciamiento, se comunica al juzgado o tribunal sentenciador, dado que una vez verificado el traslado pierde su competencia de ejecución¹⁶³⁶, y al Ministerio de Justicia, en su cualidad de autoridad central¹⁶³⁷.

¹⁶³³ https://www.elconfidencial.com/espana/2017-11-16/belgica-pregunta-el-tamano-de-la-celda-de-puigdemont-y-si-tendra-comida_1478938/

¹⁶³⁴ DA 5ª LOPJ.

¹⁶³⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*.

¹⁶³⁶ Art. 75 LRM.

¹⁶³⁷ Art. 6 y 64.3 LRM.

2.11 Decisión del Estado de ejecución. Retirada del certificado

En principio, la autoridad del Estado de ejecución ha de tomar su decisión en el plazo de 90 días a partir de la recepción de la sentencia y del certificado, si bien, si excepcionalmente no puede cumplir con tal deber, ha de informar con la mayor brevedad a la autoridad del Estado de emisión del motivo de la demora y del plazo necesario para adoptar la decisión¹⁶³⁸. Tal planteamiento de Decisión Marco no deja de ser en la práctica sino un brindis al sol, pues el incumplimiento del plazo y de la obligación de información es la norma para la mayoría de los Estados de la Unión Europea.

En la LRM¹⁶³⁹ se recogen tres supuestos en los cuales, una vez emitido el certificado, antes de iniciarse la ejecución, puede retirarse aquel.

El primero de ellos trae causa en la deficiente información en poder de la autoridad de emisión a la hora de librar el certificado y se circunscribe al supuesto en el cual no ha mediado consulta previa. Estos supuestos son aquellos en los cuales, en conexión con el art. 68.3 LRM, no opera el principio de discrecionalidad¹⁶⁴⁰, esto es, los supuestos reglados, en los que la autoridad de ejecución no puede denegarla si concurre el supuesto de hecho. Pero puede ocurrir que, recibido el certificado, la autoridad de ejecución considere que la ejecución no contribuirá al objetivo de facilitar la reinserción social ni la reintegración con éxito del condenado en la sociedad, para lo cual puede emitir un dictamen o parecer no vinculante para la autoridad del Estado de emisión¹⁶⁴¹. En definitiva, dado que por quien está llamado a ejecutar la condena se cuestiona el objetivo del reconocimiento, se trata de dar la oportunidad a la autoridad del Estado de emisión de reconsiderar su decisión¹⁶⁴². La Decisión Marco ha previsto pues que la autoridad que realiza la valoración de las condiciones de reinserción y toma la decisión en los supuestos reglados es la del Estado de emisión, correspondiendo a la de ejecución simplemente dar o exponer su parecer. Es de nuevo el principio de confianza mutua que opera como trasfondo del sistema, pues de haberse optado por un sistema de consenso en estos supuestos no sería sino una puerta a la ineficacia y al conflicto.

Otra de las causas de retirada del certificado se refiere a la condena, a las discrepancias entre la normativa de los Estado implicados, para lo cual se articula un mecanismo de adaptación, que supone la ejecución parcial de la condena, por lo cual, tras las oportunas consultas entre autoridad de emisión y de ejecución, la primera puede optar por la retirada del certificado¹⁶⁴³, pues lógicamente no se puede obligar al Estado de emisión a aceptar una ejecución parcial que puede afectar a sus principios o al *ius puniendi* de aquel.

¹⁶³⁸ Art. 12.2 y 3 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶³⁹ Art. 74 LRM.

¹⁶⁴⁰ Art. 4.1 a) y b) Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶⁴¹ Art. 4.4 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶⁴² Art. 9 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶⁴³ Art. 10 Decisión Marco 2008/909/JAI.

Como señala MESTRE DELGADO¹⁶⁴⁴, en caso de entender el Estado de ejecución incompatible una condena con su ordenamiento, caben cinco posibilidades: denegar el reconocimiento, si no resulta ejecutable conforme a su Derecho; limitar la duración máxima cuando exceda a la propia, adaptándola a ella; mantener en sus propios términos la condena impuesta en la resolución a ejecutar, siempre que sea inferior al límite mínimo previsto en la legislación propia; aplicar la pena prevista en el propio ordenamiento, si fuera incompatible con la impuesta; y, por último, consultarse las autoridades de ejecución/emisión en orden a la posibilidad de ejecución parcial para evitar la denegación del reconocimiento.

No hay en la LRM parámetro alguno que pueda servir de referencia a la autoridad de emisión para decidir cuándo puede aceptar la propuesta de la autoridad de ejecución sobre adaptación de la condena. Un criterio útil puede ser las posibilidades de sustitución de la pena por la expulsión del art. 89 CP, en orden a realizar una comparativa del contenido punitivo entre la condena impuesta y la pena adaptada, así como la consideración de las posibilidades de acceso a la libertad condicional en uno u otro país.

Caso especial es el de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. En la medida en que hay Estados que no admiten la posibilidad en su ordenamiento de transformación de la pena pecuniaria en privativa de libertad, la autoridad de ejecución en estos casos va a proponer la adaptación, por lo que solo cabe o bien seguir el criterio anteriormente expuesto o bien plantear al sentenciador la eventual retroacción al momento anterior al cambio de naturaleza de la pena en orden a una eventual transmisión de la pena pecuniaria al margen de la pena privativa de libertad o como pena privativa de derechos, trabajos en beneficio de la comunidad -si se entiende que es transmisible-, cuando no verificar el cumplimiento de ésta en este modo como paso previo a la transmisión.

Por último, la tercera causa de retirada del certificado recogida en la LRM es la relativa a la normativa sobre libertad condicional¹⁶⁴⁵, por razón de su diferente configuración. Esta divergencia puede operar en dos direcciones, o bien que la normativa del Estado de ejecución sea más dura o bien justo lo contrario, que sea más generosa y ponga en peligro el contenido punitivo de la condena impuesta. En el primer supuesto es dudoso que pueda operar como causa de retirada del certificado, pues es una cuestión que no afecta al orden público, a lo sumo ser causa de renuncia por parte del condenado, si era necesario su consentimiento para la transmisión. En el segundo caso, en la medida en que puede verse afectado el contenido esencial de la condena, su efectividad, sí sería factible considerar la retirada del certificado.

Como pone de manifiesto MONTERO PÉREZ DE TUDELA¹⁶⁴⁶, habrá que tener en cuenta las particulares restricciones que existe en nuestro ordenamiento para acceder al tercer grado, requisito primero para el acceso a la libertad condicional, y a

¹⁶⁴⁴ MESTRE DELGADO, Esteban. "La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la Legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea". En: *La Ley Penal*. nº 127, julio-agosto 2017.

¹⁶⁴⁵ Art. 17.3 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶⁴⁶ MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. "Las medidas repatriativas... op. cit., p. 29.

ésta. Aspectos tales como el pago de la responsabilidad civil, a que se refiere el art. 72.5 LOGP; los periodos de seguridad; el particular régimen de acceso al tercer grado de los delitos cometidos por grupos organizados y terroristas y los delitos de terrorismo; la exclusión de estas tipologías de las modalidades privilegiadas de libertad condicional; y la exclusión de los delitos sexuales en el caso de la libertad condicional a la mitad de la condena.

Estas discrepancias se articulan, de nuevo, en un diálogo entre las autoridades intervinientes. Por ello se recoge que cuando se solicite por el Estado de ejecución, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá comunicar a la autoridad de ejecución las disposiciones aplicables en Derecho español en relación con la libertad anticipada o condicional del condenado, así como solicitarle información sobre las disposiciones aplicables en esta materia en virtud de la legislación del Estado de ejecución. Fruto de estas comunicaciones puede ser o bien la retirada del certificado o bien el acuerdo sobre las disposiciones a aplicar por la autoridad de ejecución.

Desde el punto de vista procedimental, el trámite en el cual se considera la vigencia del certificado es muy sencillo. El Juez, tras oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por cinco días, resuelve. El uso de esta terminología solo cabe entenderla por referencia al inusual supuesto en el cual conozca de la transmisión el juez o tribunal sentenciador pues ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, la única parte que puede personarse es el condenado, pues partes ante él, como ya se dijo en otro apartado, solo lo son el penado, el Ministerio Fiscal¹⁶⁴⁷ y la víctima, esta última exclusivamente en aquellos supuestos expresamente previstos en el Estatuto de la Víctima¹⁶⁴⁸, que no es el caso. Se da con este planteamiento una paradoja, pues si se trata de un supuesto de transmisión con mera audiencia, en el cual no es necesario el consentimiento del condenado, éste no está personado, con lo cual, en teoría, no habría la obligación de oírle. En los casos en los cuales es necesario el consentimiento del condenado, su consentimiento se presta con asistencia letrada¹⁶⁴⁹, por lo cual, en sentido amplio, cabe entender que se ha personado.

Al margen de los supuestos de retirada del certificado expresamente previstos, hay una situación que puede surgir antes de haberse procedido a la ejecución de la transmisión, y que acarrea la retirada del certificado. Y es que antes de llevarse a cabo aquella puede tenerse conocimiento de otras causas pendientes de enjuiciamiento o ejecución, lo cual no resulta extraño, dada la insuficiente información que aporta el SIRAJ. En estos casos obviamente no puede perjudicarse y hacer vacua la potestad de otro tribunal, lo cual conlleva la paralización del traslado y retirada del certificado.

Las decisiones de retirada del certificado han de comunicarse a la autoridad del Estado de ejecución.

¹⁶⁴⁷ DA 5ª LOPJ, STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129), y ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A).

¹⁶⁴⁸ Ley 4 /2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del delito*.

¹⁶⁴⁹ Art. 67.1 LRM.

2.12 Normativa de ejecución

La ejecución se rige por las normas del Estado de ejecución¹⁶⁵⁰, cesando la competencia de las autoridades del Estado de Emisión cuando se inicie ésta en aquel otro¹⁶⁵¹. No obstante, la autoridad del Estado de emisión recupera la competencia para la ejecución en caso de fuga del condenado¹⁶⁵². En estas situaciones la autoridad del Estado de ejecución comunica el hecho a la autoridad del Estado de emisión, que es quien ha de adoptar las medidas oportunas, conforme a su Derecho interno, ante la nueva situación; esto es, recibida la comunicación por el Juez de Vigilancia, lo comunicará a su vez al sentenciador en orden a que emita éste las pertinentes órdenes de busca y captura, por ser de su competencia.

Cabe plantear que hay que entender por *fuga del condenado*, pues si el mero hecho de quebrantar materialmente la custodia el condenado produce el efecto de perder el Estado de ejecución toda competencia, se produciría la paradoja de no poder perseguir a aquel, aunque estuviera en su territorio sino solo cuando se recibiera la oportuna solicitud de medida cautelar por parte del Estado de emisión y esta fuera adoptada, amén que, en caso de ser habido, implicaría que habría que repetirse todo el proceso de transmisión. Una interpretación más lógica y coherente lleva a considerar que por *fuga del condenado* haya de entenderse que aquel ha salido de la jurisdicción del Estado de ejecución, lo cual da sentido a que sea el Estado de emisión el que deba de interesar su captura en los demás Estados.

Ya se ha señalado al hablar de la retirada del certificado, que aunque la ejecución se rige por las normas del Estado de ejecución, fruto del dialogo entre autoridades implicadas en el reconocimiento, ante la eventual disparidad normativa del Estado de emisión y de ejecución, antes expuesto, es posible que la autoridad del Estado de ejecución tenga en consideración las disposiciones del Derecho nacional, que señale el Estado de emisión, en virtud de las cuales la persona tenga derecho a la concesión de libertad anticipada o condicional en una fecha determinada. En definitiva, es un aspecto más de la adaptación de la pena, en este caso en el plano no cuantitativo, sino cualitativo.

Conserva también el Estado de emisión la potestad para resolver sobre un eventual recurso de revisión de la sentencia. Pero en cuanto a la concesión de amnistía o indulto, tanto el Estado de emisión como el Estado de ejecución comparten tal potestad¹⁶⁵³.

Aunque las autoridades del Estado de emisión pierden la competencia con el traslado, no quiere decir ello que se olviden definitivamente de la condena, pues se establece un deber de información por parte de la autoridad competente del Estado de ejecución¹⁶⁵⁴ sobre el inicio y fin del periodo de libertad condicional -cuando así se haya

¹⁶⁵⁰ Art. 17 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶⁵¹ Art. 22 Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 75 LRM.

¹⁶⁵² Art. 76 LRM.

¹⁶⁵³ Art. 19 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁶⁵⁴ Art. 21 Decisión Marco 2008/909/JAI.

indicado en el certificado-, así como de la fuga del condenado y de la ejecución de la condena tan pronto haya finalizado.

El Estado de ejecución ha de respetar la dimensión cuantitativa de la condena que se le transmite para su ejecución, sin perjuicio de la aplicación de institutos vinculados al cumplimiento que impliquen de facto una reducción efectiva del cumplimiento, véase la redención de penas por el trabajo o compensaciones por el mal estado de las cárceles. Esta última figura ha surgido en países como Italia o Rumanía, a modo de compensación por las deficiencias o carencias de sus sistemas penitenciarios. Lo que es inadmisibles es que, con relación al tiempo de privación de libertad cumplido en el Estado de emisión antes de la transmisión, el Estado de ejecución pretenda considerar tales mecanismos de reducción de la condena, cuestión ésta resuelta por el TJUE -*Dinamarca vs. Bulgaria*-¹⁶⁵⁵. En conclusión, verificado el traslado, se aplica la normativa del Estado de ejecución, con proyección de futuro, de forma que, si en ella se contemplan instrumentos que conlleven reducción del tiempo de cumplimiento, no hay inconveniente alguno para su consideración, sin que con ello se quebrante la integridad de la condena reconocida impuesta por el Estado de emisión.

En cuanto a los abonos de medidas cautelares, el tema ya fue tratado en otro epígrafe de este estudio¹⁶⁵⁶.

3. TRANSMISIÓN DE RESOLUCIONES DE LIBERTAD VIGILADA

3.1 Objeto de la transmisión

El término *libertad vigilada* empleado en la LRM, norma que en este ámbito implementa la Decisión Marco 2008/947/JAI, no puede ser más inadecuado, pues lleva a la confusión con la medida de seguridad no privativa de libertad recogida en nuestro ordenamiento que tiene tal denominación.

Como pone de manifiesto FARALDO CABANA¹⁶⁵⁷, la trasposición, realizada de una forma atropellada ante la amenaza de las sanciones por falta de adaptación de la normativa europea al derecho interno, ha llevado a una traducción apresurada de la Decisión Marco, sin preocuparse de la adaptación de la terminología europea a nuestro ordenamiento, lo cual se refleja tanto en la definición de lo que es objeto de la norma europea, como del Título IV de la Ley 23/2014, que se habría limitado a reproducir

¹⁶⁵⁵ STJUE de 8 de noviembre de 2016 (Asunto C-554/14), Procedimiento penal entablado contra *Atanas Ognyanov*.

¹⁶⁵⁶ Capítulo VI § 4.

¹⁶⁵⁷ En este sentido, *probation decisions*, se traduce como libertad vigilada, que en nuestro ordenamiento es una medida de seguridad no privativa de libertad, cuando en realidad se haría referencia a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y a la libertad condicional; y, del mismo modo, *alternative sanctions* se traduce como penas sustitutivas, cuando en realidad debería ser alternativas. En FARALDO CABANA, Patricia. “¿Cuáles son las resoluciones... op. cit. pp. 579 y 585-586.

literalmente la Decisión Marco, traduciendo incorrectamente algunos los términos y sin realizar un esfuerzo de adaptación de aquellos al Derecho interno.

Es llamativo que, aunque el significado de término en uno y otro ordenamiento es diverso, son institutos conceptualmente distintos¹⁶⁵⁸, sin embargo, nuestro legislador ha optado por acoger la expresión en la letra de la LRM, lo cual no hace sino conducir a la confusión¹⁶⁵⁹, incluso en alguna resolución judicial¹⁶⁶⁰. Así, se ha señalado que los conceptos que se utilizan en la Decisión Marco y que luego se recogen en la LRM, son conceptos jurídicos autónomos del Derecho europeo, cuya definición se encuentra en su propio articulado (el art. 2 Decisión Marco)¹⁶⁶¹.

La Decisión Marco 2008/947/JAI aborda la cuestión de cuál es su objeto de regulación en los arts. 1, 2 y 4, fijando aquel en dos bloques de sanciones; por una parte, las sanciones alternativas o sustitutivas a la prisión y, por otro lado, las medias que dan contenido a la figura anglosajona de la *probation*, no existente como tal en el Derecho patrio¹⁶⁶².

En este sentido, conforme al art. 2.5 Decisión Marco 2008/947/JAI, resolución de libertad vigilada, es una sentencia firme de un órgano judicial o una resolución firme de una autoridad competente del Estado de emisión, adoptada sobre la base de tal sentencia en la cual, o bien se concede la libertad condicional o se imponen medidas de libertad vigilada. Ahora bien, medidas de libertad vigilada, conforme al numeral 7 del precepto, son las obligaciones impuestas e instrucciones dictadas por una autoridad competente a una persona física de conformidad con el Derecho nacional del Estado de emisión en relación con una pena suspendida, una condena condicional o, en su caso, una libertad condicional.

¹⁶⁵⁸ FARALDO CABANA, Patricia. “¿Cuáles son las resoluciones... op. cit., pp. 585-586.

¹⁶⁵⁹ La versión de la DM en lengua alemana emplea la expresión sentencias y resoluciones de puesta a prueba, con miras a la supervisión de medidas probatorias y sanciones alternativas” y la versión en lengua inglesa sentencias y decisiones relativas a la suspensión condicional de la pena con miras a la supervisión de las medidas probatorias y de las sanciones alternativas, en ambos casos con clara referencia a la sustitución y suspensión condicional de la pena con imposición de cargas que comporta un control de la conducta. En SANZ MORÁN, Ángel José. “El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo”. En: Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 163.

En el mismo sentido cabe añadir que la Ley italiana, el Decreto Legislativo de 15 de febrero de 2016, n° 38, sigue una terminología similar, “*sentencias y decisiones de suspensión condicional con miras a la supervisión de las medidas de suspensión condicional y la sanción sustitutiva*”.

¹⁶⁶⁰ El AAP Guipúzcoa (1ª) 133/2020, de 2 de marzo (ROJ: AAP SS 1240/2020 - ECLI:ES:APSS:2020:1240A), el cual, sin más, identifica el término empleado en la LRM con el de la DM, como si el debate no tuviera por objeto sino qué significa libertad vigilada en los términos de la DM y LRM.

¹⁶⁶¹ PANDO ECHEVARRÍA, Ignacio. “Resoluciones de Libertad Vigilada”. En: *La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo. Cuadernos Digitales de Formación*. Madrid: CGPJ. n° 19, 2015, p. 300.

¹⁶⁶² NISTAL BURÓN, Javier. “La libertad vigilada post-penitenciaria impuesta en España como complementaria de la pena de prisión. su transmisión a otro estado de la Unión Europea”. En *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 54, 2020.

Quedan al margen siempre las penas o medidas privativas de libertad, la pena de multa y el comiso¹⁶⁶³.

La Decisión Marco tendría por objeto ser aplicada a todas las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión que supongan la imposición al condenado de una regla de conducta cuyo cumplimiento deba ser controlado.

De forma general, se podría decir que por medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas entendemos todas aquellas penas y medidas no privativas de libertad que conllevan medidas -o condiciones- que implican alguna restricción a la libertad del penado¹⁶⁶⁴.

Ahora bien, la concreción del objeto, qué sanciones o medidas son susceptibles de transmisión, no es pacífica. Así, a juicio de FARALDO CABANA¹⁶⁶⁵, estarían incluidas, en todo caso, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad -arts. 80 a 87 CP-; la libertad condicional -arts. 90 a 92 CP-; la medida de libertad vigilada (*supervised release*) para menores -arts. 7.1 h), 15 y 51 LORPM. Y serían casos dudosos las penas y medidas de seguridad no privativas de libertad¹⁶⁶⁶.

Para NISTAL BURÓN¹⁶⁶⁷ sería dudosa la inclusión de la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria, que se impone a sujetos imputables, o la medida de libertad vigilada que se establece, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta de forma vicarial, a los semiimputables. Por lo que se refiere a la libertad vigilada postpenitenciaria, se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, no siendo una medida que sustituya o acorte la pena de prisión, con lo cual no tendría encaje en los supuestos mencionados en el art. 4 de la Decisión Marco y art. 94 LRM, cuya equivalencia en nuestro Código Penal sería con las reglas de conducta aplicables a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 83 CP) y a la libertad condicional (art. 90.5 CP), pero no con las obligaciones del art. 106.1 CP; no siendo tampoco una medida que sustituya o acorte la pena de prisión, sino que se aplica una vez cumplida aquella.

Sin embargo, para MONTERO PÉREZ DE TUDELA, comprendería todas las penas y medidas que suponen una libertad bajo supervisión¹⁶⁶⁸.

Las condiciones propias de la libertad condicional en la pena de prisión, materia propia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, no ofrecen ningún problema, encajan plenamente en el concepto de medidas de libertad vigilada, en el sentido de aquellas establecido en la Decisión Marco y art. 93.1.a) LRM. Más en concreto, las medidas susceptibles de transmisión por él son aquellas prestaciones o deberes impuestos al amparo del art. 90.5 CP y cuya ejecución haya de tener lugar en el Estado de ejecución. Por lo tanto, no se transmite en puridad la libertad condicional, antes bien solo las

¹⁶⁶³ Art. 1.3 Decisión Marco 2008/947/JAI; 93.3 LRM.

¹⁶⁶⁴ MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. "Las medidas repatriativas... op. cit., p. 20.

¹⁶⁶⁵ FARALDO CABANA, Patricia. "¿Cuáles son las resoluciones... op. cit., pp. 585-588.

¹⁶⁶⁶ Este tema se abordó anteriormente en el apartado 2.6.5 *Existencia de otras penas o medidas de seguridad no privativas de libertad*. Especial consideración de la libertad vigilada postpenitenciaria.

¹⁶⁶⁷ NISTAL BURÓN, Javier. "La libertad vigilada post-penitenciaria impuesta... op. cit.

¹⁶⁶⁸ MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. "Las medidas repatriativas... op. cit., p. 20.

normas de conducta a las cuales se condiciona aquella y que, por el principio de territorialidad, no puede ejecutar directamente es España.

Las medidas susceptibles de transmisión se recogen en el listado del art. 4 de la Decisión Marco¹⁶⁶⁹, si bien cabe la ampliación por decisión del Estado de ejecución.

En el caso de la pena de prisión permanente revisable, dado que la eventual libertad condicional no la acuerda el Juez de Vigilancia Penitenciaria, no corresponde a él la transmisión, sino al sentenciador¹⁶⁷⁰.

Si se entiende que pueden ser objeto de transmisión las medidas de seguridad no privativas de libertad, sería también competencia del Juez de Vigilancia la transmisión de las impuestas al amparo del art. 60 CP -supuesto de suspensión de condena por enajenación mental de apreciación sobrevenida-, pues en este caso es él el Juez ejecutor.

3.2 Sujetos de la transmisión

Hasta la entrada en vigor de la LRM, en términos estrictos de legalidad, el art. 197 RP circunscribía la posibilidad de disfrute de la libertad condicional fuera de España a aquellos casos en que se tratara de españoles residentes en el extranjero o bien extranjeros no residentes legalmente en España. La Decisión Marco va mucho más allá, pues admite junto al supuesto ligado a la residencia habitual en el Estado de ejecución, al cual ha regresado el condenado o quiere regresar, aquel otro en el cual la transmisión la solicita el condenado para otro Estado diverso al de su residencia legal y habitual, siempre que esta última autoridad haya dado su consentimiento a dicha transmisión¹⁶⁷¹.

Con relación a este último supuesto, el certificado recogido en el Anexo I de la Decisión Marco, para facilitar la labor de la autoridad de ejecución, recoge varias posibilidades que sirven de justificación para la solicitud del condenado: haber conseguido un trabajo en el Estado de ejecución; tener un familiar con residencia legal habitual en el Estado de ejecución; pretender realizar estudios o seguir una formación en el Estado de ejecución; y, por último, una cláusula abierta, otros motivos.

3.3 Procedimiento

EL procedimiento de transmisión es semejante al de la transmisión de penas o medidas privativas de libertad, tanto en la cuestión de la no exigibilidad de la doble

¹⁶⁶⁹ Art. 94 LRM.

¹⁶⁷⁰ NISTAL BURÓN, Javier. "La libertad condicional de los penados extranjeros. El cumplimiento en su país de residencia cuando ha sido concedida en España". En: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. nº 48, 2018.

¹⁶⁷¹ Art. 5.2 Decisión Marco 2008/947/JAI; art. 96.1 LRM.

tipificación, como en la de emisión de un modelo de certificado y demás documentación¹⁶⁷².

En este caso se incorpora una especialidad¹⁶⁷³ en cuanto a que se le pregunta al condenado, con carácter previo a la transmisión de la resolución de libertad vigilada, sobre si desea regresar o permanecer en su Estado de residencia, concediéndole a tal efecto un plazo de treinta días. Y para el caso de que la persona condenada manifieste su deseo de cumplir la medida en otro Estado distinto, la autoridad judicial solicitará de la autoridad competente del mismo el consentimiento para la transmisión de la resolución.

La existencia de una condena al pago de una multa o el decomiso, no impide la transmisión¹⁶⁷⁴, pero, aunque nada dice la LRM, es obvio que la existencia de una pena o medida privativa de libertad pendiente de cumplimiento, en tanto no sea transmitida, o una causa penal pendiente de enjuiciamiento, puede impedir la transmisión. E igualmente ocurre en el caso de existir una pena o medida de seguridad de libertad vigilada no transmisible, pues este instrumento no es cauce hábil para sustentar impunidades.

En caso de que las medidas de libertad vigilada sean, por su naturaleza o la duración del período de libertad vigilada, incompatibles con el Derecho del Estado de ejecución, la autoridad competente de dicho Estado podrá adaptarlas a la naturaleza o a la duración del período de libertad vigilada, que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes, si bien tales medidas, una vez adaptadas, deberán corresponder tanto como sea posible a las dictadas en el Estado de emisión¹⁶⁷⁵.

Una vez aceptada la ejecución por el Estado de ejecución, el Estado de emisión deja de tener competencia para la vigilancia de la medida transmitida¹⁶⁷⁶. Dicha competencia volverá a recaer en el Estado de emisión en tres supuestos. El primero cuando no hay acuerdo sobre la adaptación de la medida de libertad vigilada. El segundo cuando el Estado de ejecución no asuma la competencia de revocación de la libertad condicional¹⁶⁷⁷, en cuyo caso esta facultad queda en manos de la autoridad del Estado de emisión, sin perjuicio de la vigilancia de la medida por la autoridad del Estado de ejecución¹⁶⁷⁸. Y, en tercer lugar, cuando la persona condenada se fugue o deje de tener una residencia legal habitual en el Estado de ejecución y en el caso en que se estén llevando a cabo nuevos procesos penales contra el interesado en el Estado de emisión, supuesto en el cual la autoridad competente del Estado de emisión podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de ejecución que le vuelva a transferir la competencia respecto de la vigilancia de las medidas de libertad vigilada¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷² Art. 6 y 10 Decisión Marco 2008/947/JAI

¹⁶⁷³ Art. 98 LRM.

¹⁶⁷⁴ Art. 96.2 LRM.

¹⁶⁷⁵ Art. 9 Decisión Marco 2008/947/JAI.

¹⁶⁷⁶ Art. 7.1 Decisión Marco 2008/947/JAI; art. 99.1 LRM.

¹⁶⁷⁷ Art. 14.1 Decisión Marco 2008/947/JAI.

¹⁶⁷⁸ Art. 14.4 Decisión Marco 2008/947/JAI.

¹⁶⁷⁹ Art. 20 Decisión Marco 2008/947/JAI.

La vigilancia y la ejecución de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas se regirán por el Derecho del Estado de ejecución¹⁶⁸⁰.

En principio, la autoridad del Estado de ejecución tendrá competencia para adoptar cualquier decisión ulterior relacionada con la libertad condicional, en particular en caso de incumplimiento o si la persona condenada comete una nueva infracción penal. Entre tales decisiones ulteriores, especifica la Decisión Marco¹⁶⁸¹, figura, en todo caso la modificación de las obligaciones o instrucciones contenidas en la medida de libertad vigilada o pena sustitutiva, o la modificación de la duración del período de libertad vigilada. Comprende además la revocación de la libertad condicional, salvo que el Estado hubiere formulado una declaración en el sentido de no asumir tal responsabilidad, en cuyo caso la competencia revierte a la autoridad del Estado de emisión en orden a adoptar la decisión oportuna.

¹⁶⁸⁰ Art. 13 Decisión Marco 2008/947/JAI.

¹⁶⁸¹ Art. 14 Decisión Marco 2008/947/JAI.

CAPÍTULO XIV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA

1. CONCLUSIONES

2. PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA

1. CONCLUSIONES

PRIMERA: El Juez de Vigilancia como realización del principio de legalidad

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria nace en la letra de la Ley de 1979 con una esperanzadora vocación de realización del mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado, manifestación del principio de legalidad ejecutiva, instrumento de control de la Administración y mecanismo de salvaguarda de los derechos de los internos.

Es así la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en este aspecto, el precipitado resultante de una larga evolución histórica, cuyas funciones de supervisión de las condiciones de custodia de las personas privadas de libertad ya se atisban, de forma incipiente, desde el siglo V, con el Código Teodosiano, se reciben posteriormente en nuestro Derecho patrio en Las Partidas y se mantienen desde los tiempos de los Reyes Católicos, perpetuándose en la Constitución de Cádiz y a través de una prolija legislación en el siglo XIX, hasta nuestros días.

En paralelo, la preocupación, de profundo sesgo humanista, por la situación de las personas privadas de libertad, está presente en la doctrina, con insignes autores, desde la Edad Moderna a la actualidad.

Pero es en el último tercio del siglo XIX cuando surge la idea de la necesidad de un control judicial en la ejecución de la pena que vaya más allá, cristalizando en la necesidad de un juez especializado que participe activamente en la última fase de su concreción, la individualización penitenciaria.

La consideración de que el Poder Judicial está llamado a jugar un papel en la realización práctica de la pena privativa de libertad, que no solo sea una labor de la Administración, tal proyección, con esta extensión, es algo nuevo, si bien es el alcance de su intervención, el grado de control sobre aquella, el elemento que va a convertirse en el nudo gordiano de la cuestión.

En Derecho Comparado no cabe concluir que haya un modelo único de supervisión de la privación de libertad; y si bien la exigencia de la existencia de órganos de control externo sobre la Administración penitenciaria resulta inequívocamente de la normativa internacional, su carácter jurisdiccional no está presente de manera general. Frente a sistemas normativos en los cuales sí tienen ese carácter -Italia, Francia, Portugal...-, en otros ordenamientos se opta por modelos que adolecen de tal matiz -países escandinavos, Reino Unido, Bélgica...-.

El modelo judicial ofrece, al menos en el plano teórico, unas mayores garantías de independencia, al tiempo que refuerza la idea de que la labor jurisdiccional va más

allá del acto de decir justicia, que la sanción penal es algo más que un concepto teórico, cuya realidad práctica es una cuestión de naturaleza administrativa, ajena a los tribunales, antes bien, éstos tienen mucho que decir en la forma en que se lleva a cabo y en el modo en el que se concreta el contenido aflictivo de aquella.

Las penas no son solo un marco formal fijado por los jueces, sino que su realidad práctica, como despliegan sus efectos en el cumplimiento, debe también quedar sometida a su control en los aspectos esenciales de ella.

SEGUNDA: El Juez de Vigilancia Penitenciaria como Juez de ejecución

La configuración general de las atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria recogida en los arts. 76 y 77 LOGP pueden llevar a pensar que estamos ante un operador jurídico llamado a sustituir al sentenciador en la última fase del proceso penal en orden a hacer realidad los pronunciamientos de la condena en cuanto a las penas privativas de libertad, con una doble proyección: por un lado, sobre la pena misma y, por otro, sobre el control de los aspectos materiales de aquella, colaborando en este último sentido con la Administración, sin llegar a suplantar su posición.

Sin embargo, la primera conclusión no es sino un espejismo, tanto por las interpretaciones jurisprudencial restrictivas de sus competencias, como por los proyectos legislativos de futuro, de modo que su diseño actual se queda a medio camino con relación a las anteriores consideraciones.

No es cierto que el Juez de Vigilancia Penitenciaria haya venido a sustituir al sentenciador una vez éste ha dictado su sentencia y acordado el ingreso del penado, pues este último conserva lo que se ha dado en llamar una competencia externa sobre la condena, que se extiende a aquellas cuestiones que van más allá de la realización de la finalidad resocializadora; y ello frente a la competencia interna que corresponde al Juez de Vigilancia y que tiene por eje aquella meta.

Este planteamiento explica, no sin controversia, que cuestiones como la fijación del límite máximo de cumplimiento o las órdenes de busca y captura, en caso de quebrantamiento de un permiso, queden al margen de la jurisdicción de vigilancia.

Por otro lado, en esa visión interna de la condena, tampoco el papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene plenas atribuciones, pues la Administración sigue estando en posesión de la llave en instituciones o momentos de la ejecución penitenciaria trascendentales, sirva de ejemplo, la progresión al tercer grado, decisión que solo es susceptible de control por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en vía de recurso, a instancias del Ministerio Fiscal, al cual se notifica su concesión. O, dicho de otra forma, el acceso a la semilibertad depende de la decisión administrativa en un primer momento y, rechazado un eventual control de oficio, solo cabe su cuestionamiento en sede judicial a propuesta del Ministerio Público.

Llama la atención, además, con independencia del posicionamiento que se tenga sobre la intervención de la víctima en la fase de ejecución, que a ésta se le da un papel, en ciertos supuestos en la ejecución, en concreto en el cuestionamiento de la exoneración de los periodos de seguridad y concesión de la libertad condicional, mas,

en este otro momento de mayor trascendencia práctica, cual es el acceso al tercer grado, se queda al margen.

Cuando no, y esto es más grave, siendo el modo de cumplir la pena algo esencial a la condena, no una cuestión meramente colateral, que enlaza con un aspecto esencial de la función jurisdiccional, el imperativo de la proclama de ejecutar lo juzgado, sin embargo, la toma de decisión en el momento de definición del concreto grado afflictivo de la sanción es un *aliud* para quien tiene constitucionalmente atribuida tal potestad.

La Administración, imprescindible colaboradora para llevar a cabo los aspectos materiales de la condena, no puede ser la protagonista en las decisiones cruciales que fijan el ser de la pena, sin perjuicio de su posición y protagonismo en las cuestiones accesorias, que no se discute: el juez no es el director del establecimiento penitenciario, ni debe serlo.

Otros ordenamientos lo tienen más claro y su *juez de ejecución* es quien toma las decisiones en los momentos clave, superándose así un mero diseño formal de la función de ejecución, atribución intrínseca al Poder Judicial; sirva de ejemplo las figuras del *Juízo da Execução*, *magistrato di sorveglianza*, los *Tribunais de execução* o el *Juge de l'application des peines*. En estos diseños, el acceso a mayores cotas de autogobierno pasa por decisiones de naturaleza judicial.

Por otro lado, dentro del propio organigrama judicial, tampoco puede difuminarse el desenvolvimiento de la labor de la realización de la pena con su atribución al sentenciador, en referencia a los planteamientos legislativos de futuro que desplazan a él decisiones que entran de lleno en tal plano, véase la concesión de la libertad condicional, competencia que debería necesariamente residenciarse en donde está en la actualidad, en el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Éste último es quien tiene un conocimiento cabal de la evolución del condenado, del aprovechamiento de los programas tratamentales desarrollados por aquel y de los instrumentos intermedios de disfrute de mayores cotas de libertad hasta alcanzar el momento final de la condena.

No deja de ser llamativo que este proyecto que se anuncia, y que en cierta forma ya existe de forma embrionaria, en tanto que se atribuye al sentenciador, unipersonal o colegiado, el conocimiento de los recursos de apelación contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en ciertos casos, cuando no su papel protagonista en la pena de prisión permanente revisable, se aleja mucho de la configuración de una jurisdicción unitaria en materia penitenciaria, al estilo de la italiana, sirva el ejemplo. Ello permite afirmar que la conformación de esta jurisdicción en el ordenamiento español se caracteriza por la fragmentación y ausencia de especialización.

El diseño de la segunda instancia se formula de forma bicéfala; por un lado, las cuestiones regimentales se residencian en la Audiencia del lugar, mientras que las propias de ejecución, en el sentenciador, sea este unipersonal o colegiado, lo que conduce a una seria anomalía en cuanto a la configuración del órgano llamado a resolver los recursos de apelación. Se ha optado, en definitiva, por el rechazo de la existencia de una jurisdicción especializada, no ya en cuanto a la formación de los elementos personales llamados a ejercerla, que no la tienen, sino también en cuanto a la unidad orgánica o funcional que reclamaría la materia que sería su objeto.

Pesa en estas consideraciones claramente la idea de que quien dicta sentencia es quien está más capacitado para la defensa de la condena, formulación compartida en la jurisprudencia¹⁶⁸² y en las leyes¹⁶⁸³, lo cual, aunque no se diga claramente, responde a una potenciación de las finalidades retributivas y preventivo-generales de la pena, consideraciones que son las que más pueden pesar en aquel operador, dado su distanciamiento con relación al cumplimiento de la condena.

No se entiende bien el porqué de la desconfianza de legislador y de los operadores judiciales en la figura judicial objeto de análisis en este trabajo, pues, aunque con un diseño mejorable, es la mayor garantía del correcto desarrollo del principio resocializador proclamado en el art. 25 CE como orientación primordial de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

TERCERA: El Juez de Vigilancia como operador relevante en el régimen penitenciario y en el tratamiento

Dos son los pilares del sistema penitenciario, el régimen y el tratamiento; y en ambos el Juez de Vigilancia Penitenciaria desarrolla su labor.

Comenzando por el tratamiento penitenciario, ya se ha expresado el diseño incompleto de la figura, pues siendo un elemento esencial en el sistema la clasificación, es una cuestión en la cual el Juez de Vigilancia queda la margen y solo interviene, salvo en el caso de la libertad condicional, en un segundo momento, resolviendo los correspondientes recursos.

Se trata ésta de una importante carencia, que afecta además al principio de legalidad ejecutiva, pues se proyecta sobre un aspecto esencial de la pena, el grado afflictivo de ella, que obviamente conecta con el modo de cumplimiento y disfrute de mayores o menores cotas de libertad. Situación que se agrava si se tiene en cuenta la ausencia de unos criterios claros y objetivos a la hora de asignación de las formas de vida, lo que puede llevar a actuaciones que pongan en tela de juicio la debida objetividad y observancia del principio de igualdad.

Hay, por otro lado, importantes momentos en los cuales el Juez de Vigilancia Penitenciaria despliega sus propias atribuciones, caso la aprobación del régimen de

¹⁶⁸² Ya se ha hecho referencia en el texto al claro posicionamiento del Tribunal Supremo al respecto exteriorizado sin ambages en el ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*): “el examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustada a derechos que pretenden eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena”.

¹⁶⁸³ La DA 5ª LOPJ atribuye a los sentenciadores el conocimiento de los recursos de apelación contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución. Por su parte el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020, trastoca el marco competencial actual del Juez de Vigilancia Penitenciaria y devuelve al sentenciador, bajo la forma ahora de Tribunal de Ejecución, las funciones que actualmente tiene aquel otro en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en el abono de prisión preventiva en causa distinta a la cual se generó y en el pronunciamiento sobre la enajenación mental de apreciación sobrevenida, detrayéndole además, en lo puro y estrictamente penitenciario la facultad de concesión de la libertad condicional.

flexibilidad, permisos de salida, salidas programadas del 114 RP y aquellas otras del art. 117 RP, elementos que son manifestaciones del desarrollo de la finalidad resocializadora.

Por lo que a su intervención en el régimen penitenciario se refiere, se trata ésta de una labor que enlaza con su función de garante, instrumento de control de la actuación de la Administración por ello, en materia tales como la supervisión de las restricciones de derechos o revisión del ejercicio de la potestad disciplinaria.

De lo anterior cabe concluir que el Juez de Vigilancia Penitenciaria es un órgano naturaleza jurisdiccional, sin perjuicio que sea discutible el carácter de las funciones por él desempeñadas.

Tal calificación es predicable, sin género de duda, con referencia a sus atribuciones con relación a la ejecución de la condena, pues la pena no solo tiene una dimensión cuantitativa que se fija en la sentencia, antes bien cualitativa que se concreta en la fase penitenciaria, como último momento individualizador de aquella.

Sus atribuciones de garante de los derechos de los internos no cabe considerarlas como de carácter administrativo, pues en todo caso tal labor es propia de la autoridad judicial, esencial a ella en la realización del Estado de Derecho, y, si bien podrían haber sido conferidas a órganos del orden contencioso-administrativo, como en épocas pretéritas, se ha optado por darle mayor eficacia al asignarlas a otros del orden penal.

Incluso las seculares vistas a los centros penitenciarios no serían sino meros instrumentos para desarrollar con mejor y directo conocimiento de la realidad penitenciaria sus competencias, sector especialmente sensible.

Aunque el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuando actúa, lo hace en ejercicio de sus propias atribuciones, no por mera delegación del sentenciador, no lo es menos que en aquellas relativas a la ejecución de la condena tiene un especial sesgo, pues del eventual recurso frente a las decisiones adoptadas en tal campo conoce el sentenciador, que de esta forma se convierte en revisor y defensor de su propio pronunciamiento.

CUARTA: Modelo poliédrico del Juez de Vigilancia Penitenciaria

No puede afirmarse que el modelo de Juez de Vigilancia Penitenciaria recogido en la legislación española, desde el punto de vista competencial, responda a una configuración unívoca, pues en él se aúnan facultades propias de la ejecución y, junto a ellas, otras de supervisión de la forma en la cual se lleva a cabo la privación de libertad, ya en el cumplimiento de las penas de tal calificación, como de las medidas de seguridad de la misma clase.

De este modo, por un lado, la creación de esta figura responde a la exigencia de hacer realidad el principio de legalidad ejecutiva, si bien de forma limitada, adoptando decisiones en momentos decisivos, que afectan a los aspectos sustanciales de la condena, su realidad, caso de la libertad condicional, pues las penas no son solo marcos nominales restrictivos de derechos, antes bien respuestas sancionadoras con un

determinado grado afflictivo, cuya concreción precisa no puede quedar exclusivamente en manos de la Administración Penitenciaria.

Corresponde así al Juez de Vigilancia Penitenciaria la tarea de hacer realidad el principio resocializador, posicionamiento que enlaza con el tratamiento penitenciario, en el cual está llamado a jugar un importantísimo papel a través de los distintos instrumentos que coadyuvan a aquel, las diversas formas de salidas temporales del establecimiento penitenciario en aras al acceso mayores cotas de libertad -véase permisos, salidas programadas- o hacer realidad los correspondientes programas tratamentales -art. 117 o la aplicación del régimen de flexibilidad, art. 100.2 RP-; como, por otro lado, en el sistema de individualización científica, bien de forma indirecta, vía de recurso en las cuestiones clasificatorias, o entrando de lleno en él, la concesión de la libertad condicional, como su última etapa, si bien de diseño y naturaleza hoy en día diferente, como forma se suspensión.

Por otro lado, el Juez de Vigilancia Penitenciaria es el operador encargado de la salvaguarda de los derechos fundamentales y derechos y beneficios penitenciarios de los internos, ya penados, ya preventivos, en línea con los mandatos de la normativa internacional en cuanto a la creación de órganos de control externo sobre la Administración, en este caso de naturaleza jurisdiccional. Corresponde por ello a él la validación de la legalidad y proporcionalidad de las respuestas administrativas en orden al mantenimiento del orden regimental en los centros penitenciarios, no como mero receptor de comunicaciones, antes bien autorizando, a posteriori generalmente, las decisiones tomadas al efecto.

Tal labor se lleva a cabo de forma dual, primeramente, tomando conocimiento de las decisiones restrictivas de derechos adoptadas por la Administración, que han de ser evaluadas por él y homologadas en su caso, lo que supone un auténtico control de oficio, al margen de la voluntad del afectado.

No cabe, no obstante, un control apriorístico de las situaciones de riesgo de quebrantamiento de un derecho, pues presupuesto de la actuación es siempre la realidad de aquel, lo cual, en cierta forma, supone una notable limitación de la eficacia de la respuesta.

De forma más amplia, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria resolver sobre las quejas y peticiones formuladas por las personas privadas de libertad, en tanto afecten a derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios, siempre y cuando se trate de áreas de actuación con respecto a las cuales no se articulan vías específicas de cuestionamiento cuyo conocimiento viene atribuido a otros órdenes jurisdiccionales -traslados, extinción de la relación laboral penitenciaria, reclamaciones patrimoniales...-.

Como complemento de ello, para un mejor conocimiento y comprensión de la poliédrica realidad penitenciaria, se articulan las visitas a los establecimientos penitenciarios, de tan profunda y honda raigambre en nuestro ordenamiento.

QUINTA: Ausencia de criterio a la hora de perfilar las competencias

No puede afirmarse que haya un criterio claro de atribución competencial con relación al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Si bien puede decirse que en su posición confluye, por una parte, un papel de garante de los derechos, ya fundamentales, ya penitenciarios, de las personas privadas de libertad; por otra, realiza una labor de individualización judicial última del contenido de la condena, en la fase de ejecución, en orden a garantizar el principio de legalidad ejecutiva y realizar el principio reinsertador como fin de la pena. Amén de control del ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración.

Pero junto a ello, tiene además atribuciones que poco o nada tienen que ver con lo penitenciario. No se alcanza a saber cuál puede ser la razón o punto de unión que justifica que el Juez de Vigilancia intervenga en el seguimiento del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya única vinculación con lo penitenciario es que el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, órgano integrado en la Administración Penitenciaria, tiene encomendada la labor de llevarla materialmente a la práctica.

Como tampoco, aunque éste es un tema jurisprudencialmente no resuelto, cabe entender que pueda considerarse su intervención en el seguimiento de la libertad vigilada postpenitenciaria cuando no viene precedida de un cumplimiento, esto es cuando se acuerda la suspensión de condena.

Tanto así ocurre con el abono de medidas cautelares derivadas de causa diversa a la cual se pretende su aplicación, cuando no hay una pena privativa de libertad en cumplimiento; o con relación al art. 60 CP, supuesto de enajenación mental de apreciación sobrevenida, cuando estamos ante penas distintas a las privativas de libertad o cuando, siendo de tal naturaleza, esta última no se ha comenzado a cumplir y no media por ello ingreso en centro o establecimiento penitenciario.

Por último, en esa misma situación nos encontramos cuando se aborda la razón de atribuir al Juez de Vigilancia Penitenciaria el seguimiento de la medida de seguridad de custodia familiar, que no es privativa de libertad, ni es subsiguiente al cumplimiento de una pena de tal clase, de lo que deriva que su vinculación con esta figura judicial es inexistente.

QUINTA: Defectuosa delimitación competencial

La delimitación competencial con relación a la propia Administración penitenciaria y los otros órganos jurisdiccionales es profundamente insatisfactoria y continuo foco de conflictos.

Con la Administración, porque no siempre es algo inequívoco cuáles de sus actuaciones son susceptibles de afectar a los derechos, fundamentales o penitenciarios, de los internos cuya salvaguarda es propia del Juez de Vigilancia Penitenciaria y qué otros aspectos de ellas, su control, corresponde a otros órdenes jurisdiccionales.

Claro ejemplo es la asignación del establecimiento penitenciario de destino, cuando no el control de la inclusión en los denominados ficheros FIES o la posibilidad de un control preventivo de actuaciones administrativas en orden a evitar eventuales lesiones de derechos fruto de aquellas.

Con otros órganos jurisdiccionales, especialmente con los sentenciadores, ante la no siempre clara línea delimitadora de sus competencias. En este ámbito los frentes son múltiples, tal y como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, teniendo que ser solventados por la jurisprudencia: pena de trabajos en beneficio de la comunidad o la imposición de aquellos como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria o condición en la suspensión de condena; seguimiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad; fijación del límite máximo de cumplimiento; órdenes de busca y captura en caso de quebrantamiento en los permisos de salida ...-.

Especialmente preocupante es la situación con relación al cumplimiento de la medida de menores de internamiento en régimen cerrado, pues la interpretación de un notable sector de la doctrina y la actuación administrativa y judicial, cuando aquella se cumple conforme a la ley penitenciaria, la transmutan de facto en una auténtica pena, lo cual vulnera el principio de culpabilidad, incurriéndose en un auténtico fraude de etiquetas. En una medida que se define como una restricción de libertad en la cual el lugar de residencia y todas las actividades se desarrollan en el propio centro, resultaría que, en su realidad penitenciaria, de admitirse la progresión al tercer grado o la concesión de libertad condicional, manteniéndose la denominación, desaparecería su contenido.

SEXTA: Ausencia de una auténtica jurisdicción de Vigilancia

El Juez de Vigilancia Penitenciaria, en nuestro ordenamiento, no es un juez de ejecución, de ahí que resulte lógico que ciertas funciones en tal materia le sean ajenas, caso de la fijación del límite máximo de cumplimiento en la acumulación jurídica de penas, pues ello comporta valoraciones que escapan del ámbito penitenciario, amén de ser el fundamento de la institución ajeno a él.

Si bien puede aceptarse el planteamiento jurisprudencial que distingue en la fase de ejecución una competencia interna y otra externa sobre la condena, relativa la primera a la forma de ejecución y la segunda a las restantes cuestiones que van más allá de la realización práctica del principio resocializador, correspondiendo una al Juez de Vigilancia Penitenciaria y otra al sentenciador, sin embargo tal planteamiento no hace sino poner de manifiesto la falta de coherencia en la articulación orgánica y procesal de la función de vigilancia, la ausencia de autonomía jurisdiccional de aquella, de forma que la función interna tuviera un cauce y organización procesal especializada y la externa otro.

La conclusión es que, aunque se afirma un carácter dual del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre la condena, Juez de Vigilancia/órgano sentenciador, sin embargo, luego aquel se difumina, cuando no desaparece, a la hora de la articulación de los mecanismos impugnatorios, pues en ciertos casos ambas directrices confluyen en el sentenciador bajo la excusa de ser él el mejor defensor de la condena. Quizás habría que decir más a las claras del fin retributivo y prevencionista general de ella.

No hay así, a diferencia de otros ordenamientos -Francia o Italia-, una auténtica jurisdicción supervisora de la ejecución en sus aspectos internos, frente a la labor del sentenciador. En nuestro caso, reconociéndose ese carácter dual del momento ejecutivo de la condena, sin embargo, se prescinde de la articulación de un cauce

jurisdiccional con tal carácter; o lo que es lo mismo, no se admite una autonomía organizativa al efecto.

Aunque el momento del cumplimiento de la pena tiene unos principios y fines diversos a los de la imposición de la condena, ello no se traduce en una estructura al margen y distinta de la intervención del sentenciador, antes bien, en nuestro ordenamiento, se le confiere la atribución de resolver los recursos en tal materia.

SÉPTIMA: Escaso nivel normativo de los instrumentos legales

Otra deficiencia del sistema es el relativo al rango de los instrumentos normativos empleados para regular los diversos institutos penitenciarios. Una cosa es desarrollar la ley penitenciaria vía reglamentos, con respeto del principio de jerarquía normativa, y otra bien distinta modificar aquella a través de aquellos, a modo de puerta de atrás.

Con ello se quiere poner de manifiesto que hay elementos penitenciarios novedosos, el principio de flexibilidad uno de ellos (art. 102 RP, 86.4 RP, 182 RP...), que indudablemente tienen una gran versatilidad y proyección en orden a la realización de la finalidad resocializadora, pero, debe ser la ley quien los recoja.

Lo mismo cabe decir de la vigente regulación reglamentaria de la aplicación del régimen cerrado, art. 10 LOGP, que escapa, al homologarla, desde el punto de vista procedimental, a los restantes grados de tratamiento, de un efectivo control judicial, dejando vacua de contenido la previsión del art. 76.2 j) LOGP.

Cuando no el uso de instrumentos sin carácter normativo (circulares e Instrucciones) que lejos de su finalidad, aplicación de las normas, las crean, vulnerando la reglamentación al efecto; sirva de ejemplo la I 6/2020 sobre *Protocolo de ingreso directo en medio abierto*, que crea una auténtica forma nueva de clasificar contraria a la ley, sin observación, ni respeto a las normas reglamentarias elementales aplicables a los sujetos no clasificados, cuya forma de vida es la del régimen ordinario, el cual no es aplicable en un CIS.

Se constata así una serie de carencias del principio de legalidad ejecutiva, ya de por sí devaluado por la calificación de la relación jurídica penitenciaria como relación de sujeción especial. Pero en modo alguno ello justifica ir más allá y prescindir de aquel. Se olvida con ello que se está jugando con el bien más preciado de los ciudadanos después de la vida, la libertad, por mucho que sean sujetos que han incurrido en el delito.

OCTAVA: Labor del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia clasificatoria

El Juez de Vigilancia Penitenciaria cumple importantes funciones en materia clasificatoria.

Así, su intervención en la exoneración de los periodos de seguridad en orden a garantizar el principio resocializador en el cumplimiento de las penas privativas de libertad especialmente graves, aunque de forma limitada, en la medida en que existen supuesto en los cuales no cabe tal facultad.

Los supuestos de no exoneración son un claro ejemplo de la potenciación del principio retributivo y preventivo-general en el momento ejecutivo de la condena e implican un cierto abandono del sistema de individualización científica en aras del sistema progresivo tradicional ligado a la superación de un determinado grado de cumplimiento.

Por otro lado, la elección de unas tipologías como factor delimitador de uso de la potestad de exoneración no deja de ser sino una clara muestra del fuerte arraigo en la política criminal de la doctrina del Derecho Penal del enemigo, sin distinción de ideologías políticas. Claro ejemplo de ello es la vigencia en el tiempo de este instituto, con las sucesivas reformas legislativas aprobadas bajo gobiernos de muy distinto signo. Como culminación de ese proceso, ejemplo presente sería la LO 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*, la cual, sin atreverse a llegar hasta donde pretendía el texto del Proyecto con referencia a los delitos contra la libertad sexual, de forma incipiente contiene la semilla del abandono del principio del consentimiento del penado como presupuesto del tratamiento penitenciario. ¿Dónde queda el respeto al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE?

Si bien es cierto que el diseño actual del cumplimiento de las penas privativas de libertad está dotado de instrumentos de acceso a mayores cotas de libertad, éstos adolecen de unos parámetros claros a considerar a la hora de adoptar las correspondientes decisiones, especialmente en materia de clasificación.

Tal formulación conduce al abuso de conceptos jurídicos indeterminados, términos vacuos de contenido preciso, lo que lleva, en definitiva, no ya a la discrecionalidad, antes bien a la antesala de la arbitrariedad.

La solución, sin embargo, no es el retorno a formas de cumplimiento propias de momentos pasados en los que el elemento sobre el cual pivotaba la toma de decisiones era el grado de cumplimiento. Es obvio que la entidad de la condena es un factor a tener en cuenta en el momento de la asignación de grado, pero no puede ser el factor único.

La solución está en buscar fórmulas que permitan la construcción de un sistema reglado, unos criterios claros y suficientemente dúctiles, para permitir una correcta individualización de la pena en el momento penitenciario, que contemplen lo múltiples factores concomitantes en cada supuesto sujeto a consideración y sirvan para el fin último de aquella, la reintegración del condenado a la sociedad sin delito.

La actual situación, amén de ser una puerta a la injusticia, no garantiza un elemental principio de igualdad y da lugar al favoritismo, en la cual, a situaciones jurídicas similares, pueden darse respuestas dispares en función de finalidades espurias, ajenas a los fines de la pena y carentes de amparo en un Estado de Derecho. No se trata de meras hipótesis, baste ver los pronunciamientos del Tribunal Supremo en el *asunto Procés* que reflejan un uso torticero del sistema por parte de la Administración penitenciaria en orden a desactivar, al margen de los planteamientos y fines penales y penitenciarios, la condena impuesta en tal causa.

NOVENA: Defectuosa regulación de la libertad condicional

La regulación actual de la libertad condicional, tras la reforma operada por LO 1/2015, no deja de ser un despropósito¹⁶⁸⁴. Si bien la elección de modelo, esto es su conformación como forma de suspensión de condena o bien cuarto grado en el sistema progresivo, no pasa de ser una mera opción del legislador, lo que no es de recibo es el ejercicio de la potestad legislativa desde la carencia de la más elemental técnica y rigor en la elaboración de las leyes.

Así, por un lado, tenemos el empleo del lenguaje sin rigor alguno, sin respeto al significado propio y común de las palabras, siendo la mejor muestra de tal proceder la referencia al modo de iniciación del expediente de libertad, art. 90.7 CP, plasmando el precepto una auténtica antinomia: según el legislador, el Juez de Vigilancia Penitenciaria *resolverá de oficio, a petición del penado*. Y no se trata de un tema que hubiera pasado desapercibido en el proceso de elaboración normativa, pues tal crítica se recogía en el Informe del CGPJ, de lo cual no resulta sino la más absoluta desidia en una materia que se debería ser especialmente cuidadoso y actuar con rigor técnico, el Derecho Penal.

Pero no es solo el lenguaje, son los conceptos. La regulación del art. 90 y siguientes lo es a la contra, un auténtico esfuerzo por querer diferenciar la libertad condicional en la pena de prisión, frente al instituto en la pena de prisión permanente revisable; pero en esa pueril batalla lo único que demuestra el artificio de las leyes es que no sabe que penas privativas de libertad no son solo esas dos, antes bien, existen otras en el art. 35 CP, siendo especialmente relevante, por su frecuencia y entidad, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa. Deja así en el aire si cabe la libertad condicional en el cumplimiento de esta pena, o, al modo del CP 1973, se ha optado por excluirla en ciertas sanciones privativas de libertad, lo cual, se ser el propósito, ha de reconocerse, carecería de la más elemental lógica.

El abuso de la técnica de las remisiones es palmario en la nueva regulación; técnica cuyo uso es siempre peligroso, si no se calibra bien el alcance de aquello a lo cual conduce.

Ejemplo del mal uso es la regulación de la revocación de la libertad condicional, pues el art. 90.5 CP remite a los 83, 86 y 87 CP. Surge la duda de si con esa remisión se quiere abarcar lo orgánico, autoridad judicial a la cual se confiere ese poder, Juez de Vigilancia Penitenciaria o juez sentenciador, o solo a los aspectos materiales, causas que dan lugar a aquella. Cuando no el reenvío conduce a supuestos imposibles, como lo es el incumplimiento de las condiciones impuestas al amparo del art. 84 CP, pues éstas no caben en la libertad condicional.

Por otro lado, lo que puede tener sentido en una institución, la suspensión de condenas en orden a evitar el efecto desestructurador de la pena privativa de libertad, puede no tenerlo en otra, la libertad condicional, forma de realización del principio resocializador de aquellas, por mucho ambas figuras sean formas de suspensión. Muestra de ello es el tratamiento que se da a la violencia de género, pues las

¹⁶⁸⁴ Sin que se atisbe propósito de enmienda alguno, basta ver el *Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos* (diciembre 2022), que de forma contumaz reincide en todos y cada uno los defectos de la actual regulación.

prohibiciones de comunicación y aproximación, en esos casos, que conlleva la concesión en la primera, puede dar lugar a convertirse en una aberración jurídica cuando ese efecto se proyecta en la segunda. Individuos que llevan comunicando años con la víctima durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad, ante la ausencia de todo impedimento legal, una vez extinguidas las prohibiciones al efecto, cuando acceden a la libertad condicional, en la letra de la ley, dejarían de hacerlo al tener que imponerse tal restricción.

Y, desde luego, otro ejemplo más de este despropósito en que se convierte la actual regulación de la libertad condicional, la atribución al Juez de Vigilancia de la facultad de revocación de aquella en la pena de prisión permanente revisable, pena con relación a la cual es un operador totalmente ajeno a su concesión y sus vicisitudes.

Por último, se ha desaprovechado la oportunidad de regular, aunque se trate de una figura con un alcance más general que la libertad condicional, la refundición penitenciaria, o con más precisión, el principio de unidad de ejecución. Sigue siendo una mera construcción doctrinal y jurisprudencial, a pesar de ser imprescindible en el entendimiento del sistema penitenciario.

DÉCIMA: Intervención del Juez de Vigilancia en las medidas de seguridad ligadas a la privación de libertad

La intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en las medidas de seguridad solo encuentra sentido en las privativas de libertad y en la libertad vigilada postpenitenciaria.

En las primeras, porque la privación de libertad es el eje y referencia de toda la actuación del Juez de Vigilancia, que enlaza con la esencia de aquel, tanto por lo que se refiere a los aspectos ligados a la ejecución de la condena, como a la posición de garante de los sujetos a ella.

En las segundas, por ser subsiguiente a la pena de prisión, a modo de complemento. Solo debe entenderse como propia de nuestra figura la intervención en esta medida de seguridad cuando ésta viene precedida del cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues es solo en ese caso cuando cobra su verdadero sentido, cuando su intervención en el proceso de concreción y fijación de su preciso alcance se entiende como culminación del proceso resocializador. Propuesta a realizar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria al sentenciador cuyo contenido debe ser fruto del logro o no de los objetivos tratamentales, ajustando los nuevos deberes y obligaciones a ese resultado.

Cuando no media ese paso por prisión, carece de toda lógica que sea el Juez de Vigilancia quien haga propuesta y seguimiento, pues, de haber mediado la suspensión de la condena, es el sentenciador el que tiene el cabal conocimiento al efecto y debe ser él el que directamente fije el contenido de la libertad vigilada.

No hay razón alguna para atribuir el seguimiento de la medida de custodia familiar, de difícil definición en cuanto a su contenido, al Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues es una medida no privativa de libertad, y que, como las restantes de esa clase, no

tienen punto de conexión con este órgano judicial, con sus funciones y causa de su existencia.

DÉCIMO PRIMERA: Intervención dual del Juez de Vigilancia Penitencia en la supervisión de la sanción de aislamiento en celda

En materia disciplinaria, la regulación unitaria que hace el Reglamento Penitenciario de la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la aprobación de la sanción de aislamiento en celda de más de catorce días resulta profundamente inadecuada, olvidando el sentido de la intervención judicial y la naturaleza y alcance de su pronunciamiento.

Así, frente aquellos casos en los que la respuesta sancionadora nace de una unidad de acción, en los cuales ésta supone el aislamiento por tiempo superior a la cifra señalada, la sanción no existe hasta que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se pronuncia, de ahí que el expediente sancionador seguido por la Administración no pase de ser una mera propuesta. Por ello, en él no cabe plantear la opción de recurso en este momento, pues no es un acto definitivo, con lo cual el derecho a impugnar nace ulteriormente, frente a la respuesta judicial, siendo admisible en este caso la doble instancia; o, dicho de otra forma, frente a la decisión del Juez de Vigilancia cabe recurso de apelación con pleno conocimiento por el juez *ad quem* tanto de las cuestiones fácticas, como de los aspectos jurídicos.

En el caso de concurrencia de varias sanciones de aislamiento en celda que, al tiempo de su ejecución, superen la cifra de catorce días, el alcance la aprobación de todas ellas no es el nacimiento de la sanción, antes bien tan solo el control de la regularidad de la ejecución, con lo cual la función judicial tiene ese limitado objeto. Quedan al margen así las cuestiones materiales y jurídicas que se susciten con relación a la imposición de la sanción, para lo cual ya hubo oportunidad de plantearlas en el oportuno recurso frente al acuerdo disciplinario. Se trata esta aprobación de una garantía adicional que tiene causa en la regulación reglamentaria y no en la ley penitenciaria. Contra la decisión del Juez de Vigilancia cabe recurso de apelación, pero no de conocimiento pleno, sino con este limitado objeto ya expuesto.

DÉCIMO SEGUNDA: Juez de Vigilancia como Juez europeo

La atribución al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la competencia en orden a la transmisión de las penas y medidas privativas de libertad en el ámbito de la Unión Europea tiene la ventaja de dotar al sistema de un mayor acercamiento o proximidad con el condenado, lo que, sin duda, facilita la comunicación; por el contrario, trae la consecuencia de la dispersión en cuanto al sentido de los pronunciamientos y la ausencia de una cierta especialización en la materia, lo cual dificulta su realización práctica. No obstante, la superación de las carencias o desventajas puede lograrse, la primera, con la función unificadora la jurisprudencia y, la segunda, con una adecuada formación.

La trasposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI hecha en la LRM, que solo se entiende fruto de la premura del tiempo ante el vencimiento del plazo para ello,

prescinde de una traducción jurídica acorde con la terminología propia de nuestro ordenamiento lo cual conduce a la confusión. El más claro ejemplo de ello es el vocablo *libertad vigilada*, que en nuestro ordenamiento es una medida de seguridad, mientras que en la normativa europea tiene otro alcance. No se ha hecho el esfuerzo necesario para acotar su sentido a partir de las definiciones contenidas en la propia Decisión Marco en orden a evitar la confusión.

Fruto de ello es que resulte difícil saber si penas como la de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando se impone como tal y no como mera condición en la suspensión o forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa, quedan comprendidas en su ámbito, cuando no las medidas de seguridad no privativas de libertad.

Innecesariamente defectuosa es la regulación en cuanto al diseño de la autoridad de emisión en el caso de la transmisión de penas o medidas privativas de libertad, pues, aunque se toma como referencia inicialmente el momento de la ejecución de la condena, sin embargo, la norma contiene una extraña posibilidad de delegación del sentenciador en el Juez de Vigilancia.

No se entiende tampoco por qué el sentenciador no tiene las atribuciones precisas para acordar medidas cautelares.

Como, igualmente, falta un criterio de atribución competencial entre las autoridades de emisión cuando no existe el vínculo de referencia del centro penitenciario, por no estar en ninguno el sujeto de la transmisión, lo que acontece cuando ha quebrantado y huye a otro Estado o cuando es objeto de una entrega temporal a otro Estado.

DÉCIMO TERCERA: Final

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, por su corto recorrido en el tiempo con relación al resto de los operadores judiciales, está aún en un proceso de consolidación, con un futuro un tanto incierto ante los proyectos legislativos que conducen a una fragmentación de su función, que escapan de la especialización funcional del momento ejecutivo, siendo clara la tendencia en orden a dotar a aquel que dictó la sentencia un mayor control sobre el modo en que se cumple.

Resulta así difícil, en el momento actual, vislumbrar si en tiempos venideros el Juez de Vigilancia Penitenciaria será un operador en el cual va a concurrir una doble condición de vigilante y ejecutor o bien nos vamos a encontrar con que su labor tienda a reducirse a esa primera faceta.

2. PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA

PRIMERO: Formación especializada.

Es necesario consagrar en la legislación al Juez de Vigilancia Penitenciaria como un auténtico órgano especializado, servido por jueces especialistas.

Su ámbito competencial propio se encuadra en una rama de ordenamiento penal que, aún en la actualidad, tiene poca presencia en la etapa formativa de los profesionales del Derecho y, especialmente, en este caso, en la Judicatura. Sirva de ejemplo el Temario de Oposiciones le dedica un único tema¹⁶⁸⁵.

Esa formación debería ser multidisciplinar, abarcando tanto un profundo conocimiento del Derecho Penitenciario, como conocimientos de otras materias, especialmente Criminología y Ciencias de la Personalidad.

Al igual que al Juez de Vigilancia Penitenciaria es exigible esos conocimientos, los órganos jurisdiccionales llamados a resolver los recursos frente a las resoluciones de aquellos deberían tener también una formación equivalente, o, al menos, alguno de sus miembros.

Dicho de otra forma, los diversos escalones de la función de vigilancia deberían estar servidos por auténticos especialistas en la materia.

SEGUNDO: Diseño orgánico de la función de vigilancia

En la actualidad nos encontramos con una notoria dispersión en la atribución del conocimiento de los recursos frente a las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, órganos colegiados y unipersonales sentenciadores, por un lado, y Audiencias Provinciales del lugar por otro, según el objeto de la cuestión sometida a consideración: materias que afectan a la ejecución y las restantes.

Es necesario dar una visión unitaria de la jurisdicción de vigilancia, lo cual es solo factible mediante la creación de órganos propios también en la segunda instancia.

Si se quiere una auténtica justicia de calidad, al ser imposible que cuenten con los conocimientos expuestos anteriormente, propios de la especialización, tan ingente número de profesionales como intervienen en la actualidad en el segundo escalón de esta jurisdicción -entre otros, todos los sentenciadores-, sería conveniente centralizar la toma de decisiones en un único órgano colegiado por territorio, cuyos miembros o al menos uno de ellos acreditará ese nivel formativo.

¹⁶⁸⁵ Tema 26, del Bloque de Derecho Penal, del Programa que ha de regir la oposición para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal para 2021, aprobado por Acuerdo de 28 de octubre de 2021, de la Comisión de Selección prevista en el artículo 305 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos y alumnas de la Escuela Judicial, para su posterior acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Juez/a, y plazas de alumnos y alumnas del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de Abogado/a Fiscal.

En consonancia con este planteamiento, el recurso contra la decisión del Juez de Vigilancia en materia de ejecución debería ir también a ese órgano colegiado, con la composición y formación antes expuesta, y no al sentenciador, el cual habitualmente desconoce la materia.

Tras la actual configuración, conocimiento del recurso de apelación por el sentenciador, subyace la idea de que quién dicta la condena es quien mejor va a defender la pena por el impuesta, pues se le presume mejor conocedor de los pormenores del asunto en el cual recayó la sentencia, lo cual es absurdo.

Se confunde en el actual planteamiento el órgano y el elemento personal judicial, porque este último está en constante cambio, con lo cual no siempre el llamado a resolver es quien valoró y tomó la decisión; e incluso en los órganos colegiados, legalmente está previsto que es posible atribuir el conocimiento de tales recursos a una sección, la cual puede ser totalmente ajena al asunto del cual deriva la pena.

En realidad, en la mente del legislador parece estar la idea de que los jueces de vigilancia penitenciaria y los jueces sentenciadores, en abstracto, tienen en mente otros valores, como si fueran entes diversos que, según la plaza que ocupan, cambian sus consideraciones y principios, a modo de ropaje. O que unos se contagian con el medio en el que trabajan y los otros no.

Con esta propuesta no quiere decirse que se desconozca que la condena tiene una dimensión interna, referida al cumplimiento, tanto en aspectos regimentales, como de ejecución, su realidad penitenciaria, y otra externa, que afecta a elementos que se proyectan más allá de ella (liquidaciones, quebrantamientos, acumulaciones jurídicas...); pero con relación a la primera, cabe una conformación funcional unitaria y no dual como la vigente

En definitiva, se trata de construir una auténtica jurisdicción de vigilancia penitenciaria, autónoma con relación al sentenciador, no subordinada a éste, como existe en otros países de nuestro entorno, sirva de ejemplo Italia o Francia.

Dicho de otra forma, desterrar de nuestro ordenamiento cualquier matiz de jurisdicción delegada en el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

TERCERO: Unidad de ejecución

La ley ha de recoger expresamente el principio de unidad de ejecución, el cual responde al principio de unidad de tratamiento, yendo más allá de la actual recepción en el art. 193 RP, pues aquel se refiere no única y exclusivamente a la libertad condicional, antes bien se proyecta sobre multiplicidad de elementos del sistema penitenciario, sirva de ejemplo los permisos ordinarios.

Del propio modo, ha de articularse legalmente un mecanismo, si es que se entiende que no existe, en orden a dejar sin efecto los licenciamientos indebidamente acordados que atentan contra este principio y que obligan a recurrir a la ficción de no haberse dictado en instituciones tales como la libertad condicional o los permisos, sirva de ejemplo.

CUARTO: Competencia sobre los aspectos esenciales de la condena

Para hacer realidad el mandato constitucional del art. 117 CE, el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de tener un papel fundamental a la hora de definir todos aquellos momentos del cumplimiento de la condena que afectan a la esencia de la pena, especialmente en la progresión al tercer grado, la cual, al igual que ocurre con la libertad condicional, debe ser un estado de conformación judicial.

No cabe, como ocurre en la actualidad, que tan trascendental momento de la individualización de la pena quede a merced de la Administración y, en muchos casos, sin la más mínima posibilidad de control judicial al depender éste de la formulación por parte del Ministerio Fiscal del eventual recurso frente a la decisión clasificatoria, inicial o de progresión de grado.

QUINTO: Potenciación del principio de legalidad ejecutiva

Por un elemental respeto al principio de legalidad, el principio de flexibilidad, cuya utilidad es innegable, tiene que ser recogido en la ley penitenciaria y su aplicación sujeta a un control judicial apriorístico.

La actual modalidad clasificatoria del art. 100.2 RP, amén de ser elevada de rango normativo, debe ser definida y perfilada con mayor precisión en orden a dotarla de operatividad y debidas garantías, sin que en ningún caso pueda ser equivalente, en su forma más benévola, a un tercer grado; esa figura, ya existe la fórmula de tercer grado restringido del art. 82.1 RP.

Del mismo modo, con relación a la aplicación del régimen cerrado, es necesario establecerse claramente la necesidad de aprobación judicial, sin perjuicio de la ejecutividad provisional del acuerdo administrativo en los casos de grave alteración regimental, dado el grado de restricción de derechos que implica, lo cual exige dotar su toma de decisión de plenas garantías.

SEXTO: Fijación de criterios precisos de clasificación y motivación

La ley, huyendo de fórmulas genéricas y términos vacuos de contenido, ha de fijar los criterios concretos que perfilan el acceso al tercer grado, sin que aquel descansa, como ocurre en la actualidad en los supuestos de aplicación de los periodos de seguridad, fundamentalmente, en el grado de cumplimiento; lo cual no significa que la entidad de la pena no sea una de las referencias válidas a tener en cuenta.

El sistema de individualización científica sigue siendo operativo, si bien su indefinición actual en cuanto a los criterios de acceso a fórmulas de mayor grado de libertad conlleva el riesgo de arbitrariedad y vulneración del principio de igualdad.

Estos criterios pueden ser múltiples y habrán de ser ponderados para llegar a la decisión sobre la materia analizada. Sin pretender agotar el tema, pues excede la materia propia de este trabajo, entre ellos, los antecedentes penales, evolución en anteriores cumplimientos, comisión de nuevos delitos tras anteriores cumplimientos de

condena, existencia de adicciones y logros en los programas seguidos al efecto, experiencia laboral, programas seguidos en el exterior vinculados con la tipología delictiva, medio social y familiar de retorno, estudio de la personalidad, evolución en programas tratamientos, historial disciplinario, elemento de extranjería, posibilidades de acceso al mundo laboral, etc.

Como garantía adicional, la exigencia de una motivación real y no meramente formal, tal y como acontece en la actualidad, debiendo el órgano administrativo, y en su caso el judicial, analizar y dejar constancia de todos y cada uno de los parámetros considerados y su evaluación en el correspondiente acuerdo.

SÉPTIMO: Nueva delimitación competencial

Ha de despojarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria de competencias que en la actualidad carece de sentido que tenga.

Se trataría de perfilar correctamente las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria tomando referencia lo que le es propio, la pena y medida de seguridad privativa de libertad, que es elemento que debe ser su referencia.

Por ello no tiene sentido privar a este órgano de sus competencias con relación a la libertad condicional a favor del sentenciador, tal y como recoge el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La competencia del Juez de Vigilancia con relación a la aplicación del art. 60 CP debe circunscribirse a la pena de prisión y a la de responsabilidad personal subsidiaria, pero única y exclusivamente cuando estén en cumplimiento. En modo alguno a la pena de prisión permanente revisable, ni a las restantes penas, supuestos en los cuales debe corresponder la decisión al sentenciador.

De igual forma, debe seguir residenciándose en el Juez de Vigilancia Penitenciaria las funciones propias del art. 60 CP cuando concurren multiplicidad de penas de prisión o de responsabilidad personal subsidiaria en cumplimiento, pues volver al sistema anterior a la LO 15/2003, no crea sino disfunciones por exigir la intervención de todos y cada uno de los sentenciadores, lo que además de una mayor dilación temporal en la respuesta, puede dar lugar a pronunciamientos contradictorios.

Es el caso de sus atribuciones en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o en la medida de seguridad de custodia familiar, cuya intervención en ellas tienen difícil explicación, pues nada tienen que ver con la privación de libertad, deben residenciarse en el sentenciador.

OCTAVO: Medidas de seguridad

La intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria debe centrarse en las medidas de seguridad privativas de libertad y en la libertad vigilada postpenitenciaria, en este caso única y exclusivamente cuando es subsiguiente al cumplimiento de la pena privativa de libertad, lo cual excluye su intervención cuando esta última ha sido suspendida.

Ha de regularse con precisión el contenido de las medidas de seguridad privativas de libertad, de las tres existentes, las diversas formas de salidas temporales en ellas, adaptadas a las particularidades de esta respuesta penal y a sus fines terapéuticos, lo que admite un diseño diverso al de la pena privativa de libertad.

La libertad vigilada postpenitenciaria ha de regularse en coherencia con los principios elementales del tratamiento penitenciario, pues la imposición de programas al margen del consentimiento es desconocer la realidad de estos.

Ha de dotarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria de instrumentos para poder desarrollar su función, es especial la figura del agente de la medida.

NOVENO: Rigor técnico en la regulación de la libertad condicional

Ha de procederse a una regulación técnicamente rigurosa del instituto de la libertad condicional en orden a superar los enormes defectos de que adolece en la actualidad.

Aunque sea una cuestión doctrinal de corto recorrido en los efectos prácticos, debe reformarse el art. 72 LOGP, de modo que la libertad condicional deje de figurar como parte del sistema de individualización científica, el cuarto grado, pues tras la LO 1/2015, es un *aliud* con respecto a él.

Deben salvarse los enormes problemas terminológicos introducidos por la LO 1/2015 en ese afán de la reforma de establecer diferencias con la pena de prisión permanente revisable y que le lleva al reduccionismo de entender que pena de prisión y privativa de libertad, con exclusión de la primera citada, es lo mismo, lo cual obviamente no es cierto.

Ha superarse la antinomia presente en la actualidad y establecerse claramente que el correspondiente expediente de libertad condicional puede iniciarse, tanto de oficio, como a instancia del interesado.

En la formulación legislativa, debe prescindirse de las vigentes remisiones a la suspensión de la condena, pues, aunque la libertad condicional sea ahora una forma de suspensión, no quiere decirse que sean figuras que corran paralelas, pues responden a fines distintos, por lo que poco o nada tienen que ver entre sí. La primera evita la desocialización, evitando el ingreso en prisión; la segunda es un instrumento de reinserción en el curso de cumplimiento de una condena.

No es pedir un gran esfuerzo regular de forma autónoma cuestiones tales como la imposición de deberes y obligaciones como contenido de los condicionantes a que se somete la puesta en libertad, ni las específicas causas de revocación del beneficio.

Debe darse una solución lógica y clara a la problemática del plazo de suspensión, que en ningún caso debe llevar a respuestas que sean más gravosas que en la pena de prisión permanente revisable.

Y desde luego, si se entiende que no tienen papel alguno el Juez de Vigilancia en la concesión de la libertad condicional en la pena de prisión permanente revisable,

no debe dársele en su revocación, dado que es un absurdo dar intervención a quien nada sabe de la concesión y evolución.

DÉCIMO: Materia disciplinaria

En el ámbito penitenciario, para evitar las disfunciones y retrasos que implican el seguimiento de procesos penales por hechos de indisciplina que constituyen simultáneamente infracciones penales leves, lo que afecta la inmediatez que exige la respuesta en la actividad penitenciaria, debe optarse en la ley por circunscribir la respuesta al ámbito disciplinario.

Debe elevarse al texto de la ley penitenciaria tanto el control de la ejecutividad inmediata de las sanciones, como el control de las medidas cautelares en tales procedimientos, hoy en día regulados a nivel reglamentario.

Es necesaria la intervención legislativa en la regulación de la sanción de aislamiento en celda, en orden a superar el equívoco creado por el Reglamento Penitenciario, que da tratamiento unitario a situaciones distintas ante la mera constatación de la existencia de sanciones de más de catorce días, sin considerar su origen.

Deben establecerse claramente dos supuestos, en los cuales el pronunciamiento judicial tiene alcance distinto: en un caso, cuando en una unidad de acto, la conducta infractora es merecedora de una sanción de aislamiento superior a catorce días, el pronunciamiento judicial tiene naturaleza constitutiva, de forma que no existe la sanción hasta tal momento; un segundo supuesto, cuando concurren en el momento de ejecución varias sanciones y sumen, en conjunto, más de catorce días de aislamiento en celda, en cuyo caso, como instrumento de mera garantía, al margen de la existencia de la sanción, se da la intervención judicial.

Mientras en el primero la potestad y conocimiento judicial es pleno y se debe proyectar tanto sobre la cuestión fáctica, como jurídica; en el segundo es un control de legalidad de la ejecución, esto es, si no concurren impedimentos jurídicos o médicos para llevarla a efecto, por lo cual no cabe discutir la causa de imposición.

DÉCIMO PRIMERA: Diseño más preciso de los cauces de salvaguarda de los derechos de los internos

Debe recogerse en la ley que son dos los cauces de los cuales disponen los internos para la salvaguarda de sus derechos.

El primero, una vez que por la Administración se adopta un acuerdo restrictivo de derechos, aquel ha de comunicarse al Juez de Vigilancia Penitenciaria, el cual debe pronunciarse homologándolo o bien dejándolo sin efecto. Es frente a tal resolución contra la cual interno puede hacer uso de los recursos, no admitiéndose quejas directamente contra la actuación administrativa, para evitar duplicidades.

Con relación a las peticiones y quejas, debería perfilarse con mayor precisión, tanto su concepto, como el alcance del pronunciamiento judicial.

Así, desde lo procedimental, debería especificarse que las peticiones se refieren a cuestiones en las cuales no media actuación administrativa previa, por ser competencia directa del Juez de Vigilancia; sirva de ejemplo, el abono de la prisión provisional en causa distinta del art. 58.2 CP.

En cuanto a las quejas, lo son con relación a actuaciones de la Administración, por lo que se exige un pronunciamiento previo de aquella.

En ambos casos la materia objeto de controversia es aspectos tratamentales o regimentales en los que se ven afectados los derechos fundamentales o los derechos o beneficios penitenciarios.

Por otra parte, debería puntualizarse que se trata éste de un cauce residual. Esto es, que no toda infracción de las características antes expuestas puede articularse por esta vía, antes bien solo cuando no esté prevista en la ley otra. Sirva de ejemplo, las reclamaciones que impliquen una condena patrimonial, la asignación de centro de cumplimiento o la rectificación de datos, materias éstas que se incardinan en el ámbito de los contencioso-administrativo.

DÉCIMO SEGUNDA: LRM

En materia de transmisión de penas o medidas de seguridad privativas de libertad en el ámbito de la Unión Europea son varias las cuestiones que deberían ser abordadas en una reforma de la LRM.

La ley debería delimitar claramente cuando corresponde la decisión de trasmisión de la pena o medida privativa de libertad al sentenciador y cuando al Juez de Vigilancia Penitenciaria, más allá de la mera referencia al comienzo de la ejecución, dado que la actual redacción de la norma parece dar a entender equívocamente que el primero puede optar, sin causa alguna que lo justifique, en remitir la cuestión al segundo, lo cual pone en tela de juicio el principio del juez ordinario predeterminado en la ley.

Como, del propio modo, se debe establecer un criterio claro para determinar qué Juez de Vigilancia Penitenciaria es territorialmente competente cuando el penado ha quebrantado su condena y está en otro Estado; e igualmente cuando ha sido entregado temporalmente a otro Estado. En estos casos no sirve como punto de conexión la referencia al establecimiento penitenciario, pues no está en él.

En el caso de la pena de prisión permanente revisable, la competencia para la trasmisión debe ser del sentenciador, pues en caso de ser procedente la adaptación, la intervención del Juez de Vigilancia resulta incoherente con su participación en la ejecución de tal respuesta penal, pues es una cuestión que afecta a la esencia de la pena.

Debe la ley puntualizar que no cabe la transmisión de la pena o medida privativa de libertad cuando hay otras penas o medidas de seguridad no susceptibles de transmisión, pues este procedimiento no es una vía para la impunidad.

Para evitar resoluciones contradictorias, debe darse unos parámetros en orden a determinar cuándo procede o no aceptar la adaptación de la condena, no dejándose, como está ahora, a la mera voluntad judicial.

Con relación a la transmisión de lo que se denomina *medidas de libertad vigilada*, debe prescindirse de tan equívoco término, que solo lleva a la confusión; al tiempo que, yendo más allá de la mera cuestión terminológica, debe especificarse qué penas y medidas son susceptibles de transmisión por quedar incardinadas en las definiciones de la Decisión Marco 2008/947/JAI.

El Derecho de la UE debería contemplar el abono de la prisión preventiva en causa distinta en la cual se generó, articulándose en paralelo un sistema de registro de tales situaciones, de forma que permitiera su reconocimiento en los distintos Estados miembros.

DÉCIMO TERCERA: Procedimiento ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria

Es necesario, de una vez por todas, tras más de cuarenta años desde la puesta en funcionamiento de este órgano, que se aborde algo tan elemental como el dictado de una norma procesal.

Dicho procedimiento, respetando los derechos elementales del proceso, tiene que caracterizarse por la celeridad y ausencia de trámites inútiles y reiterativos.

La ley debe recoger los plazos de interposición de los recursos frente a las decisiones administrativas en función de la materia objeto de consideración.

Del propio modo debe discriminarse aquellas materias en las cuales cabe recurso de apelación y aquellas otras en las que el Juez de Vigilancia opera en instancia única. En este sentido, en estas últimas se encuadrarían la disciplinaria, con excepción del supuesto de imposición de la sanción de aislamiento de más de catorce días, dado que es el Juez en este caso quien tiene y ejerce la potestad disciplinaria, y las peticiones y quejas en tanto no afecten a derechos fundamentales, estos es que se refieran a cuestiones propias del régimen o el tratamiento.

Se exceptuaría la materia de permisos, que, por ser instrumentos de preparación para la vida en libertad, lo que les dota de un especial papel, sí tendrían acceso a la segunda instancia.

En aquellas situaciones en que la decisión judicial suponga, de una u otra forma, un acceso a mayores cotas de libertad o autogobierno -véase clasificación en tercer, que en esta propuesta no corresponde a la Administración, o en materia de permisos ordinarios-, para no hacer inoperativo el eventual recurso de apelación, la ejecutividad de tales pronunciamientos debe quedar diferida a la firmeza. Ahora bien, en estos supuestos la tramitación del recurso debe ser absolutamente preferente, en unos excepcionalmente breves tiempos de resolución.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María. "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas". En: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, dir. FARALDO CABANA, Patricia, coords. PUENTE ALBA, Luz María, y BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- ALARCÓN BRAVO, Jesús. "El tratamiento penitenciario". En: *Estudios Penales y Criminológicos*. 1977-1978.
- ALCÁZAR VILADOMIU, Cristina del. "De nuevo con el abono de medidas cautelares heterogéneas: ¿hay vida más allá de la obligación de comparecer *apud acta*? (Comentarios a la Jurisprudencia dictada con posterioridad al acuerdo del pleno no jurisdiccional de 19 de diciembre de 2013)". En: *La Ley Penal*. nº 124, enero-febrero 2017.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: Civitas, 1985.
- "La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho Comparado". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 39, Fasc/Mes 1, 1989.
 - "Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
- ALONSO ROMERO, María Paz. *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.
- ANDRÉS LASO, Antonio. *Nos harán reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen evolución y futuro*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2016.
- "Transición Política y transformación penitenciaria en España". En: *Hitos de la Historia Penitenciaria. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo M., coords. ANDRÉS LASO, Antonio y ORTEGA MATESANZ, Alfonso. Madrid: BOE, 2020.
 - "Principio de flexibilidad y clasificación penitenciaria". En *La necesaria reforma penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Granada: Comares, 2021.
 - *Concordia en las Cortes y violencia en las cárceles: La Transición penitenciaria española*. Madrid: Reus, 2021.
- ANTÓN-MELLÓN, Juan, ÁLVAREZ, Gema, y ROTHSTEIN, Pedro. "Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas". En: *Revista Española de Ciencia Política*. nº 43, 2017.
- ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 1ª Ed. Tomo I. Madrid: s.n., 1949.
- *Derecho Penal*. 2ª ed. Tomo I. Madrid: Akal, 1986.
- ARENA, Doménico. "Instituciones, modalidades y tendencias del sistema de ejecución penal italiano: elementos para su comparación con la experiencia española". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 2, 2000.

- ARMEZÚA ARMEZÚA, Luis Carlos. "La realidad de la Prisión: Precursores españoles del Humanitarismo penitenciario en el Siglo de Oro". En: *Hitos de la Historia Penitenciaria. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coords. ANDRÉS LASO, Antonio y ORTEGA MATESANZ, Alfonso. Madrid: BOE, 2020.
- ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. "Breves consideraciones sobre la asistencia médica forzosa a los internos en los centros penitenciarios". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 11, Nº 2, 2009.
- "Fichero de internos de especial seguimiento (FIES) y régimen cerrado". En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 72, 2010.
 - "Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): Incidencia de la reforma del reglamento penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior". En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 96-97, 2012.
 - "El abono de las comparecencias ante Juzgado o Tribunal en días efectivos de prisión". En: *Diario La Ley*, nº 8285, 2014.
 - "La seguridad en los establecimientos penitenciarios". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
 - "Los permisos penitenciarios de salida en el Código Penal". En: *Diario La Ley*. nº 9065, 2017.
- ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. "La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad". En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº Extraordinario 2, enero 1988.
- "La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad". En: *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº 2 Extraordinario, Octubre, 1989.
 - "El régimen disciplinario. El procedimiento sancionador y medios coercitivos". En: *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria y Bibliografía)*. Madrid: CGPJ, 1993.
- BARAS GONZÁLEZ, Marcos. *El espacio penitenciario europeo*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2012.
- "El régimen penitenciario". En *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- BARBERO SANTOS, Marino, *Política y derecho penal en España*. Madrid: Tucarc Ediciones, 1977.
- BARQUÍN SANZ, Jesús. "De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional". En: *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. dir. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Madrid: Dykinson, 2015.

- BARRIOS FLORES, Luis Fernando. "El empleo de medios coercitivos en prisión (Indicaciones regimental y psiquiátrica)". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. nº 253, 2007.
- BELEZA DOS SANTOS, José. *Nova organização prisional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1947.
- "El Juez de ejecución de las penas en Portugal". En: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. mayo-junio, 1956, nº 122.
 - "Os tribunais de execução das penas em Portugal (Razões determinantes da sua criação-Estrutura-Resultados e sugestões)". En: *Boletim da Faculdade de Direito*. Suplemento XV. Homenagem ao Doutor José Alberto dos Reis. vol. I, Universidade de Coimbra, 1961.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. "El control telemático en el Sistema Penal y el debate de la afectación de derechos fundamentales". En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014.
- BENÍTEZ YEBENES, Rafael. *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria*. Madrid: Dykinson, 2017.
- BERGALLI, Roberto. "Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos Instrumentales entre Administración y Jurisdicción de Vigilancia, (o para dejar de hablar del "sexo de los ángeles" en la cuestión penitenciaria)". En: *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas*. coord. RIVERA BEIRAS, Iñaki. Barcelona: Boch, 1994.
- BERNALDO DE QUIRÓS. Constancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. México D.F.: Imprenta Universitaria, 1953.
- BOAVIDA, Joaquim. "Alguns nós górdios da jurisdição de execução das penas". En: *Julgar*. nº 33, 2017.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- BRITO NOVAIS, Sandro Luis. "Excepción al consentimiento informado en la Ley General Penitenciaria de España y las intervenciones médicas forzosas en huelgas de hambre llevadas a cabo por encarcelados". En: *Revista Jurídica da FA7, Periódico Científico e Cultural do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro*. vol. 4, nº 1, 2007.
- BUENO ARÚS. Francisco. "Novedades en el concepto del tratamiento penitenciario". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 20, Fasc/Mes 1-2, 1967.
- *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia, 1967.
 - "Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario". En: *Estudios Penales y Criminológicos*. nº 2, 1977-1978.

- *Estudios penales y Penitenciarios*. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- “Estudio Preliminar”. En: *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. dir. GARCÍA VALDÉS, Carlos. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1981.
- “Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia”. En *Revista del Poder Judicial*. nº 2, 1986.
- “El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados”. En: *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1987.
- “Las competencias de los Jueces de Vigilancia y el destino de los internos a los establecimientos penitenciarios. (Comentario a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 138/1986, de 7 de noviembre, en el recurso de amparo 673/84)”. En: *Revista del Poder Judicial*. nº 5, marzo, 1987.
- “Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el art. 25.2 de la Constitución española”. En: *X Jornadas de Estudio. Introducción a los Derechos Fundamentales*. vol. II. Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988.
- “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria”. En: *Revista del Poder Judicial. Número especial III: Vigilancia penitenciaria*. Madrid: CGPJ, 1988.
- “Los Beneficios Penitenciarios”. En: *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria y Bibliografía)*. Madrid: CGPJ, 1993.
- “Relaciones entre la prisión y la sociedad”. En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº 7, 1993.
- “Conexión entre la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria y la Jurisdicción de Menores”. En *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2003.
- “Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. nº 252, 2006.

CADALSO, Fernando. *Legislación Penal, Procesal y de Prisiones*. Tomo II, Madrid: Imprenta de J. Góngora Álvarez, 1903.

CÁMARA ARROYO, Sergio. *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Madrid: Ministerios del Interior-Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2011.

CANEPA, Mario y MERLO, Sergio. *Manuale de Diritto Penitenziario*. Milano: Giuffrè, 2010.

CANO MATA, Antonio. “El juez de ejecución de penas”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 176-77, 1967.

- “Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso”. En: *Revista de Administración Pública*, nº 76, 1975.

- “La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de vigilancia”. En: *Revista de Administración Pública*, nº 95, 1981.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. “Comentario al art. 49 CP”. En: *Comentarios al CP. Reforma LO 5/201.*, dir. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y MIR PUIG, Santiago, coord. VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- “Comentario al art. 60 CP”. En: *Comentarios al Código Penal*, dir. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, y MIR PUIG, Santiago, coord. VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- CARMENA CASTRILLO, Manuela. “Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. La eficacia del control jurisdiccional en el cumplimiento de la Legislación penitenciaria”. En: *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*, Madrid: CGPJ, 1993.
- “El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, nº 33, 1995.
- CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale, dettato nella R. Univerità di Pisa*, Parte Generale. 3ª Ed. Lucca: Tipografía Giusti, 1867.
- CARRERAS SERRA, Lluís de. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y medios de comunicación*. Barcelona: Ariel Derecho, 1996.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc. “Configuración general del derecho a comunicar y recibir información veraz: especial referencia a las relaciones entre Poder Judicial y medios de comunicación”. En: *Justicia y medios de comunicación, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, nº 16, 2006.
- CASA, Francesco della. *La magistratura de sorveglianza. Organizzazione, competenze, procedure*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.
- CASALS FERNÁNDEZ, Ángela. *La prisión permanente revisable*. Madrid: BOE, 2019.
- CASTEJÓN, Federico. *La Legislación Penitenciaria Española*. Madrid: Hijos de Reus, 1914.
- CERDÁN DE TALLADA, Thomas. *Visita de la carcel y de los presos*. 1ª ed. Valencia: Impresor Pedro Huete, 1574, Facsímil, Sevilla: Extramuros, 2009.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria”. En: *La Ley Penal*. nº 8, 2004.
- “La clasificación en tercer grado como instrumentos de resocialización”. En: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario, Estudios de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ, nº84, 2005.
 - “Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES”. En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 72, 2010.
 - “Prisión permanente revisable II (art. 36)”. En: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. coords.

- GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
 - “Prisión permanente revisable II (art. 36)”. En: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, coords. GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
 - “Prisión permanente revisable II (art. 36)”. En: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, coords. GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
 - *Derecho Penitenciario*. 4ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
 - *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
 - “Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
 - *Derecho Penitenciario*. 5ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.
- CESANO, José Daniel. “Las expectativas respecto de control jurisdiccional”. En: *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. coords. CESANO, José Daniel, y REVIRIEGO PICÓN, Fernando. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010.
- CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos. “Régimen disciplinario, asistencia de Letrado y medidas coercitivas”. En: *VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: CGPJ, 1994.
- CID MOLINÉ, José. “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (Especial mención a: trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº 12, 2004.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel. “Comentario al art. 25.2”. En: *Comentarios a la Constitución de 1978*. Tomo III. dir. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. Madrid: Cortes Generales/Edersa, 1996.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción. “Cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas en su aplicación práctica”. En: *Revista General de Derecho Penal*. Nº14, 2010.
- CORONA TORRES, Rubén Darío. “La garantía de ejecución penal a cargo del Juez de Vigilancia Penitenciaria 36 años de su existencia en la legislación penal española”. En: *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. vol. 11, diciembre 2015.
- CORROCHANO HERNANDO, Gloria, y ESPARTERO MARTÍNEZ, Paloma. “Intervención con jóvenes en prisión”. En: *Infancia, Juventud y Ley*, nº 4, 2013.

- COYLE, Andrew. *Règles pénitentiaires européennes*. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2006.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. "Lo que Howard vio en España". En: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. nº 1, abril, 1945.
- "La intervención del Juez en la ejecución de la pena". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 6, Fasc/Mes 2, 1953.
 - *La moderna Penología*. Barcelona: Bosch, 1958.
- CUERDA RIEZU, Antonio. "El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales". En: *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: GCPJ, nº 7, 2006.
- "Consideraciones críticas sobre la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la intervención de las comunicaciones de los reclusos". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización". En: *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián. nº 2 Extraordinario, octubre, 1989.
- "El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español". En *Derecho penitenciario. Cuadernos de Derecho Judicial*. nº 33. Madrid: CGPJ, 1995.
 - "Introducción al nuevo Código Penal español: líneas directrices y contenido fundamental". En: *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extraordinario 10, 1997.
- DÍAZ GÓMEZ, Andrés. "Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos". En: *REDUR* 10, diciembre 2012.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "El abono de prisión preventiva". En: *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. dir. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Civitas: Madrid, 2011.
- DIEGO ARIAS, José Luis de. "El derecho a la intimidad de las personas privadas de libertad y el principio celular a la luz de la Jurisprudencia constitucional". En: *Revista de Derecho UNED*. nº 8, 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Deberes y responsabilidad de la Administración Sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11, 2009.
- DOÑATE MARTÍN, Antonio. "Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia". En: *Derecho Penitenciario. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1995.

- DORADO MONTERO, Pedro. "La Administración de Justicia. La educación de la Magistratura". En: *La Administración, Revista Internacional de Administración, Hacienda y Política*. Tomo II, diciembre, 1895.
- *El Derecho protector de los criminales*. Nueva ed. Tomo II. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1916.
- ESPINA RAMOS, Jorge Ángel. "Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la liza de la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado". En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 664, 2005.
- FARALDO CABANA, Patricia. "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales". En: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, dir. FARALDO CABANA, Patricia, coords. PUENTE ALBA, Luz María, y BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- "¿Cuáles son las resoluciones de «libertad vigilada» a efectos del reconocimiento mutuo? Sobre las dificultades de trasposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI al derecho español". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. nº 63, 2019.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. "La libertad vigilada en el derecho penal de adultos". En: *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. dir. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. Civitas: Madrid, 2011.
- FELICIONI, Paola. y VALENTINI, Vico. "Misure alternative alla detenzione carceraria e liberazione anticipata: fisionomia e vicende esecutive". En: *Manuale di Diritto Penitenziario*. Milano: Wolters Kluwer, 2021.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Práctica Forense Penitenciaria*. Madrid: Civitas, 1995.
- "Régimen disciplinario". En: *Derecho Penitenciario II, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2003.
 - "Comentario art. 76". En: *Ley General Penitenciaria. Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina*. Madrid: Colex, 2005.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, y NISTAL BURÓN, Javier. *Derecho Penitenciario*. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2014.
- "El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014.
 - "El sistema de ejecución de condenas en España: el sistema de individualización científica". En: *Estudios Penales y Criminológicos*. vol. XXXV, 2015.

- “En contra de la «cadena perpetua» en España (una vez más). A propósito del populismo político actual”. En: *Diario La Ley*, nº 3304, 2018.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, y MEDINA DÍAZ, Olga. “El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución”. En: *Revista Criminalidad*, nº 58, 2016.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. “El presente de la ejecución penitenciaria. XXV aniversario de la LOGP”. En: *La Reforma Penal a debate*. coords. DIEGO DÍAZ SANTOS, María del Rosario/Fabián Caparrós, Eduardo A./Rodríguez Gómez, Carmen. Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal. Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- FERNÁNDEZ PRADO, Manuela. “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad”. En: *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 10ª ed. 3ª reimp. Madrid: Editorial Trotta, 2018.
- FERRER GARCÍA, Ana María. “El abono de las medidas cautelares sufridas durante el procedimiento en la pena impuesta en sentencia”. En: *Encuentro entre magistrados de secciones penales de la Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal. Cuadernos Digitales de Formación*. nº 47. Madrid: CGPJ, 2015.
- FÉREZ-MANGAS, David, y ANDRÉS-PUEYO, Antonio. “Eficacia predictiva en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios”. En: *La Ley Penal*, nº 134, 2018.
- FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo 2º. 3ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1908.
- FILIPPI, Leonardo, y SPANGHER, Giogo. *Manuale de Diritto Penitenziario*. 3ª ed. Milano: Giuffré, 2011, p. 370; CORVI, Paola. “Procedimento di sorveglianza”. En: *Manuale di Diritto Penitenziario*. Milano: Wolters Kluwer, 2021.
- FREIXA EGEA, Gemma. “Régimen penitenciario/clasificación y art. 75 del Reglamento Penitenciario ¿Es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº14, 2012.
- FUENTES OSORIO, José Luis. “Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP”. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. nº 1, 2011.
- “Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida”. En: *Comentario a la reforma penal del 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel. “Los beneficios penitenciarios y el tratamiento”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 64, 2011.

- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel. "Título III: de las penas". En: *Comentarios al Código Penal Español*. 7ª ed. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, coord. MORALES PRATS, Fermín. Navarra: Aranzadi, 2016.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, y TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La reforma de la ejecución penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- GARCÍA GUERRERO, Julio. "Ética médica y prisión: de la autonomía a la beneficencia (pasando por la no maleficencia). A propósito de un caso". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 8, nº 2, 2006.
- "Aspectos éticos y deontológicos del rechazo al tratamiento médico por el paciente preso". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 10, nº 3, 2008.
 - "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 15, nº 1, 2013.
 - *El consentimiento informado en los pacientes privados de libertad*. Tesis doctoral, dir. Tesis BELLVER CAPELLA, Vicente. Universidad de Valencia, 2013.
- GARCÍA GUERRERO, Julio, y otros. "Autonomía y pacientes reclusos". En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 9, nº 1, 2007.
- GARCÍA MATEOS, Purificación. "Unidades Dependientes: la cárcel sin rejas como alternativa a la crisis de la prisión". En: *EduPsykhé, Revista de Psicología y Psicopedagogía*. vol. 8, 2009.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio. *Las medidas y su ejecución en el sistema de Justicia Penal Juvenil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín. "Los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios". En: *Revista del Poder Judicial*. nº 47, Tercer trimestre, 1997.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Régimen penitenciario de España*. Madrid: UCM/Instituto Universitario de Criminología, 1975.
- *La nueva penología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología Universidad de Madrid, 1977.
 - *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense, 1981.
 - *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Madrid: Civitas, 1982.
 - "Introducción al Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas". En: *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VI-vol. 1º. Madrid: Edersa, 1986.
 - *Temas de Derecho Penal*. Madrid: Universidad Complutense, 1992.
 - "Sobre la libertad condicional dos o tres propuestas de reforma". En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. coord. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Madrid: Tecnos, 2002.

- “Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidades de asumir nuevas competencias”. En: *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2003.
 - “Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de vigilancia en la legislación penitenciaria española”. En: *La Ley Penal*, nº 107, 2014.
 - “«Que cuarenta años no es nada»: Derecho Penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per, y REDONDO ILLESCAS, Santiago. *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- GARRIDO GUZMÁN, Luis. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Edersa, 1983.
- *Estudios Penales y Penitenciarios* Madrid: Edersa, 1988.
 - “Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario español”. En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº Extraordinario 2, octubre 1989.
- GARRO CARRERA, Enara. “Tercer grado y libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo: una mirada desde la libertad ideológica y el derecho a no inculparse. La gestión penitenciaria del final de ETA”. En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 28, 2017.
- GIACALONE, Ezio. “Il soggetti dell’esecuzione penale”. En: *Manuale di Diritto Penitenziario*. Milano: Wolters Kluwer, 2021.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*. Madrid: Universidad Complutense, 1979.
- GOMARIZ I PARRA, Rafael. “Algunas consideraciones sobre las huelgas de hambre y las autolesiones en el ámbito penitenciario”. En: *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. nº 3, 1990.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 10ª ed. Madrid: Edición del autor, 1986.
- GONZALEZ CANO, María Isabel. *La Ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.
- “Perspectiva de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad. Aproximación al proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria”. En: *Revista del Poder Judicial*. nº 49, 1998.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. “El periodo de seguridad”. En: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. dir. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficios de la comunidad*. Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2014.

- GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- GUISASOLA LERMA, Cristina. "Libertad Condicional (arts. 90, 91 Y 92)". En: *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. 2ª ed. dir. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, coords. GÓRRIZ ROYO, Elena, y MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- La libertad condicional. *Nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/2015 CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- HEDHILI-AZEMA, Hinda. "La réforme de l'Administration pénitentiaire Amor de mai 1945". En: *Revue Hypermedia. Histoire de la Justice, des crimes et des peines*. septiembre, 2019.
- HERAS SANTOS, José Luis de las. *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1991.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. "Las consecuencias procesales de la reforma". En: *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015.
- HERZOG-EVANS, Martine. *Droit Pénitentiaire*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2019.
- *Droit de l'exécution des peines*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2022.
- HOWARD, John. *The state of the prisons in England and Wales With Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons*. Section III, Proposed improvements in the structure and management of prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HOYOS SANCHO, Monserrat de. "El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad: análisis normativo". En *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015.
- HUERTA TOCILDO, Susana. "Esa extraña consecuencia del delito: la libertad vigilada". En: *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*. Coord. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y otros. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. "Rearme punitivo en la moderna sociedad del riesgo. Garantismo versus utilitarismo. Los casos paradigmáticos de la lucha frente al terrorismo y la criminalidad organizada". En: *Revista General de Derecho Penal*, nº 17, 2012.
- "Lagunas, contradicciones y deslegitimación del discurso contemporáneo del Derecho Penal preventivo y de la seguridad. Un nuevo ejemplo en el anteproyecto de reforma del CP de 2010". En: *Revista de Derecho Penal*, nº 39, 2013.

- “El control telemático de las penas: experiencias en el Derecho Comparado”. En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014
 - “Perspectivas político criminales de la vigilancia electrónica”. En: *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*. dir. ROCA DE AGAPITO, Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- JAVATO MARTÍN, Antonio María. “La ejecución de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico”. En: *Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El Nuevo Derecho Penal*. Madrid: Editorial Páez, 1929.
- *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- JUANATEY DORADO, Carmen. *Manual de Derecho Penitenciario*. 3ª ed. Madrid: Iustel, 3ª, 2016.
- “El Consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario. Especial referencia a la huelga de hambre”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
- LAGUÍA ARRAZOLA, Alberto. “El juez de aplicación de las penas en Francia”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XII, fasc. II, mayo-agosto, 1959.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena. “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004)”. En: *Derecho Penal del Enemigo*. coords. CANCIO MELIÁ, Manuel/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Madrid: Edisofer, 2006.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “El juez de vigilancia y la Administración penitenciaria”. En: *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- “Prisión provisional y régimen penitenciario”. En: *Prisión Provisional, Detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1997.
- LEAL MEDINA, Julio. “La custodia familiar: pasado, presente y futuro de una medida de seguridad insuficientemente regulada y de difícil encaje en el Derecho penal”. En: *Diario La Ley*. nº 6452, 2006.
- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. “Jóvenes en prisión”. En: *La Ley Penal*. nº 85, 2011.
- “El período de seguridad 10 años después de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. En: *Diario La Ley*. nº 6887, 2013.
 - “La prisión abierta telemática en España”. En: *La Ley Penal*. nº 116, 2015.
- LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. “Régimen disciplinario y recompensas”. En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

- LERMA GALÁN, Jesús de. “El derecho a recibir información veraz en el sistema constitucional. El ejercicio profesional del periodismo como garantía democrática”. En: *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 66, nº 2, 2018.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Recursos contra las decisiones del juez de vigilancia penitenciaria”. En: *Revista del Poder Judicial. Número Especial III: Vigilancia penitenciaria*, nº 3, 1988.
- LÓPEZ MELERO, Monserrat. “El art. 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra, 2013.
- *Los derechos fundamentales de los reclusos*. Madrid: Edisofer, 2015.
- MACRILLÒ, Armando. “La giurisdizione di sorveglianza”. En: *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*. BALDUCCI, Paola y MACRILLÒ, Armando, Milano: Giuffrè, 2020.
- MADRID PÉREZ, Antonio. “Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012”. En: *Revista Crítica Penal y Poder*. nº 6, 2014.
- MAGALDI PATERNOSTRO, María José. “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de la Constitución Española”. En: *Manuales de Formación Continuada*. Madrid: CGPJ, nº 12, 2000.
- MALHERBE, Jean. *Le Juge de L'application des peines*. Paris: Sirey, 1960.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La problemática del Juez de Vigilancia”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 232-235, 1981.
- “Relaciones entre la Administración penitenciaria y los jueces de vigilancia”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984.
- “El Juez de Vigilancia”. En: *Lecciones de Derecho Penitenciario*. nº 5, Universidad de Alcalá, 1985.
- “Naturaleza de la Jurisdicción de Vigilancia: Aspectos procesales y administrativos”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra 1, 1989.
- “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso *Parot*”. En: *Diario La Ley*. nº 6443, 2006.
- “Los beneficios penitenciarios de los terroristas” (El comunicado de los presos de ETA)”. En: *Diario La Ley*. nº 8227, 2014.
- “El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas”. En: *Diario La Ley*. nº 8293, 2014.
- MANZINI, Vincenzo. *Diritto Processuale Penale Italiano secondo il nuovo codice*. vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona: Bosch, 1983.

- “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”. En: *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, nº 2 Extraordinario, octubre, 1989.
- “La judicialización Penitenciaria. Un proceso inconcluso”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1995.
- “Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 8, 2006.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª ed. Navarra: Civitas, 2011.
- “Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MARCO FRANCIA, María del Pilar. *La medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables. Su implementación práctica a través de 30 casos*. Madrid: Reus, 2021.

MARCOS MADRUGA, Florencio de. “El Centro de Educación Especial del CP Segovia”. En: *La participación del Juez de Vigilancia en la ejecución penal, Cuadernos Digitales de Formación*. vol. 52. Madrid: CGPJ, 2009.

- “En torno a la interpretación del artículo 58 del Código Penal. Unas consideraciones a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril”. En: *Diario La Ley*. nº 7119, 2009.
- “De las medidas de seguridad”. En *Comentarios al Código Penal*. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- “Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión”. En: *Diario La Ley*. nº 7410, 2010.
- “Las nuevas tecnologías en los centros penitenciarios y sus implicaciones jurídicas”. En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014.
- “Artículo 6”. En: *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015.
- “Artículo 36”. En: *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015.
- “Artículo 90”. En: *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015.
- “Artículo 92”. En: *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. dir. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Navarra: Aranzadi, 2015.

- "El Juez de Vigilancia Penitenciaria". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

- "Los retos de la prisión cara al siglo XXI. En: *Un sistema de sanciones penales para el Siglo XXI*". dir. ROCA DE AGAPITO, Luis. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

- "Especialidades penitenciarias en penas de prisión por delitos de terrorismo. Políticas de concentración y dispersión. reinserción y arraigo". En: *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 57, junio 2022.

MARQUES JR., Gessé. "A Lei de Execuções Penais e os limites da interpretação jurídica". En: *Revista de Sociologia e Política*. vol. 17, nº 33.

MARTÍN CANIVELL, Joaquín. "Del Juez de Vigilancia (I). Atribuciones". En: *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VI-vol. 2º. Madrid: Edersa, 1986.

MARTÍN DIZ, Fernando. "Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria: ¿Urgencia, necesidad o idoneidad?". En: *Diario La Ley*. nº 5668, 2002.

- *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Granada: Comares, 2002.

MARTÍN SOLBES, Víctor Manuel. "Estudio socioeducativo de los jóvenes internados en las prisiones andaluzas". En: *Revista Española de Investigación criminológica*, Nº 6, 2008.

- "Los jóvenes internados en prisiones andaluzas. Sus actitudes ante los procesos de reeducación". En: *Revista Interuniversitaria de Pedagogía Social*. nº 16, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La suspensión y la intervención de las comunicaciones del preso*. Madrid: Tecnos, 2000.

MATA TIERZ, José María. "Intervención judicial en el cumplimiento de las penas privativas de libertad". En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 659, 15 de abril, 1965.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. "Infracciones penales y administrativas por el uso no autorizado de denominaciones de origen: el principio *non bis in idem*". En: *Diario La Ley*. nº 6856, 2008.

- "El principio de legalidad en el ámbito penitenciario". En: *Derecho Penal y Criminología*. vol. XXXII, nº 93, 2011.

- "La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX". En: *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*. nº 5, 2012.

- "La pena y su ejecución en el correccionalismo español". En: *Libro homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal Humanista*. vol. II. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Madrid: BOE, 2021.

- "Aproximación a Jovellanos penalista: Magistrado, Hospicios, Prevención de la delincuencia y su influencia en la Constitución de 1812". En: *Estudios Penales*

en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 2013.

- "Clasificación penitenciaria y régimen abierto". En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

- "La privación penal de libertad en la Constitución de 1812. La cárcel en los debates y en la norma fundamental de Cádiz". En: *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

- *Fundamentos del Sistema Penitenciario*, Madrid: Tecnos, 2016.

- "Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad". En: *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II. coord. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Navarra: Aranzadi, 2018.

- "La pena y su ejecución: la integración del Derecho Penitenciario en el sistema penal". En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol.145, año 26, São Paulo, julio, 2018.

- "Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

- "Apuntes sobre la esperada reforma penitenciaria". En: *Diario La Ley*, nº 9516, 2019.

- "De la Ley a la Ley, del Reglamento a la Ley: La reforma penitenciaria en el cambio de régimen". En: *Hitos de la Historia Penitenciaria. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coords. ANDRÉS LASO, Antonio y ORTEGA MATESANZ, Alfonso. Madrid: BOE, 2020.

- *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

- "¿Crímenes de cuello blanco y ejecución penitenciaria de guante blanco? El acceso directo al medio abierto como respuesta penal a la delincuencia económica en la Instrucción 6/2020". En: *Reinserción y prisión*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021.

- "La protección de la salud mental en los centros penitenciarios". En: *Reinserción y Prisión*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021.

- "Tercer grado. ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?, ¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro penitenciario". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXXV, 2022.

- "La pena y su ejecución en Dorado Montero". En: *Liber amicorum. Derechos Humanos y Derecho Penal. Libro Homenaje al Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Tomo II, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2022

- MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, y ANDRÉS LASO, Antonio. “La libertad vigilada postpenitenciaria y su aplicación”. En: *Guía práctica de Derecho penitenciario*. dir. LEÓN ALAPONT, José. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022.
- MAZA MARTÍN, José María. “La necesaria reforma del Código Penal en materia de medidas de seguridad”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 2006.
- MERINERO MARTÍN, María Jesús. “*La Audiencia de Extremadura y el Sistema Penitenciario (1820-1868)*”. Mérida: Asamblea de Extremadura, 1990.
- MESTRE DELGADO, Esteban. “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la Legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”. En: *La Ley Penal*. nº 127, julio-agosto 2017.
- “Traslados, desplazamientos y conducciones de presos”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
- MIR PUIG, Carlos. *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 4ª ed. Barcelona: Atelier, 2018.
- MIR PUIG, Santiago. “¿Qué queda en pie de la resocialización?”. En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº Extraordinario 2, octubre 1989.
- *El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
 - *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2008.
- MOLINA GIMENO, Francisco Javier. “El período de seguridad: individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de penas graves”. En: *Diario La Ley*. nº 6966, 2008.
- MONTES REYES, Amalia. “Administración y Jurisdicción en la ejecución de penas”. En: *Revista de Derecho procesal Iberoamericano*. núm. 1, 1982.
- MONTERO HERNANZ, Tomás. “A modo de prólogo: unas notas sobre la reinserción y el tratamiento penitenciario”. En: *Reinserción y Prisión*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther. “Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas”. En: *La Ley Penal*. nº 115, 2015.
- “La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español”. En: *Revista de estudios socioeducativos (RESED)*. nº 7, 2019.
- MORAL GARCÍA, Antonio del. “La última expansión de las competencias de los Jueces de Vigilancia penitenciaria (Ley Orgánica 15/2003 de modificación del Código Penal)”. En: *Jueces para la democracia*. nº 58, 2007.
- “Incidencia de la reforma penal de 2003 en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria (abono de prisión preventiva; trastorno mental sobrevenido)”. En:

Derecho penitenciario: ejecución de las penas y control de la actividad penitenciaria, Cuadernos Digitales de Formación. nº 33. Madrid: CGPJ, 2008.

- “Recursos frente a las resoluciones de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria”. En: *Guía práctica de Derecho penitenciario.* dir. LEÓN ALAPONT, José. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022,

MORERA VICENTE, Enrique De la. “Sobre la intervención del juez en el cumplimiento de las penas privativas de libertad”. En: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios.* año X, nº 107, febrero, 1954.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Algunas precisiones sobre el Régimen penitenciario”. En: *II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarra. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.* San Sebastián, nº 2 Extraordinario, octubre, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* 9ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. *Suspensión y modificación de la condena penal.* Barcelona: José María Bosch Editor, 2002.

- “El papel del juez de vigilancia penitenciaria en materia disciplinaria. Necesidad de reformar el régimen de recursos contra acuerdos disciplinarios sancionadores”. En: *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos.* coord. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, y SANDE MAYO, María Jesús. Madrid: La Ley, 2012.

NIETO GARCÍA, Ángel Juan. “Novedoso criterio judicial relativo al cumplimiento de sanciones penitenciarias. Comentarios al auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 5ª, de 15/02/2019”. En: *Diario La Ley,* nº 3529, 2019.

NISTAL BURÓN, Javier. “El cumplimiento en un centro penitenciario de adultos de las medidas de internamiento previstas en el Ley Orgánica 2/2000, de 12 de enero, regulador de la responsabilidad penal de los menores: problemática jurídica”. En: *Boletín del Ministerio de Justicia.* año 58, nº 1958, 2004.

- “El cumplimiento en Centros penitenciarios de la medida de internamiento impuesta a los menores infractores al alcanzar la mayoría de edad. Problemática jurídica (A propósito del nuevo art. 14 introducido por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)”. En: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales). nº 1, 2007.

- “El principio constitucional de seguridad jurídica. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi.* nº 743, 2007.

- “Las nuevas tecnologías al servicio de la ejecución penal. Su implantación en el Ordenamiento jurídico español”. En: *Sistema Penitenciario y nuevas Tecnologías.* dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Valladolid: Lex Artis, 2014.

- “El reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. El cumplimiento en España de penas privativas de libertad impuestas en otros estados miembros de la Unión Europea”. En: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 114, 2015.
- “La libertad condicional de los penados extranjeros. El cumplimiento en su país de residencia cuando ha sido concedida en España”. En: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. nº 48, 2018.
- “La libertad vigilada post-penitenciaria. De la teoría de su imposición a la práctica de su cumplimiento”. En: *La Ley Penal*. nº 142, 2020.
- “La libertad vigilada post-penitenciaria impuesta en España como complementaria de la pena de prisión. su transmisión a otro estado de la Unión Europea”. En *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 54, 2020.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario. *Derecho Penal de Menores*. 4ª ed. Barcelona: Bosch, 2007.

ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis. “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”. En: *Diario La Ley*, nº 8652, 2015.

ORTEGA MATESANZ, Alfonso. “Trastornos mentales apreciados durante la ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena por la vía del art. 60 CP”. En: *Salud mental y privación de libertad*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel, coord. MONTERO HERNANZ, Tomás. Barcelona: Bosch, 2021.

- *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*. Madrid: Reus, 2022.
- *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*. Madrid: Reus, 2022.
- “El cumplimiento íntegro de las penas privativas de libertad acumuladas jurídicamente en el medio carcelario: el artículo 78 del Código Penal español”. En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 38, 2022.

PANDO ECHEVARRÍA, Ignacio. “Resoluciones de Libertad Vigilada”. En: *La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo. Cuadernos Digitales de Formación*. Madrid: CGPJ. nº 19, 2015.

PAVARINI, Massimo/MOSCONI, Giuseppe. “Discrecionalidad del poder penitenciario; la flexibilidad de la pena en la fase ejecutiva en la actividad de los Tribunales de Vigilancia”. En: *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales*. nº 11-12, 1998.

PHARR, Clyde, SHERRER DAVIDSON, Theresa, BROWN PHARR, Mary, y DICKERMAN WILLIAMS, Charles. *The Theodosian Code and Novels and The Sirmundian Constitutions. A translation with commentary, glossary, and bibliography*. New Jersey: Princeton University Press, 1952.

PEITEADO MARISCAL, Pilar. *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*. Madrid: Edersa, 2000.

- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. "El control de la actividad penitenciaria. El Juez de Vigilancia Penitenciaria". En: *Manual de Derecho Penitenciario*. coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2001.
- PÉREZ MARCOS, Regina María. "Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario". En: *Anuario de Historia del Derecho Español*. nº 75.
- PINATEL, Jean. "Chronique pénitentiaire". En : *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*. 1946.
- PINTO DE ALBURQUERQUE, Paulo. *Direito Prisional Português e Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PLAWSKI, Stanislaw. "Le control judiciaire de l'application des peines en droit comparé". En : *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*. vol. 25, nº 2, abril-junio, 1973.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Curso de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- "Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 165, abril-junio, 1964.
 - *Comentarios al Código Penal*. ed. 2ª. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Sistemas penitenciarios y estructuras del sistema". En: *Diario El País*, 13 de octubre de 1979.
- RACIONERO CARMONA, Francisco. "El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un afán. Minorías y Prisión". En: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. nº Extraordinario 12, diciembre, 1998.
- *Derecho Penitenciario y privación de Libertad. Una perspectiva jurídica*. Madrid: Dykinson, 1999.
- RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Madrid: Dykinson, 2013.
- RENART GARCÍA, Felipe. "El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario". En: *Diario La Ley*, nº 5476, 2002.
- *El régimen disciplinario penitenciario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*. San Vicente del Raspeig: Publicaciones Universidad de Alicante, 2002.
 - *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*. Madrid: Edisofer, 2003.
 - "Los permisos de salida en el derecho comparado". Madrid: Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2010.
 - "La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de Reforma del Código Penal". En: *Revista de Estudios Penitenciarios*. nº extra 2, 2013, (Ejemplar dedicado a: *in memoriam* del Profesor Francisco Bueno Arús).

- “Del olvido a la sacralización. La intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena (Análisis del art. 13 de la Ley 41/2014, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, a la luz de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal)”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 17-14, 2015.
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando. “Los derechos de los reclusos”. En: *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed. coord. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- RIOS MARTÍN, Julián Carlos. “La protección jurídica de los derechos de las personas privadas de libertad”. En: *Estudios Jurídicos*, 2005.
- *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. San Sebastián-Donostia: Tercera Prensa, 2013.
- RÖDER, Carlos David Augusto. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*. Valladolid: Maxtor, (facsimil de la Edición de 1876), 2002.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada”. En: *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015.
- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel. “Comentario art. 59 CP”. En *Código Penal Concordado y comentado con jurisprudencia*. 6ª ed. Madrid: Wolker Kluwer, 2017.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “El modelo penitenciario español frente al terrorismo”. En: *La Ley Penal Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 65, 2009.
- *El Sistema Penitenciario español ante el siglo XXI*. Madrid: Iustel, 2013.
 - “Beneficios penitenciarios y violencia de género: a vueltas con la concesión del indulto particular”. En: *Diario La Ley*, nº 9075, 2017.
 - *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
 - “¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? a propósito del `procés` catalán”. En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 29, 2018.
 - “Cuando los centros penitenciarios se convierten en hospitales, psiquiátricos y asilos: aspectos regimentales y tratamentales de la gestión de la enfermedad y la ancianidad en prisión”. En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 32, 2019.
 - “La trilogía del Tribunal de Justicia de la UE sobre la Euroorden y condiciones de detención contrarias a la dignidad: en busca de la confianza mutua perdida”. En: *Revista Penal*. nº 45, 2020.

- "Covid-19 y prisiones: un desafío no solo sanitario y de seguridad, también humanitario". En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 33, 2020.
 - *La pena de prisión en medio abierto: un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*. Madrid: Reus, 2021.
 - "El derecho al cumplimiento de la pena en un lugar estable próximo al domicilio". En: *Revista General de Derecho Penal*. nº 37, 2022.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la. *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2015.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel. "Dos penas controvertidas en el Código Penal español: problemas dogmáticos sobre la regulación y aplicación de las penas de localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad. Posibles soluciones." En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época, nº 17, 2017.
- RUIZ VADILLO, Enrique. "Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad". En: *Estudios penales y criminológicos*. nº 2, 1977-1978.
- "La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979.
 - "Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución". En: *Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid: Centro de Publicaciones de Ministerio de Justicia, 1988.
- SÁEZ MALCEÑIDO, Emilio. "Le daban permisos por buena conducta: comentarios a la STS 124/2019, de 8 de marzo, sobre unificación de doctrina penitenciaria". En: *Diario La Ley*, nº 9444, 2019.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios*. Madrid: Cortes Generales, 1980.
- SALAT PAISAL, Marc. "Libertad condicional". En: *Comentario a la reforma penal del 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015.
- "Análisis del instituto de la libertad condicional en la Reforma del Código Penal de 1995". En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. nº 19, 2015.
- SALILLAS, Rafael. *La vida penal en España*. (facsimil de la edición de 1888). Pamplona: Analecta Editorial, 1998.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. "Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: crónica del espejismo de un conflicto que era de calidad de la ley". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 32, nº 95, 2012.
- SANDOVAL, Bernardino de. *Tractado del cuydado que se deve tener de los presos pobres*. Toledo: en casa de Miguel Ferrer, 1564.
- SANZ DELGADO, Enrique. "Las viejas cárceles. Evolución de las garantías regimentales". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 56., Fasc/Mes 1, 2003.

- *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid: Edisofer, 2003.
- “Los Beneficios penitenciarios”. En: *La Ley Penal*. nº 8, 2004.
- “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al Siglo XIX?”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª Época, n.º extraordinario 2, 2004.
- *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*. Madrid: DGIP, 2007.
- “El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad”. En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. coord. GARCÍA VALDÉS, Carlos, VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, CUERDA RIEZU, Antonio Rafael, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. vol. 2, Madrid: Edisofer, 2008.
- “De la disciplina a la seguridad integral: Los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, nº 1, 2019.

SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Valladolid: Lex Nova, Valladolid, 2003.

- “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”. En: *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. coords. BUENO ARÚS, Francisco, GUZMÁN DALBORA, José Luis, SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Madrid: Dykinson, 2006.
- “El tratamiento del delincuente habitual”. En: *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral y SANZ MORÁN, Ángel José. Valladolid: Lex Nova, 2008.
- “El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo”. En: *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. coords. ARANGÜENA FANEGO, Coral/HOYOS SANCHO, Monserrat de/RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. Navarra: Aranzadi, 2015.
- “De nuevo sobre el monismo o dualismo en el derecho penal”. En: *Represión penal y estado de derecho: Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*. coord. MORALES PRATS y otros. Navarra: Aranzadi, 2018.
- “Una consecuencia jurídica no tan extraña: La libertad vigilada”. En: *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*. coord. MERCEDES PÉREZ, Mercedes. UCM: Madrid, 2020.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. “Comentario al art. 25 de la Constitución”. En: *Comentarios a la Constitución*. 3ª ed. dir. GARRIDO FALLA, Fernando. Madrid: Civitas, 2001.

SIERRA LÓPEZ, María del Valle. *La medida de libertad Vigilada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

- SILVELA, Luis. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la Legislación vigente en España*. Madrid: Imprenta de T. Fortanet, 1874.
- SIMÕES ESCUDEIRO, María João. “Execução das penas e medidas privativas da liberdade: análise evolutiva e comparativa”. En: *Revista da Ordem dos Advogados*. año 71, nº 2, 2011.
- SLIWOWSKI, Georges. *Les pouvoirs du juge dan l'execution des peines et des mesures de securité privatives de liberté*. Nancy : Université de Nancy, 1939.
- SOLAR CALVO, María del Puerto. “Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario”. En: *Diario La Ley*. nº 7238, 2009.
- “Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma”. En: *Diario la Ley*. nº 7440, 2010.
 - “Tratamiento penitenciario: aciertos y desaciertos de su concreción normativa”. En: *Diario La Ley*. nº 8818, 2016.
 - “La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP nº 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016”. En: *Diario La Ley*. nº 8873, 2016.
 - “El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una interpretación amplia y posibilista”. En: *Diario La Ley*. nº 698, 2017.
 - “Fichero FIES y LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales. Una oportunidad para su legalización”. En: *Diario La Ley*. nº 9365, 2019.
 - *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*. Madrid: BOE, 2019.
 - “El indulto penitenciario. Una perspectiva práctica”. En: *Guía práctica de Derecho penitenciario*. dir. LEÓN ALAPONT, José. Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2022.
- SOUZA DE MATHIS, Ana Victoria de Paula. “Agravio em execução”. En: *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. Tomo Processo Penal. 1ª ed. Agosto, 2020.
- SOUZA NUCCI, Guilherme de. *Curso de Execução Penal*. Río de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- SUÁREZ TASCÓN, José. “El trabajo penitenciario”. En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- TALAVERA, Pedro. “La objeción de conciencia sanitaria en el ámbito penitenciario”. En: *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*. vol. 12, nº 1, 2010.
- TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco. *Curso de Derecho Penitenciario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- “La prisión permanente revisable”. En: *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Navarra: Aranzadi, 2015.

- TAPIA BALLESTEROS, Patricia. "Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española". En: *Política Criminal*. vol. 8, nº 16, 2013.
- TARTAGLIONE, Girolamo. "Le funzioni del Giudice di Sorveglianza". En: *Rassegna penitenziaria e criminologica*. nº speciale 1-3, 1990.
- TÉBAR VILCHES, Beatriz. "El modelo de libertad condicional español". En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. nº Extra15, 2006.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel. "El régimen disciplinario penitenciario". En: *La Ley Penal*. nº 8, 2004.
- "La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria". En: *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. nº 22, Madrid: CGPJ, 2006.
 - Las nuevas Reglas penitenciarias del Consejo de Europa (Una lectura desde la experiencia española). Madrid: Edisofer, 2006.
 - "El control jurisdiccional en el Derecho Penitenciario español". En: *Congrés Penitenciarí Internacional: La funció social de la política penitenciària*. Barcelona, 2006.
 - "Ley Penitenciaria y Tribunal Constitucional (un estudio sobre la doctrina constitucional en materia penitenciaria)". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019.
- TERUEL CARRALERO, Domingo. "Clínicas Criminológicas y Jueces de ejecución de penas". En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Separata, Madrid, 1963.
- "El juez de ejecución de penas en Francia". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 20, Fasc/Mes 1-2, 1967.
- TOMÁS-VALIENTE-LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Madrid: BOE, 1999.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio. "Recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria". En: *Revista Universitaria de Derecho Procesal*. nº 1, 1988.
- TORRES ROSELL, Núria. *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Reformas legales y problemas de aplicación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- TORRES ROSELL, Núria, LUQUE REINA, María Eulàlia, RODRÍGUEZ PUERTA, María José, VILLACAMPA ESTIARTE Carolina, y MORÓN LERMA, Esther. "La utilización de los sistemas de control electrónico monitorado en la población penada de Catalunya". En: *Invesbreu Criminologia* nº 43, 2008.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. "El valor constitucional del mandato de resocialización". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 63, 2001.
- VAN ZYL SMIT, Dirk., y SNACKEN, Sonja. *Principios de Derecho y política penitenciaria europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. “La observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medidas de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios”. En: *Diario La Ley*, nº 7121, 2009.
- “Registros y cacheos en el ámbito penitenciario”. En: *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 22, 2009.
 - “Relaciones del interno con el mundo exterior”. En: *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. dir. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
 - “La Ley Orgánica General Penitenciaria 40 años después”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXXII, 2019, p. 128.
 - “El derecho fundamental a la libertad de expresión en el ámbito penitenciario”. En: *La necesaria reforma penitenciaria*, dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Granada: Comares, 2021.
- VIGO MILANEZ, Bruno Augusto. “Autonomia e jurisdicionalização da execução penal o direito europeu continental”. En: *Revista Justiça e Sistema Criminal*. vol. 9, nº 17, 2017.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 9, 2007.
- VON HENTIG, Hans. *La Pena II. Las formas modernas de aparición*. Madrid: Espasa-Calpe, 1968.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid: Reus, 1926.
- YUSTE CASTEJÓN, Ángel. “Artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario: instrumento o coartada”. En: *Diario La Ley*. nº 9610, 2020.
- “Artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario: instrumento o coartada”. En: *Diario La Ley*. nº 9610, 2020.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época. nº 1. 2009.
- “La individualización judicial de la pena (una misión imposible)”. En: *La necesaria reforma penitenciaria*. dir. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Granada: Comares, 2021.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “El tratamiento Penitenciario”. En: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Tomo VI, Derecho Penitenciario, coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Madrid: Iustel, 2010.

DOCUMENTOS WEB

Departamento Justicia. Servicios Penitenciarios. Generalitat de Catalunya. Circulares

http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/serveis_penitenciaris/instruccions_i_circulars/circulars/ [Consulta, 10/06/2020].

DERASSE, Nicolas. *Les Congrès pénitentiaires internationaux*, École nationale d'administration pénitentiaire.

https://www.enap.justice.fr/sites/default/files/histoire_parours12_congres_articled_nicolas_derasse.pdf [Consulta 23/02/2021].

El Confidencial

https://www.elconfidencial.com/espana/2017-11-16/belgica-pregunta-el-tamano-de-la-celda-de-puigdemont-y-si-tendra-comida_1478938/ [Consulta 6/09/2019].

Europa Press

<https://www.europapress.es/internacional/noticia-consejo-europa-denuncia-preocupante-situacion-detenido-carceles-belgica-20180309123139.html> [Consulta 6/09/2019].

GONZALEZ COLLANTES, Tàlia. "Los ficheros de internos de especial seguimiento: Un ejemplo de la penetración de la cultura de emergencia y la excepcionalidad en el ámbito penitenciario".

https://congresos.adeituv.es/imgdb/archivo_dpo15098.doc. [Consulta 13/01/2018].

Instituciones Penitenciarias

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos> [Consulta 19/04/2020].

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/jovenes.html> [Consulta 17/04/2020].

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0400.html [Consulta 27/04/2020].

MARCOS MADRUGA, Florencio de, La transmisión de sentencias en materia penal por las que se imponen penas privativas de libertad. España como Estado de transmisión: regulación y examen de problemáticas surgidas en la práctica. En *Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea y su transposición en la Ley 23/2014*. Repertorio Jurídico-Científico del CEJ, 2019, p. 11.

http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/servlet/CEJServlet?dispatcher=vacio&action=getPresentationForm&advance=0&type=JSPL [consulta 5/11/2019].

Poder Judicial. Estadística

<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informacion-general/Boletines/?filtroAnio=2018> [Consulta, 10/06/2020].

Programa de Podemos

<https://podemos.info/medida/ley-de-proteccion-integral-frente-a-todas-las-formas-de-violencia-contraninos-ninas-y-adolescentes/> [Consulta 24/05/2021].

ROCH IZARD, Màrius, “Consideraciones sobre la configuración legal y aplicación del periodo de seguridad del art.36 CP”.

<https://www.abogacia.es/2016/01/21/consideraciones-sobre-la-configuracion-legal-y-aplicacion-del-periodo-de-seguridad-del-art-36-cp/> [consulta 2/10/2019].

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Prague, Août 1930.

Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, août 1935, vol. I y II.

Carta de los derechos y deberes de los reclusos e internados, Ministerio de Justicia, Departamento de la Administración Penitenciaria, Centro de Reproducción del Departamento de Administración Penitenciaria, Roma, 2013.

Comentario a las normas penitenciarias europeas. Barcelona: Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2010.

Criterios de Actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria aprobados en la VI Reunión (mayo, 1992). En *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*. Madrid: CGPJ, 1993.

Defensor del Pueblo, Informe anual 1997 y debates en las Cortes Generales.

Informe del CGPJ de 26 de marzo de 2003 sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Informe del CGPJ de 23 de noviembre de 2005 al *Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*.

Informe del CGPJ de 26 de febrero de 2009 sobre el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Informe del CGPJ de 16 de enero de 2013 al *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono. Partidas V-VI-VII. vol. III. Madrid: BOE, 1985.

Los Derechos Humanos y las Prisiones, Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1947 por el Fiscal del Tribunal Supremo.

Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1970 por el Fiscal del Tribunal Supremo.

Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1977 por el Fiscal del Reino.

Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1978 por el Fiscal del Reino.

Novísima Recopilación de las Leyes de España, Tomo V, (facsímil de la Edición de 1805), BOE, Madrid, 1993.

Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 15 de enero de 2001.

Relatorio do Professor Candido Mendes de Almeida, sessões e resoluções da Conferência Penal e Penitenciária Brasileira realizada no Rio de Janeiro em junho 1930. Río de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

Revue Internationale de Droit Pénal (versión en francés), vol. 15, 1938.

Revue Internationale de Droit Pénal (versión en inglés), vol. 19, 1948.

ÍNDICE TEMÁTICO JURISPRUDENCIAL

NOTA: Las resoluciones están referenciadas conforme a la base de datos del CENDOJ.

Las resoluciones que no contienen tal referencia no están recogidas en tal base de datos (caso de las SSTC 74/1985, de 18 de junio, y 120/1990, de 27 de junio).

Abono prisión preventiva en causa distinta a aquella en la cual se generó

- Abono a la pena de prisión: medidas cautelares de distinta naturaleza

Crterios

SSTS 52/2015, de 26 de enero (ROJ: STS 412/2015 - ECLI:ES:TS:2015:412);
611/2020, de 16 de noviembre (ROJ: STS 3753/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3752).

Medida cautelar de alejamiento

STS 52/2015, de 26 de enero (ROJ: STS 412/2015 - ECLI:ES:TS:2015:412).

ATS 991/2017, de 8 de junio (ROJ: ATS 6921/2017 - ECLI:ES:TS:2017:6921A).

Medida cautelar de comparecencia en la libertad provisional

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional 19 diciembre 2013.

STS 151/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1163/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1162).

Medida cautelar de prohibición de salida del país

SSTS 758/2014, de 12 de noviembre (ROJ: STS 4730/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4730); 484/2020, de 1 de octubre (ROJ: STS 3159/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3159).

Medida cautelar de retirada de pasaporte

SSTS 52/2015, de 26 de enero (ROJ: STS 412/2015 - ECLI:ES:TS:2015:412);
611/2020, de 16 de noviembre (ROJ: STS 3753/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3752).

- Abono a la propia causa: Opera *ope legis* aunque no se consigne en el fallo

SSTS 360/1966, de 17 de noviembre (ROJ: STS 2462/1966 - ECLI:ES:TS:1966:2462); 70/2007, de 31 de enero (ROJ: STS 485/2007 - ECLI:ES:TS:2007:485); STS 547/2019, de 12 de noviembre (ROJ: STS 3695/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3695).

- Abono del tiempo de privación de libertad derivado de medidas de prisión provisional acordadas en otros países

AAP Sevilla (1ª) 89/2007, de 5 de marzo (ROJ: AAP SE 768/2007 - ECLI:ES:APSE:2007:768A); AAP Alicante (10ª) 615/2018, de 23 de octubre.

- Abono en acumulación de condenas: a cada pena

SSTS 197/2006, de 28 de febrero (ROJ: STS 753/2006 - ECLI:ES:TS:2006:753); 208/2011, de 28 de marzo (ROJ: STS 1877/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1877); 329/2011, de 5 de mayo (ROJ: 3849/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3849); 759/2011, de 30 de junio (ROJ: STS 4840/2011 - ECLI:ES:TS:2011:484); 906/2011, de 20 de septiembre (ROJ: STS 5919/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5919); 1060/2011, de 21 de octubre (ROJ: STS 7030/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7030); 265/2012, de 3 de abril (ROJ: STS 2870/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2870); 942/2012, de 28 de noviembre (ROJ: STS 8278/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8278).

- Abono prisión preventiva de causa pendiente

Es admisible

AAP Pontevedra (2ª) 245/2006, de 30 de mayo (ROJ: AAP PO 499/2006 - ECLI:ES:APPO:2006:499A); AAP Tarragona (4ª) 39/2018, de 30 de enero (ROJ: AAP T 266/2018 - ECLI:ES:APT:2018:266A).

No procede

STS 547/2019, de 12 de noviembre (ROJ: STS 3695/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3695).

ATS 1631/2014, de 9 de octubre (ROJ: ATS 8911/2014 - ECLI:ES:TS:2014:8911A).

Voto Particular, AAP Pontevedra (2ª) 245/2006, de 30 de mayo (ROJ: AAP PO 499/2006 - ECLI:ES:APPO:2006:499A).

- Abono de prisión preventiva procedente de otra causa en caso de prescripción, suspensión o sustitución: No cabe

SSTS 70/2007, de 31 de enero de 2007 (ROJ: STS 485/2007 - ECLI:ES:TS:2007:485); 951/2008, de 18 de diciembre (ROJ: STS 7142/2008 - ECLI:ES:TS:2008:7142); STS 547/2019, de 12 de noviembre (ROJ: STS 3695/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3695).

ATS 440/2022, de 31 de marzo (ROJ: ATS 6575/2022 - ECLI:ES:TS:2022:6575A).

- Competencia JVP

ATS 1752/1991, de 7 de mayo (ROJ: ATS 1986/1991 - ECLI:ES:TS:1991:1986A)

- Doble abono

Simultaneidad en la condición penado/preventivo del interno

STC 57/2008, de 28 de abril (ROJ: STC 57/2008 - ECLI:ES:TC:2008:57).

Solo simultaneidad de situaciones acontecidas en España

STS 578/2017, de 19 de julio (ROJ: STS 3038/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3038).

- Doble abono: no caben pluralidad de abonos por coincidencia de múltiples situaciones de prisión preventiva

SSTC 92/2012, de 7 de mayo (ROJ: STC 92/2012 - ECLI:ES:TC:2012:92);
158/2012, de 17 de septiembre (ROJ: STC 158/2012 - ECLI:ES:TC:2012:158).

SSTS 414/2010, de 17 de marzo (ROJ: STS 2086/2010 -
ECLI:ES:TS:2010:2086); 667/2010, de 11 de junio (ROJ: STS 3843/2010 -
ECLI:ES:TS:2010:3843); 265/2012, de 3 de abril (ROJ: STS 2870/2012 -
ECLI:ES:TS:2012:2870).

- Doble abono vigencia en el tiempo art. 58.1 CP: sentenciador

Aplicable a situaciones de coincidencia de la doble cualidad anteriores a la entrada en vigor LO 5/2010, con independencia de momento de inicio del procedimiento de abono

STC 261/2015, de 14 de diciembre (ROJ: STC 261/2015 -
ECLI:ES:TC:2015:261).

ATS 823/2014, de 8 de mayo (ROJ: ATS 4581/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4581A).

Solo en los procedimientos de abono tramitados con anterioridad a la entrada en vigor LO 5/2010

SSTS 265/2012, de 3 de abril (ROJ: STS 2870/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2870);
413/2012, de 17 de mayo (ROJ: STS 3489/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3489);
803/2014, de 12 de noviembre (ROJ: STS 5077/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5077);
22/2015, de 29 de enero (ROJ: STS 127/2015 - ECLI:ES:TS:2015:127).

- Doble abono vigencia en el tiempo art. 58.2 CP: Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

Solo aplicable a situaciones de coincidencia de la doble cualidad anteriores a la entrada en vigor LO 5/2010

STS 551/2010, de 28 de mayo (ROJ: STS 3070/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3070).

- Doble abono vigencia en el tiempo: imposibilidad de dobles abono en situaciones surgidas tras las reformas del art 58 CP

SSTS 22/2015, de 29 de enero (ROJ: STS 127/2015 - ECLI:ES:TS:2015:127);
487/2016, de 7 de junio (ROJ: STS 2720/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2720).

ATS 823/2014, de 8 de mayo (ROJ: ATS 4581/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4581A).

- Doble abono y art. 76 CP: Abono en cada causa, no en al límite máximo

SSTS 1250/2011 de 22 de noviembre (ROJ: STS 7866/2011 -
ECLI:ES:TS:2011:7866); 1076/2012, de 08 de enero (ROJ: STS 670/2013 -
ECLI:ES:TS:2013:670); 578/2017, de 19 de julio (ROJ: STS 3038/2017 -
ECLI:ES:TS:2017:3038); 515/2020 octubre de 2020 (ROJ: STS 3617/2020 -
ECLI:ES:TS:2020:3617); 304/2021, de 9 abril de 2021 (ROJ: STS 1353/2021 -
ECLI:ES:TS:2021:1353).

- Doble abono y extradición

STC núm. 35/2014, de 27 de febrero (ROJ: STC 35/2014 - ECLI:ES:TC:2014:35).

SSTS, 304/2021, de 9 abril de (ROJ: STS 1353/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1353);
763/2014, de 16 de noviembre (ROJ: STS 4700/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4700).

- Fundamento

Carencia de sentido acudir a un sistema de indemnizatorio cuando dentro del propio ámbito penal puede obtenerse una reparación

SSTS 13 de noviembre de 1958 (ROJ: STS 1002/1958 - ECLI:ES:TS:1958:1002); 15 de enero DE 1991 (ROJ: STS 101/1991 - ECLI:ES:TS:1991:101); 6 de marzo de 1991 (ROJ: STS 9340/1991 - ECLI:ES:TS:1991:9340); 12 de septiembre de 1991 (ROJ: STS 4526/1991 - ECLI:ES:TS:1991:4526); 2 de julio de 1993 (ROJ: STS 4787/1993 - ECLI:ES:TS:1993:4787); 1319/1998, de 4 de noviembre (ROJ: STS 6433/1998 - ECLI:ES:TS:1998:64330320); 808/2000, de 11 de mayo (ROJ: STS 3880/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3880); 2394/2001, de 18 de diciembre (ROJ: STS 9978/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9978); 1108/2003, de 21 de julio (ROJ: STS 5252/2003 - ECLI:ES:TS:2003:5252).

ATS 2004/2003, de 18 de diciembre (ROJ: ATS 13416/2003 - ECLI:ES:TS:2003:13416A).

Semejanza pena/medida cautelar

SSTC 32/1987, de 12 de marzo (ROJ: STC 32/1987 - ECLI:ES:TC:1987:32); 128/1995, de 26 de julio (ROJ: STC 128/1995 - ECLI:ES:TC:1995:128).

- Módulo de conversión: valoración de los bienes jurídicos concernidos en cada caso y su grado de afectación

SSTS 154/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1399/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1399); 484/2020, de 1 de octubre (ROJ: STS 3159/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3159); 611/2020, de 16 de noviembre (ROJ: STS 3753/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3752).

- Módulo de conversión comparecencias de la libertad provisional: en consideración al grado de aflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado
- STS 151/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1163/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1162).

- Módulo de conversión multa: el módulo de conversión empleado en la sentencia para fijar la cuantía

SAP Asturias (8ª) 158/2005, de 14 de julio (ROJ: SAP O 2042/2005 - ECLI:ES:APO:2005:2042); AAP Girona (3ª) 546/2009, de 1 de diciembre (ROJ: AAP GI 1257/2009 - ECLI:ES:APGI:2009:1257A).

- Módulo de conversión retirada del pasaporte: no un día de retirada, un día de prisión
- STS 154/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1399/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1399).

- Naturaleza: norma de ejecución

STS 22/2015, de 29 de enero (ROJ: STS 127/2015 - ECLI:ES:TS:2015:127).
AATS 1752/1991, de 7 de mayo (ROJ: ATS 1986/1991 - ECLI:ES:TS:1991:1986A); 823/2014, de 8 de mayo (ROJ: ATS 4581/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4581A).

- Naturaleza: privación de libertad provisional en los procesos de extradición pasiva

SSTC 5/1998, de 12 de enero (ROJ: STC 5/1998 - ECLI:ES:TC:1998:5);
71/2000, de 13 de marzo (ROJ: STC 71/2000 - ECLI:ES:TC:2000:71); 72/2000,
de 13 de marzo (ROJ: STC 72/2000 - ECLI:ES:TC:2000:72).

- Objeto del abono: días naturales con independencia del grado afflictivo

AATS 417/2016, de 16 de febrero (ROJ: ATS 2610/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2610A); 24 de febrero de 2020 (3)(ROJ: ATS 2231/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2231A; 2449/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2449A; 2450/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2450A).

- Requisito cronológico: delito continuado

STS 660/2021, de 8 de septiembre (ROJ: STS 3291/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3291).

- Requisito cronológico: prisión preventiva anterior al conocimiento de la absolución

ATC 160/2004, de 4 de octubre (ROJ: ATC 160/2004 - ECLI:ES:TC:2004:160A).

SSTS 383/1998, de 23 de marzo (ROJ: STS 1917/1998 - ECLI:ES:TS:1998:1917); 2394/2001, de 18 de diciembre (ROJ: STS 9978/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9978); 808/2000, de 11 de mayo (ROJ: STS 3880/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3880).

- Supuesto de hecho: cuando el acusado es absuelto o bien cuando la pena preventiva es de superior duración a la condena

STS 70/2007, de 31 de enero (ROJ: STS 485/2007 - ECLI:ES:TS:2007:485).

Acumulación jurídica de condenas

- No afecta a la individualidad de las penas *per se* acumuladas

SSTS 197/2006, de 28 de febrero (ROJ: STS 753/2006 - ECLI:ES:TS:2006:753);
924/2006, de 29 de septiembre (ROJ: STS 6982/2006 - ECLI:ES:TS:2006:6982).

ATS 707/2007, de 29 de marzo (ROJ: ATS 4024/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4024A).

- No condenas de países UE

STEDH de 23 de octubre de 2018, *asunto Arrózpide Sarasola y otro c. España*

SSTS 874/2014, de 27 de enero (ROJ: STS 471/2014 - ECLI:ES:TS:2014:471);
178/2015, de 24 de marzo (ROJ: STS 1238/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1238);
179/2015, de 24 de marzo (ROJ: STS 1239/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1239).

- Sí condenas de terceros países UE

SSTS 1129/2000, de 27 de junio (ROJ: STS 5235/2000 - ECLI:ES:TS:2000:5235); 926/2005, de 30 de junio (ROJ: STS 4387/2005 - ECLI:ES:TS:2005:4387).

Art. 10 LOGP. Primer grado

- Acceso a medios de comunicación: televisión
STC 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119).
- Aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria
STC 54/1992, de 8 de abril (ROJ: STC 54/1992 - ECLI:ES:TC:1992:54).
- Comunicaciones vis a vis íntimas
STC 89/1987, de 3 de junio (ROJ: STC 89/1997 - ECLI:ES:TC:1997:89).
- Supuestos de aplicación: cuando los fines de la relación penitenciaria no pueden ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos
STC 143/1997, de 15 de septiembre (ROJ: STC 143/1997 - ECLI:ES:TC:1997:143).

Art. 77 LOGP

STCJ de 9 de julio de 1986.

Art. 86.4 RP

- Naturaleza: es clasificación
AATS de 25 de mayo (ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A); y de 8 de septiembre 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A).

- Requisitos

Mera aceptación del interno

AAP Vizcaya de 25 de noviembre de 1998.

Concurrencia de razones laborales o familiares incompatibles con el tiempo mínimo de permanencia

AJVP Valencia nº 2 (Alicante) de 24 de septiembre de 1998.

Carácter excepcional

AJVP Andalucía nº 3 (Málaga) de 23 de agosto de 1999.

Art. 100.2 RP

- Entidad de la condena
AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A); y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*).
- Excepcionalidad

AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A); y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*).

- Naturaleza:

Es clasificación

AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A); y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*).

AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A).

Es régimen

AAP Cádiz (1ª) 179/2020, de 5 de mayo.

- Procedimiento: necesidad de propuesta del Equipo Técnico a la Junta de Tratamiento

AAP Palma de Mallorca (1ª) 1098/2018, de 14 de diciembre (ROJ: AAP IB 357/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:357A).

AJVP de Castilla y León nº 1 de 13 de agosto de 2020 (ROJ: AJVP VA 1/2020 - ECLI:ES:JVPVA:2020:1A) (*asunto Urdangarín*).

- Propuesta: Ha de estar basada en un programa de tratamiento que aborde las necesidades específicas del interno y sirvan para subsanar sus carencias

AAP Barcelona (9ª) de 20 de julio de 2004 (ROJ: AAP B 3618/2004 - ECLI:ES:APB:2004:3618A); AAP Barcelona (9ª) 522/2007, de 20 de septiembre (ROJ: AAP B 6031/2007 - ECLI:ES:APB:2007:6031A); AAP Almería 78/2007, de 19 de abril (ROJ: AAP AL 89/2007 - ECLI:ES:APAL:2007:89A).

- Régimen mixto

STS 586/2019, de 27 de noviembre (ROJ: STS 3873/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3873).

AAP Madrid (5ª) 3/2013 de 9 de enero (ROJ: AAP M 118/2013 - ECLI:ES:APM:2013:118A).

Art. 117 RP

- Naturaleza: son algo diverso de la aplicación del art. 100.2 RP

AAP Madrid 1163/2016, de 2 de marzo.

- No requisito temporal

AAP Ávila 231/2019, de 25 de octubre (ROJ: AAP AV 257/2019 - ECLI:ES:APAV:2019:257A) (*asunto Urdangarín*).

- Vinculación con el tratamiento y el principio de flexibilidad

AJVP nº 1 de Castilla y León de 19 de septiembre de 2019 (*asunto Urdangarín*).

Beneficios penitenciarios

- Propuesta de indulto: deber reforzado de motivación
SSTC 163/2002, de 16 de septiembre (ROJ: STC 163/2002 - ECLI:ES:TC:2002:163); 226/2015, de 2 de noviembre (ROJ: STC 226/2015 - ECLI:ES:TC:2015:226).
- Propuesta de indulto: no mera cuestión administrativa
STC 163/2002, de 16 de septiembre (ROJ: STC 163/2002 - ECLI:ES:TC:2002:163).

Cacheos

- Admisibilidad de la medida de cacheo con desnudo integral: deber por parte de la Administración de velar por el orden y seguridad de los establecimientos
STC 171/2013, de 7 de octubre (ROJ: STC 171/2013 - ECLI:ES:TC:2013:171).
- Cacheo con desnudo de los familiares del interno
STSJ Madrid (9ª) 83/2011, de 17 de febrero (ROJ: STSJ M 2046/2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:2046).
- Derecho a la intimidad: alcance
SSTC 37/1989, de 15 de febrero (ROJ: STC 37/1989 - ECLI:ES:TC:1989:37); 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137); 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57); 204/2000, de 24 de julio (ROJ: STC 204/2000 - ECLI:ES:TC:2000:204); 218/2002, de 25 de noviembre (ROJ: STC 218/2002 - ECLI:ES:TC:2002:218).
- Expediente sancionador: no pueden ser a un mismo tiempo valorados los hechos declarados probados en él como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción
SSTC 11/1981, de 8 de abril (ROJ: STC 11/1981 - ECLI:ES:TC:1981:11); 2/2001, de 15 de enero (ROJ: STC 2/2001 - ECLI:ES:TC:2001:2); 185/2003, de 27 de octubre (ROJ: STC 185/2003 - ECLI:ES:TC:2003:185); 110/2006, de 3 de abril (ROJ: STC 110/2006 - ECLI:ES:TC:2006:110).
- Intimidad corporal: su fundamento es la dignidad de la persona
SSTC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57); 207/1996, de 16 de diciembre (ROJ: STC 207/1996 - ECLI:ES:TC:1996:207).
- Límites: no llevar a cabo exigencias que impliquen una mayor intromisión en ese derecho (exigencia de realización de flexiones)
STC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57).
STS 29/1994, de 19 de enero (ROJ: STS 102/1994 - ECLI:ES:TS:1994:102).
- Motivación, ponderación de valores y carácter subsidiario

STC 171/2013, de 27 de mayo (ROJ: STC 171/2013 - ECLI:ES:TC:2013:171).

- Pruebas radiológicas

STC 35/1996, de 11 de marzo (ROJ: STC 35/1996 - ECLI:ES:TC:1996:35).

- Revocación del consentimiento al cacheo

STC 196/2006, de 24 de julio (ROJ: STC 196/2006 - ECLI:ES:TC:2006:196).

Clasificación

- Competencia de la Administración

STCJ de 25 de junio de 1998.

- Naturaleza: es ejecución

Acuerdo del Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002.

STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111).

ATS de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A)

- No revisión de oficio de la clasificación

STCJ de 25 de junio de 1998.

- Objeto del recurso

Acuerdo de la Junta de Tratamiento

AAN 30 de mayo de 2003.

Acuerdo del Centro Directivo

AAP Palma de Mallorca (1ª) 286/2010, de 30 de junio.

- Potestad del Juez de Vigilancia en orden requerir a la Administración en materia clasificatoria

AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A).

- Recurso de apelación: efecto suspensivo recurso MF

SSTS 965/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621); 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660).

Providencia Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Cataluña de 28 de julio de 2020 (*asunto Procés*).

- Recurso de apelación: resolución por órgano colegiado

ATS de 14 de junio de 2005 (ROJ: ATS 18768/2005 - ECLI:ES:TS:2005:18768A).

- Recurso de apelación: resolución por órgano sentenciador, sea colegiado o unipersonal

ATS de 2 de febrero de 2011 (ROJ: ATS 932/2011 - ECLI:ES:TS:2011:932A).

Competencia territorial

- Materia clasificatoria

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del lugar donde se encuentra en interno al formular el recurso

ATS 16 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 3833/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3833A).

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del centro que hizo la propuesta

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2015.

- Libertad Vigilada: Juzgado de Vigilancia Penitenciaria domicilio

ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

Comunicaciones

- Restricción comunicaciones: competencia Juez de Vigilancia Penitenciaria

ATS 29 marzo 2000 (ROJ: ATS 9725/2000 - ECLI:ES:TS:2000:9725A).

Configuración unitaria del régimen penitenciario: lo administrativo y lo judicial traen causa en un mismo título competencial

STCJ de 9 de julio de 1986.

Control de los actos de la Administración sin previa propuesta

No cabe

AAP Almería (1ª) de 5 de julio de 1997; AAP Palma de Mallorca (1ª) 1098/2018; AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 357/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:357A).

Sí cabe

AAP Palma de Mallorca (1ª) 838/2019, de 26 de noviembre (ROJ: AAP IB 351/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:351A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 897/2019, de 12 de diciembre (ROJ: AAP IB 369/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:369A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 903/2019, de 12 de diciembre (ROJ: AAP IB 362/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:362A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 919/2019, de 17 de diciembre (ROJ: AAP IB 368/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:368A); AAP Palma de Mallorca (1ª) 927/2019, de 19 de diciembre (ROJ: AAP IB 367/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:367A).

Competencia administrativa

- Organización y dirección de los establecimientos penitenciarios: Juzgado de Vigilancia Penitenciaria solo propuestas art. 77 LOGP
STCJ de 8 de julio de 1991; de 20 de diciembre de 1993.
- Traslado de internos
STC 138/1986, de 7 de noviembre (ROJ: STC 138/1986 - ECLI:ES:TC:1986:138).
SSTCJ de 5 de diciembre de 1986; de 14 de diciembre de 1990; de 8 de julio de 1991; de 13 de octubre de 2004; de 7 de noviembre de 2007; de 29 de mayo de 2012; 1/2020, de 12 de febrero.

Competencia del sentenciador

- Busca y captura quebrantamiento permiso: sentenciador
ATS de 5 de marzo de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A).
- Fijación del límite máximo de cumplimiento
AATS 1082/1989, de 7 de abril (ROJ: ATS 1159/1989 - ECLI:ES:TS:1989:1159A); ATS 2553/1989, de 14 de octubre (ROJ: ATS 756/1989 - ECLI:ES:TS:1989:756A); 1581/1990, 4 de mayo (ROJ: ATS 1607/1990 - ECLI:ES:TS:1990:1607A).
- Naturaleza. competencia interna JVP: la forma en que se lleva a cabo la condena; competencia externa sentenciador: a las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad.
ATS de 5 Mar. 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A); de 4 de mayo de 2012 (ROJ: ATS 5667/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5667A).

Cosa juzgada

SSTC 67/1991, de 17 de marzo (ROJ: STC 67/1991 - ECLI:ES:TC:1991:67); 140/2002, de 3 de junio (ROJ: STC 140/2002 - ECLI:ES:TC:2002:140).

Defensa de la condena por parte del sentenciador

AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A); y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*).

Derecho a la información

- Denegación: Motivación específica al caso.
STC 164/2021, de 4 de octubre (ROJ: STC 164/2021 - ECLI:ES:TC:2021:164).

- Acceso al expediente penitenciario

No acceso a informes psicológicos, sociales o criminalísticos o de cualquier otra índole que aparezcan en el mismo, ni al protocolo, ni a los programas de intervención

AAP Almería de 3 de julio de 2000.

AJVP Coruña de 3 de octubre de 2005; AJVP Valladolid de 4 de octubre de 2005;
AJVP Asturias de 15 de noviembre de 2006.

Sí acceso al expediente penitenciario

AAP Zaragoza (1ª) 63/2004, de 26 de enero; AAP Zaragoza (1ª) 246/2004, de 22 de marzo de 2004.

AJVP Pamplona de 1 de septiembre de 2006.

Derecho a las comunicaciones

- Objeto: prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad

SSTC 175/1991, de 16 de septiembre (ROJ: STC 175/1991 - ECLI:ES:TC:1991:175); 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).

- Restricción del derecho a la intimidad: consecuencia de la privación de libertad

SSTC 89/1987, de 3 de junio (ROJ: STC 89/1997 - ECLI:ES:TC:1997:89); 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57).

Derecho a solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las Instituciones Penitenciarias

AAP Segovia de 21 de enero de 2019.

Eficacia directa del Derecho primario/secundario Unión Europea

SSTJUE de 5 de febrero de 1963 (Asunto C-26/62), *van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*; de 19 de enero de 1982 (Asunto C-8/1981), *Ursula Becker contra Finanzamt Münster-Innenstadt*; de 12 de diciembre de 1990 (Asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89), *Peter Kaefers y Andréa Procacci contra Estado francés*.

Estatuto de la víctima

- No derecho constitucional la intervención de la víctima en la fase de ejecución

ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A).

- Notificación a la víctima: actuación penitenciaria nueva fase del procedimiento

AAP Alicante (10ª), de 10 de marzo de 2016.

Fichero FIES

- Amparo normativo

STC 119/1996, de 8 de julio (ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119).

- Nulidad I DGIP 21/1996, de 16 de diciembre

STS (3ª) de 17 de marzo de 2009 (ROJ: STS 2555/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2555).

- Control: competencia Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

STS (3ª) de 29 de junio de 2015 (ROJ: STS 2865/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2865).

Interpretación normas legales

- Conforme a la constitución

STC 77/1984, de 3 de julio (ROJ: STC 77/1984 - ECLI:ES:TC:1984:77).

- Interpretación conforme con las normas constitucionales

STC 19/1982, de 5 de mayo (ROJ: STC 19/1982 - ECLI:ES:TC:1982:19).

Intervención/suspensión de las comunicaciones

- Admisibilidad

SSTEDH de 25 marzo 1983, *asunto Silver y otros c. Reino Unido*; de 25 marzo 1992, *asunto Campbell c. Reino Unido*; de 15 noviembre 1996, *asunto Calogero Diana c. Italia*; de 15 noviembre 1996, *asunto Domenichini contra Italia*; de 28 septiembre 1998, *asunto Petra contra Rumanía*; de 6 abril 2000, *asunto Labita contra Italia*; y de 10 de noviembre de 2005, *asunto Argenti c. Italia*.

- Competencia intervención comunicaciones con Letrado/Procurador: Juez de Instrucción en el curso de una investigación penal

SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73); 183/1994, de 20 de junio (ROJ: STC 183/1994 - ECLI:ES:TC:1994:183); 58/1998, de 16 de marzo (ROJ: STC 58/1998 - ECLI:ES:TC:1998:58).

SSTS 538/1997, de 23 de abril (ROJ: STS 2834/1997 - ECLI:ES:TS:1997:2834); 79/2012, de 9 de febrero (ROJ: STS 414/2012 - ECLI:ES:TS:2012:414).

- Competencia intervención comunicaciones íntimas: Juez de Instrucción en el curso de una investigación penal

AATS de 4 de febrero de 2013 (ROJ: ATS 798/2013 - ECLI:ES:TS:2013:798A); y de 21 de marzo de 2013 (ROJ: ATS 2785/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2785A).

- Competencia intervención en general: decisión autoridad administrativa

- STC 199/1987, de 18 de febrero (ROJ: STC 199/1987 - ECLI:ES:TC:1987:199).
- Comunicaciones de los internos: la intervención se extiende a los preventivos
 - SSTC 128/2013, de 3 de junio (ROJ: STC 128/2013 - ECLI:ES:TC:2013:128); 141/1999, de 22 de julio (ROJ: STC 141/1999 - ECLI:ES:TC:1999:141).
 - Control judicial de la intervención de comunicaciones: Juez de Vigilancia Penitenciaria
 - ATS de 29 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 9725/2000 - ECLI:ES:TS:2000:9725A).
 - Entrevista con medios de comunicación
- Derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar libremente información veraz*
- STC 89/2018, de 6 de septiembre (ROJ: STC 89/2018 - ECLI:ES:TC:2018:89).
- Libertad de expresión: comprende la crítica de la conducta de otro*
- STC 89/2018, de 6 de septiembre (ROJ: STC 89/2018 - ECLI:ES:TC:2018:89).
- Libertad de expresión: garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre*
- SSTC 6/1981, de 16 de marzo (ROJ: STC 6/1981 - ECLI:ES:TC:1981:6); 20/1992, de 14 de febrero (ROJ: STC 20/1992 - ECLI:ES:TC:1992:20); 9/2007, de 15 de enero (ROJ: STC 9/2007 - ECLI:ES:TC:2007:9).
- Libertad de expresión/libertad de información: veracidad*
- STC 107/1988, de 8 de junio (ROJ: STC 107/1988 - ECLI:ES:TC:1988:107).
- Libertad de expresión: tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud*
- STC 51/1989, de 22 de febrero (ROJ: STC 51/1989 - ECLI:ES:TC:1989:51).
- Requisitos para denegarla: motivos específicos exteriorizados en el acuerdo*
- STEDH de 21 de junio de 2012, asunto *Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft SRG c. Suiza*.
 - STC 6/2020, de 7 de enero (ROJ: STC 6/2020 - ECLI:ES:TC:2020:6).
- Libertad en cuanto a las comunicaciones: implícito en el secreto a las comunicaciones
 - SSTC 114/1984, de 29 de noviembre (ROJ: STC 114/1984 - ECLI:ES:TC:1984:114); 15/2011, de 28 de febrero (ROJ: STC 15/2011 - ECLI:ES:TC:2011:15).
 - Motivación del acuerdo de intervención
 - SSTC 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (ROJ: STC 128/1997 - ECLI:ES:TC:1997:128); 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175).
 - Motivos: buen orden y seguridad
 - SSTC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57).

- Motivos: pertenencia a un grupo delictivo organizado terrorista
STC 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).
- Objeto de la intervención: tanto de las emitidas por los internos, como por las recibidas por ellos
STC 106/2001, de 23 de abril (ROJ: STC 106/2001 - ECLI:ES:TC:2001:106).
- Requisitos para la adopción de la medida de intervención: motivación, comunicación judicial, notificación al interno y fijación de un límite temporal, que no es necesario que figure expresamente
SSTC 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200).
- Secreto de las comunicaciones: ámbito más restringido que el de los sujetos en libertad
STC183/1994, de 20 de junio (ROJ: STC 183/1994 - ECLI:ES:TC:1994:183).
- Secreto de las comunicaciones: sirve a los fines de la reinserción social
STC 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175).
- Secreto de las comunicaciones de las personas en libertad: cubre la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales
STC 114/1984, de 29 de noviembre (ROJ: STC 114/1984 - ECLI:ES:TC:1984:114).
- Secreto de las comunicaciones de los internos con la autoridad judicial o Ministerio Fiscal: están amparadas, ya se presente la petición en escrito abierto o en sobre cerrado
SSTC 107/2012, de 21 de mayo (ROJ: STC 107/2012 - ECLI:ES:TC:2012:107); 230/2012, de 10 de diciembre (ROJ: STC 230/2012 - ECLI:ES:TC:2012:230); 18/2020, de 10 de febrero (ROJ: STC 18/2020 - ECLI:ES:TC:2020:18).
- Suspensión de las comunicaciones: no es una sanción
STS 790/2014, de 25 de noviembre (ROJ: STS 4950/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4950).
- Uso de lengua propia
STC 201/1997, de 25 de noviembre (ROJ: STC 201/1997 - ECLI:ES:TC:1997:201)

Intervenciones forzadas: art. 210 RP

- Condena al Estado por no imponer un tratamiento médico
STS de 18 de octubre de 2005 (ROJ: STS 7764/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7764).
- Consentimiento informado: origen

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York, 1914, caso *Schoelendorff vs Society of New York Hospital*.

-Derecho a la vida: no derecho a morir

SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137); 11/1991, de 17 de enero (ROJ: STC 11/1991 - ECLI:ES:TC:1991:11); 154/2002, de 18 de julio (ROJ: STC 154/2002 - ECLI:ES:TC:2002:154).

- Huelgas de hambre

Comisión Europea de los Derechos Humanos, en el asunto X. vs Alemania (1984) 7 EHRR 152.

SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137); 11/1991, de 17 de enero (ROJ: STC 11/1991 - ECLI:ES:TC:1991:11).

- Intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la integridad física y moral

SSTC 137/1990, de 19 de julio (ROJ: STC 137/1990 - ECLI:ES:TC:1990:137); 215/1994, de 14 de julio (ROJ: STC 215/1994 - ECLI:ES:TC:1994:215); 35/1996, de 11 de marzo (ROJ: STC 35/1996 - ECLI:ES:TC:1996:35); 207/1996, de 16 de diciembre (ROJ: STC 207/1996 - ECLI:ES:TC:1996:207).

- Imposición de la asistencia médica contra la voluntad del interesado

SSTEDH de 29 de abril de 2002, *asunto Pretty c. Reino Unido*; de 20 de enero de 2011, *asunto Haas c. Suiza*; de 5 de junio de 2015, *asunto Lambert y otros c. Francia*.

Legitimación ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

- No la Administración

STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

- No la víctima

ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A).

Libertad condicional

- Diferencia entre expectativas y derechos a efectos de irretroactividad

STC 42/1986, de 19 de abril (ROJ: STC 42/1986 - ECLI:ES:TC:1986:42).

- Determinación ley penal más favorable

Comparación de bloques normativos

SSTS 557/1996, de 18 de julio (ROJ: STS 4470/1996 - ECLI:ES:TS:1996:4470); 848/1997, de 6 de junio (ROJ: STS 3989/1997 - ECLI:ES:TS:1997:3989);

405/2000, de 14 de marzo (ROJ: STS 2042/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2042);
561/2020, de 29 de octubre (ROJ: STS 3650/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3650);
425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677).

Fragmentación de la normativa

ATS de 25 de julio de 2019 (ROJ: ATS 8963/2019 - ECLI:ES:TS:2019:8963A).

AAP Alicante (10ª) de 11 de marzo de 2019.

- Enfermos terminales

SSTEDH de 10 de julio de 2001, *asunto Price c. Reino Unido*; de 10 noviembre de 2005, *asunto Tekin Yildiz c. Turquía*; 2 de diciembre de 2004, *asunto Farbtuhs c. Letonia*; y de 14 de noviembre de 2002, *asunto Mouisel c. Francia*.

STC 48/1996, de 25 de marzo (ROJ: STC 48/1996 - ECLI:ES:TC:1996:48).

- Expediente de libertad condicional: ineludible la tramitación por la Administración Penitenciaria

STC 79/1998, de 1 de abril (ROJ: STC 79/1998 - ECLI:ES:TC:1998:79).

- Naturaleza: materia de ejecución

STEDH de 12 de febrero de 2008, *asunto Kafkaris c. Chipre*.

STEDH de 21 de octubre de 2013, *asunto Del Río Prada c. España*.

- Normas de conducta: pago responsabilidad civil

STS 59/2018, de 2 de febrero (ROJ: STS 230/2018 - ECLI:ES:TS:2018:230).

- Propuesta de la Administración: no vincula al Juez de Vigilancia

STC 79/1998, de 1 de abril (ROJ: STC 79/1998 - ECLI:ES:TC:1998:79).

- Régimen transitorio Lo 1/2015: solo a condenas por hechos posteriores

SSTS 561/2020, de 19 de octubre (ROJ: STS 3650/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3650); 380/2021, de 5 de mayo (ROJ: STS 1739/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1739).

ATS de 25 de julio de 2019 (ROJ: ATS 8963/2019 - ECLI:ES:TS:2019:8963A).

- Requisitos: buena conducta

STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

- Revocación: cambio sobrevenido de las circunstancias

Solo cabe con relación al incumplimiento de las normas de conducta

STC 169/2021, de 6 de octubre (ROJ: STC 169/2021 - ECLI:ES:TC:2021:169).

Valoración por el Juez de Vigilancia Penitenciaria: evaluar cualquier otro acontecimiento o incidente que pueda hacer desaparecer, de manera sustantiva, el pronóstico de falta de peligrosidad del beneficiario de la libertad condicional

STS 425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677).

- Revocación por comisión delictiva: sentencia firme al efecto

STS 425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677).

- Revocación por mala conducta: estar incurso en causa penal
ATC 114/1997, de 21 de abril (ROJ: ATC 114/1997 - ECLI:ES:TC:1997:114A).
- Supuesto de libertad condicional por analogía a la pena de prisión permanente revisable
STS 467/2022, de 15 de mayo (ROJ: STS 2007/2022-ECLI:ES:TS:2022:2007).

Limitación de la tenencia libros o publicaciones

- Ejercicio limitado de la libertad de expresión e información por parte de los internos
STC 6/2020, de 27 de enero (ROJ: STC 6/2020 - ECLI:ES:TC:2020:6).
- Libertad de expresión: límites
SSTC 165/1987, de 27 de octubre (ROJ: STC 165/1987 - ECLI:ES:TC:1987:165);
105/1990, de 6 de junio (ROJ: STC 105/1990 - ECLI:ES:TC:1990:105);
336/1993, de 15 de noviembre (ROJ: STC 336/1993 - ECLI:ES:TC:1993:336).
- Retirada de impresos o publicaciones: seguridad y buen orden del centro
STC 11/2006, de 16 de enero (ROJ: STC 11/2006 - ECLI:ES:TC:2006:11).

Medida de menores: cumplimiento conforme LOGP

- Conserva su naturaleza de medida de menores
AJVP de Castilla y León nº 1 de 11 de febrero de 2021.
- Se transforma en pena
AJM de León de 3 de mayo de 2021, EJ 1/2020.

Medidas de seguridad

- Competencia Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

Interpretación restrictiva

ATS de 31 marzo 2000 (ROJ: ATS 7761/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7761A).

No ejecución de la medida: sentenciador

ATS 31 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 7761/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7761A).

Seguimiento medidas privativas de libertad, no las no privativas de libertad

AATS de 31 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 7761/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7761A); 14 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 5438/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5438A); 8 de octubre de 2009 (ROJ: ATS 13166/2009 - ECLI:ES:TS:2009:13166A).

- Derogación de facto de la *Ley de peligrosidad y rehabilitación social* de 1970

SSTC 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); 23/1986, de 14 de febrero (ROJ: STC 23/1986 - ECLI:ES:TC:1986:23); 131/1987, de 20 de julio (ROJ: STC 131/1987 - ECLI:ES:TC:1987:131).

- Internamiento: no cabe como medida cautelar de carácter penal

SSTC 217/2015, de 22 de octubre (ROJ: STC 217/2015 - ECLI:ES:TC:2015:217); 84/2018, de 16 de julio (ROJ: STC 84/2018 - ECLI:ES:TC:2018:84).

- Fines preventivos especiales

STS 773/2005, de 15 de junio (ROJ: STS 3854/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3854).

- Libertad vigilada postpenitenciaria

Calificación como pena accesorio

SSTS 370/2020, de 3 de julio (ROJ: STS 2418/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2418); 623/2021, de 14 de julio (ROJ: STS 2952/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2952).

Competencia Juez de Vigilancia Penitenciaria: imperativas y potestativas

AP Las Palmas de Gran Canaria (1ª) 27 de octubre de 2022

Competencia territorial del seguimiento: Juez de Vigilancia penitenciaria del domicilio

ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

Imposición incluso en caso de suspensión

STS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716).

Fijación del contenido: en la propia sentencia

SAP Granada (1º) 73/2020, de 27 de febrero (ROJ: SAP GR 127/2020 - ECLI:ES:APGR:2020:127); la SAP Pontevedra (2ª) 31/2020, de 18 de febrero (ROJ: SAP PO 181/2020 - ECLI:ES:APPO:2020:181).

Fijación del contenido: posteriormente, antes de la extinción de la condena

SSTS 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716); 370/2020, de 3 de julio (ROJ: STS 2418/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2418).

Pronóstico de peligrosidad

STS 370/2020, de 3 de julio (ROJ: STS 2418/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2418).

- Límite temporal

Eximente completa e incompleta: pena en abstracto

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2009.

STS 773/2005, de 15 de junio (ROJ: STS 3854/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3854).

No exigencia constitucional, mera decisión del Legislador

SSTC 112/1988, de 8 de junio (ROJ: STC 112/1988 - ECLI:ES:TC:1988:112);
24/1993, de 21 de enero (ROJ: STC 24/1993 - ECLI:ES:TC:1993:24).

Se fija en la sentencia absolutoria

STS 345/2007, de 24 de abril (ROJ: STS 2748/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2748).

- Pena y una medida de seguridad: incompatibilidad por un mismo hecho

SSTC 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); 23/1986, de 14 de febrero ROJ: STC 23/1986 - ECLI:ES:TC:1986:23).

- Principio acusatorio: no están sujetas, siempre y cuando se respeten los derechos de defensa y contradicción

STS 730/2008, de 22 de octubre (ROJ: STS 6104/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6104).

- Remedio aplicable a supuestos de imputabilidad o semiimputabilidad

STS 773/2005, de 15 de junio (ROJ: STS 3854/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3854).

- Requisitos

Necesidad

SSTS 30/2001, de 17 de enero (ROJ: STS 167/2001 - ECLI:ES:TS:2001:167);
753/2001, de 7 de mayo (ROJ: STS 3685/2001 - ECLI:ES:TS:2001:3685).

Peligrosidad

SSTS 30/2001, de 17 de enero (ROJ: STS 167/2001 - ECLI:ES:TS:2001:167);
753/2001, de 7 de mayo (ROJ: STS 3685/2001 - ECLI:ES:TS:2001:3685);
773/2005, de 15 de junio (ROJ: STS 3854/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3854);
345/2007, de 24 de abril (ROJ: STS 2748/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2748).

- Salidas terapéuticas: Juez de Vigilancia Penitenciaria

AATS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: ATS 17256/2009 - ECLI:ES:TS:2009:17256A); de 22 de febrero de 2017 (ROJ: ATS 1398/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1398A).

Motivación de las resoluciones administrativas

SSTC 325/1994, de 12 de diciembre (ROJ: STC 325/1994 - ECLI:ES:TC:1994:325); 125/1989, de 12 de julio (ROJ: STC 125/1989 - ECLI:ES:TC:1989:125); 74/1990, de 23 de abril (ROJ: STC 74/1990 - ECLI:ES:TC:1990:74); 128/1996, de 9 de julio (ROJ: STC 128/1996 - ECLI:ES:TC:1996:128); 8/2002, de 14 de enero (ROJ: STC 8/2022 - ECLI:ES:TC:2022:8).

ATC 73/1996, de 25 de marzo (ROJ: ATC 73/1996 - ECLI:ES:TC:1996:73A).

AJVP de Castilla y León nº 1 de 20 de enero de 2021 (*asunto Urdangarín*).

Naturaleza Juez de Vigilancia Penitenciaria

- Carencia de auténtica potestad jurisdiccional
 - ATS 1608/1990, de 7 de mayo (ROJ: ATS 1551/1990 - ECLI:ES:TS:1990:1551A).
- Carácter jurisdiccional
 - STC 43/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 43/2008 - ECLI:ES:TC:2008:43).
- Carácter penal
 - SSTS 308/2012, de 27 de abril (ROJ: STS 3449/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3449) y 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).
- Garantía de Interdicción de la Arbitrariedad de los Poderes Públicos
 - STC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73).
- Garantía de legalidad
 - STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).
- Garantía de protección de los derechos fundamentales de los internos
 - STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).
- Jurisdicción propia, actuado en sustitución del sentenciador
 - SSTS 965/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621) y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660).
- Pieza básica del sistema
 - STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).
 - STCJ de 8 de julio de 1991.
- Supervisor de medidas administrativas
 - STC 129/1995, 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

Periodos de seguridad

- Fundamento

Peligrosidad

SSTS 626/2005, de 13 de mayo (ROJ: STS 3062/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3062); 1291/2005, de 8 de noviembre (ROJ: STS 6833/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6833); 18/2018, de 17 de enero (ROJ: STS 61/2018 - ECLI:ES:TS:2018:61) 459/2019, de 14 de octubre (ROJ: STS 2997/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2997); 610/2020, de 13 de noviembre (ROJ: STS 3779/2020 -

ECLI:ES:TS:2020:3779); 336/2021, de 22 de abril de 2021 (ROJ: STS 1385/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1385).

Prevención general

STS 712/2021, de 22 de septiembre (ROJ: STS 3487/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3487).

- Momento de fijación: sentencia

STS 336/2021, de 22 de abril (ROJ: STS 1385/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1385).

- Naturaleza: carácter material

STS 748/2006, de 12 de junio (ROJ: STS 4583/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4583).

- Régimen transitorio. Irretroactividad

STS 748/2006, de 12 de junio (ROJ: STS 4583/2006 - ECLI:ES:TS:2006:4583).

Permisos penitenciarios

- Concepto

STC 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81).

- Concesión: no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley.

SSTC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112); 2/1997, de 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88).

- Fin de los permisos: Cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, a fortalecer los vínculos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión

SSTC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112); 2/1997, de 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88).

- Función del Juez

Necesidad de previo pronunciamiento de la Junta de Tratamiento

AAP Segovia de 7 de octubre de 2008; AAP Valladolid (2ª) de 5 de febrero de 2013.

Plena potestad del Juez de Vigilancia: la decisión de la Junta de Tratamiento no limita su valoración

AAP Segovia de 6 de julio de 2018.

Revisión del acuerdo con relación a la fecha del acuerdo denegatorio

SSTS 308/2012 (ROJ: STS 3449/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3449); STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

AAP Segovia de 20 de octubre de 2010; AAP Valladolid (2ª) 508/2010, de 15 de noviembre (ROJ: AAP VA 820/2010 - ECLI:ES:APVA:2010:820A); AAP Valladolid (2ª) 171/2017, de 21 de marzo de 2017 (ROJ: AAP VA 322/2017 - ECLI:ES:APVA:2017:322A).

- Funcionales para el acceso a regímenes de semilibertad

STC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112).

- Mecanismo que chequeo la eficacia del tratamiento

STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

- Motivación

Exigencia de motivación de las resoluciones judiciales: exigible una motivación concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor superior libertad

SSTC 2/1997, de 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81); 193/1997, de 11 de noviembre (ROJ: STC 193/1997 - ECLI:ES:TC:1997:193).

Exigencia de motivación de las resoluciones judiciales: únicamente se extiende a valorar si las mismas no incurren en irrazonabilidad manifiesta, arbitrariedad o insuficiencia de motivación

SSTC 14/1991, de 28 de enero (ROJ: STC 14/1991 - ECLI:ES:TC:1991:14); 148/1994, de 12 de mayo (ROJ: STC 148/1994 - ECLI:ES:TC:1994:148).

Ha de expresarse las circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines de aquellos

SSTC 112/1996, de 24 de junio (ROJ: STC 112/1996 - ECLI:ES:TC:1996:112); 2/1997, de 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); 75/1998, de 31 de marzo (ROJ: STC 75/1998 - ECLI:ES:TC:1998:75); 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88).

- Naturaleza

Carácter regimental

SSTS 965/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621) y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660).

No derecho fundamental, ni subjetivo

TEDH, Decisión de no admisión de 22 de enero de 2013.

SSTC 75/1998, de 31 de marzo (ROJ: STC 75/1998 - ECLI:ES:TC:1998:75); 88/1998, de 9 de mayo (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88); 137/2000, de 29 de mayo (ROJ: STC 137/2000 - ECLI:ES:TC:2000:137); 194/2002, de 28 de octubre (ROJ: STC 194/2002 - ECLI:ES:TC:2002:194).

- Permisos extraordinarios: motivos que los justifican

Responden a principios humanitarios

SSTEDH de 12 de noviembre de 2002, *asunto Płoski c. Polonia* y de 29 de noviembre de 2011, *asunto Giszczak c. Polonia*.

STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

Cumplimiento de la mayoría de edad de un hijo: no es causa

ATS de 22 de febrero (ROJ: ATS 1849/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1849A).

Boda de un hijo

AJVP Andalucía nº 3 (Málaga) de 11 de octubre de 1999.

Comunión

AAP Valladolid (2ª) de 19 de abril de 2002.

Intervención quirúrgica en hospital privado

AAP Segovia de 21 de enero de 2019.

- Permisos penitenciarios internos preventivos urgentes Director de la prisión

AJI nº 4 de Manresa de 5 de enero de 2019.

- Requisitos:

Mala conducta: Concepto ligado a la evolución tratamental, no mera concurrencia de sanciones

STS 124/2019, de 8 de marzo (ROJ: STS 859/2019 - ECLI:ES:TS:2019:859).

Mala conducta: concepto objetivo ligado a la mera constatación de sanciones

AAP Valladolid (2ª) 78/2008, de 11 de abril (ROJ: AAP VA 141/2008 - ECLI:ES:APVA:2008:141A); AAP Valladolid (2ª) 243/2011, de 3 de junio (ROJ: AAP VA 435/2011 - ECLI:ES:APVA:2011:435A).

Plazo: es aplicables incluso cuando concorra la pena de prisión permanente revisable con una pluralidad de penas de esa misma clase u otras

STS 298/2017, de 27 de abril (ROJ: STS 1592/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1592).

- Salidas terapéuticas

AATS de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: ATS 17256/2009 - ECLI:ES:TS:2009:17256A); de 22 de febrero de 2017 (ATS 1398/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1398A).

- Recurso de apelación

Efecto de la estimación del recurso: mera devolución a la Junta para adoptar nueva decisión

AAP Almería (1ª) de 5 de julio de 1997; AAP Almería (1ª) de 21 de diciembre de 1998.

Inadmisibilidad a trámite: cuestión de mera legalidad

SSTC 115/2003, de 16 de junio (ROJ: STC 115/2003 - ECLI:ES:TC:2003:115); 114/2004, de 12 de julio (ROJ: STC 114/2004 - ECLI:ES:TC:2004:114); 87/2005, de 18 de abril (ROJ: STC 87/2005 - ECLI:ES:TC:2005:87); 227/2005, de 12 de septiembre (ROJ: STC 227/2005 - ECLI:ES:TC:2005:227); 62/2006, de 27 de febrero (ROJ: STC 62/2006 - ECLI:ES:TC:2006:62).

Inadmisibilidad a trámite: necesidad de que la decisión se adopte motivadamente en la forma establecida en las leyes procesales y mediante una decisión motivada

SSTC 115/2003, de 16 de junio (ROJ: STC 115/2003 - ECLI:ES:TC:2003:115); 114/2004, de 12 de julio (ROJ: STC 114/2004 - ECLI:ES:TC:2004:114); 87/2005, de 18 de abril (ROJ: STC 87/2005 - ECLI:ES:TC:2005:87); 227/2005, de 12 de septiembre (ROJ: STC 227/2005 - ECLI:ES:TC:2005:227); 62/2006, de 27 de febrero (ROJ: STC 62/2006 - ECLI:ES:TC:2006:62).

- Suspensión/revocación

Revocación: cabe cuando hayan variado las circunstancias que propiciaron su concesión

STS 541/2016, de 17 de junio (ROJ: STS 2934/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2934).

AAP Madrid (5ª) de 5 de octubre de 2015 (ROJ: AAP M 1260/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1260A).

Revocación: solo en caso de fuga o comisión de un nuevo delito durante el disfrute de aquel

AAP Barcelona (9ª) 60/2004, de 30 de diciembre (ROJ: AAP B 6379/2004 - ECLI:ES:APB:2004:6379A); AAP Barcelona (9ª) 425/2005, de 21 de marzo (ROJ: AAP B 1439/2005 - ECLI:ES:AP B:2005:1439A); AAP Barcelona (9ª) 545/2005, de 24 de marzo (ROJ: AAP B 1513/2005 - ECLI:ES:APB:2005:1513A); AAP Sevilla (4ª) 752/2009, de 13 de noviembre (ROJ: AAP SE 2730/2009 - ECLI:ES:APSE:2009:2730A); AAP Pontevedra 667/2011, de 17 de noviembre (ROJ: AAP PO 1388/2011 - ECLI:ES:AP PO:2011:1388A).

- Valoración del Juez de Vigilancia: criterios

Alarma social

SSTC 66/1997, de 7 de abril (ROJ: STC 66/1997 - ECLI:ES:TC:1997:66); 98/1997, de 20 de mayo (ROJ: STC 98/1997 - ECLI:ES:TC:1997:98); 47/2000, de 17 de febrero (ROJ: STC 47/2000 - ECLI:ES:TC:2000:47); 8/2002, de 14 de enero (ROJ: STC 8/2002 - ECLI:ES:TC:2002:8).

Drogodependencia

AAP Segovia de 30 de abril de 2013.

Existencia de procedimiento de extradición/OED

SSTC 19/1999, de 22 de febrero; 5/1998, de 12 de enero (ROJ: STC 5/1998 - ECLI:ES:TC:1998:5); 71/2000, de 13 de marzo (ROJ: STC 71/2000 -

ECLI:ES:TC:2000:71); y 72/2000, de 13 de marzo (ROJ: STC 72/2000 - ECLI:ES:TC:2000:72).

AAP Segovia 24/2020.

Implicación del interno en hechos penales cometidos en el disfrute de permiso

ATC 114/1997, de 21 de abril (ROJ: ATC 114/1997 - ECLI:ES:TC:1997:114A).

STS 425/2022, de 29 de abril (ROJ: STS 1677/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1677).

Tiempo que resta para alcanzar la libertad condicional

SSTC 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81); 88/1998, de 21 de abril (ROJ: STC 88/1998 - ECLI:ES:TC:1998:88); 109/2000, de 5 de mayo (ROJ: STC 109/2000 - ECLI:ES:TC:2000:109).

Peticiones y quejas art. 76.2. g) LOGP

- Contenido de la competencia: pronunciamiento indemnizatorio

Sí cabe

AAP Sevilla (4ª) 223/2008, de 15 de abril (ROJ: AAP SE 819/2008 - ECLI:ES:APSE:2008:819A); AAN (1ª) 760/2010, de 17 de diciembre; AAP Cádiz (1ª) 186/2017, de 8 de mayo (ROJ: AAP CA 434/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:434A); AAP Sevilla (4ª) 945/2017, de 18 de julio (ROJ: AAP SE 1619/2017 - ECLI:ES:APSE:2017:1619A).

No cabe

AAP Segovia 99/2012, de 28 de diciembre; AAP Segovia 5/2016, de 29 de enero.

- Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: órganos judiciales especializado, perteneciente al orden jurisdiccional penal, diversos de los órganos administrativos especializados o de los tribunales de la jurisdicción contencioso, como mecanismo de control de la actuación administrativa

STC129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

- Límite de las peticiones o quejas: no alterar el régimen de competencia para el control de los actos administrativos

STCJ 1/2020, de 12 de febrero.

- No superdirector

AP Segovia de 5 de abril de 2013.

- Presupuesto de las quejas: vulneración de derechos material, no meramente potencial
SSTCJ de 7 (2) y 28 de junio de 1995.

- Objeto de las peticiones o queja: derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios

STS 167/2013, de 28 de febrero (ROJ: STS 1078/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1078).

Posición desfavorecida de los internos

- Acceso a copia de las actuaciones administrativas

STEDH de 11 de octubre de 2016, *asunto Cano Moya c. España*.

- Acceso al expediente personal del interno

STC 164/2021, 4 de octubre (ROJ: STC 164/2021 - ECLI:ES:TC:2021:164).

- Admisión de un recurso de apelación presentado en plazo ante la Administración penitenciaria sin firma de letrado

STC 11/2003, de 27 de enero (ROJ: STC 11/2003 - ECLI:ES:TC:2003:11).

- Escritos presentados ante el Director de un establecimiento

SSTC 29/1981, de 24 de julio (ROJ: STC 29/1981 - ECLI:ES:TC:1981:29); 1/2007, de 15 de enero (ROJ: STC 1/2007 - ECLI:ES:TC:2007:1); y 125/2010, de 29 de noviembre (ROJ: STC 125/2010 - ECLI:ES:TC:2010:125).

- No exigencia a los internos de las formalidades propias del lenguaje técnico-jurídico

STC 221/2006, de 3 de julio (ROJ: STC 221/2006 - ECLI:ES:TC:2006:221).

- No designación de abogado de oficio fuera del recurso de apelación

SSTC 229/1993, de 12 de julio (ROJ: STC 229/1993 - ECLI:ES:TC:1993:229); 42/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 42/2008 - ECLI:ES:TC:2008:42).

Principio de legalidad

- Juez de Vigilancia Penitenciaria: medio efectivo de control de la legalidad administrativa

SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73); 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

- Ley penitenciaria: se entiende en el sentido de legislación penitenciaria

STC 106/2001, de 23 de abril (ROJ: STC 106/2001 - ECLI:ES:TC:2001:106).

- Que *“la justicia no se detenga en la puerta de las prisiones”*

STEDH de 28 de junio de 1984, *asunto Campbell y Fell c. Reino Unido*

SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 297/1993, de 18 de octubre (ROJ: STC 297/1993 - ECLI:ES:TC:1993:297); 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97); 39/1997, de 7 de febrero (ROJ: STC 39/1997 - ECLI:ES:TC:1997:39).

Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en la Unión Europea

- Cláusulas de derechos fundamentales

SSTJUE de 5 de abril de 2016 (Asunto C-404/15), *Aranyosi y Caldaru*; de 25 de julio de 2018 (Asunto C-216/18 PPU), *Minister for Justice and Equality/LM* (Deficiencias del sistema judicial); de 15 de octubre de 2019 (Asunto C-128/18), *Dumitru-Tudor Dorobantu*.

STEDH de 9 de julio de 2019, *asunto Romeo Castaño c. Bélgica*.

- Criterio de interpretación conforme en Derecho UE

STJUE de 16 de junio de 2005 (Asunto C-105/03), *María Pupino*.

- Denegación de la transmisión: condiciones del internamiento en el Estado de ejecución

STJUE de 5 de abril de 2016 (Asunto C-404/15), *Aranyosi y Caldaru*.

- Denegación de la transmisión: existencia de medida de seguridad de libertad vigilada

Impide la transmisión de la pena o medida privativa de libertad

AAP Barcelona (21ª) 1534/19, de 19 de septiembre (ROJ: AAP B 9967/2019 - ECLI:ES:APB:2019:9967A).

No Impide la transmisión de la pena o medida privativa de libertad

AAP Guipúzcoa (1ª) 133/2020, de 2 de marzo (ROJ: AAP SS 1240/2020 - ECLI:ES:APSS:2020:1240A); el AAP Madrid (5ª) 1306/2021, de 11 de marzo.

- No aplicación de los mecanismos de reducción de la condena del Estado de ejecución por el tiempo anterior a la transmisión

STJUE de 8 de noviembre de 2016 (Asunto C-554/14), *Atanas Ognyanov*.

- Reinserción social: consideraciones

No solo arraigo y mantenimiento de lazos familiares

AAP Ciudad Real de 14 de junio de 2018.

Naturaleza del delito, tiempo cumplimiento pendiente o haber hecho frente al pago de las responsabilidades civiles

AAP Zaragoza (3ª) 595/2018, de 2 de octubre (ROJ: AAP Z 1962/2018 - ECLI:ES:APZ:2018:1962A).

- Resoluciones de libertad vigilada: concepto

AAP Guipúzcoa (1ª) 133/2020, de 2 de marzo (ROJ: AAP SS 1240/2020 - ECLI:ES:APSS:2020:1240A).

- Revocación del consentimiento a la transmisión: admisible si hay un cambio de circunstancias

AAP Mallorca (1ª), de 9 de diciembre de 2015.

Reeducación y reinserción social

- Derecho: no lo es

SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 19/1988, 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19); 28/1988, de 23 de febrero (ROJ: STC 28/1988 - ECLI:ES:TC:1988:28); 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150); 209/1993, de 28 de junio (ROJ: STC 209/1993 - ECLI:ES:TC:1993:209); 72/1994, de 3 de marzo (ROJ: STC 72/1994 - ECLI:ES:TC:1994:72); 2/1997, 13 de enero (ROJ: STC 2/1997 - ECLI:ES:TC:1997:2); 81/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 81/1997 - ECLI:ES:TC:1997:81); 79/1998, de 1 de abril (ROJ: STC 79/1998 - ECLI:ES:TC:1998:79); 137/2000, de 29 de mayo (ROJ: STC 137/2000 - ECLI:ES:TC:2000:137); 115/2003, de 16 de junio (ROJ: STC 115/2003 - ECLI:ES:TC:2003:115); 299/2005, 21 de noviembre (ROJ: STC 299/2005 - ECLI:ES:TC:2005:299); 23/2006, de 30 de enero (ROJ: STC 23/2006 - ECLI:ES:TC:2006:23); 236/2007, de 7 de noviembre (ROJ: STC 236/2007 - ECLI:ES:TC:2007:236); 160/2012, de 20 de septiembre (ROJ: STC 160/2012 - ECLI:ES:TC:2012:160); 128/2013, de 3 de junio (ROJ: STC 128/2013 - ECLI:ES:TC:2013:128).

AATC 15/1984, de 11 de enero (ROJ: ATC 15/1984 - ECLI:ES:TC:1984:15A); 486/1985, de 10 de julio (ROJ: ATC 486/1985 - ECLI:ES:TC:1985:486A); 303/1986, de 9 de abril (ROJ: ATC 303/1986 - ECLI:ES:TC:1986:303A); 780/1986, de 15 de octubre (ROJ: ATC 780/1986 - ECLI:ES:TC:1986:780A); 352/2008, de 10 de noviembre (ROJ: ATC 352/2008 - ECLI:ES:TC:2008:352A); 4/2019, de 29 de enero (ROJ: ATC 4/2019 - ECLI:ES:TC:2019:4A).

- Destinatario: a considerar no solo en el momento legislativo, o en el ejecutivo de cumplimiento, sino también en el judicial al fijar la pena

STS 1883/1999, de 30 de diciembre (ROJ: STS 8560/1999 - ECLI:ES:TS:1999:8560).

- Destinatario el Legislador

STS 1010/1993, de 25 de marzo (ROJ: STS 10721/1993 - ECLI:ES:TS:1993:10721).

- Excesiva duración de la pena contrario a fines de reinserción

SSTS 1656/1998, de 21 de diciembre (ROJ: STS 7801/1998 - ECLI:ES:TS:1998:7801); 1041/1999, de 23 de junio (ROJ: STS 4470/1999 - ECLI:ES:TS:1999:4470); 958/2001, de 18 de mayo (ROJ: STS 4086/2001 - ECLI:ES:TS:2001:4086); 343/2001, de 7 de marzo (ROJ: STS 1805/2001 - ECLI:ES:TS:2001:1805).

- Otros fines de la pena

SSTC 19/1988, 16 de febrero (ROJ: STC 19/1988 - ECLI:ES:TC:1988:19); 28/1988, de 23 de febrero (ROJ: STC 28/1988 - ECLI:ES:TC:1988:28); 150/1991, de 4 de julio (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150); 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); 119/1996, de 8 de julio

(ROJ: STC 119/1996 - ECLI:ES:TC:1996:119); 120/2000, de 10 de mayo (ROJ: STC 120/2000 - ECLI:ES:TC:2000:120).

Refundición penitenciaria

- Licenciamiento definitivo: no mero formulismo

ATS de 7 de abril de 2008 (ROJ: AAP VA 141/2008 - ECLI:ES:APVA:2008:141A) y STS 734/2008, de 14 de noviembre (ROJ: STS 6254/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6254).

- Mera suma aritmética

AAP Valladolid (2ª) 534/2010, de 25 de noviembre (ROJ: AAP VA 752/2010 - ECLI:ES:APVA:2010:752A).

- No efecto cosa juzgada liquidaciones de condena

SSTS 343/2011, de 3 de mayo (ROJ: STS 2864/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2864); 874/2014, de 27 de enero (ROJ: STS 471/2014 - ECLI:ES:TS:2014:471); y 515/2020 octubre de 2020 (ROJ: STS 3617/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3617).

- Principio de unidad de ejecución

SSTS 29 de septiembre de 1992 (ROJ: STS 7336/1992 - ECLI:ES:TS:1992:7336) y 24 de junio de 1994 (ROJ: STS 4912/1994 - ECLI:ES:TS:1994:4912).

- Refundición causas licenciadas

SSTS 685/2020, de 10 de septiembre (ROJ: STS 4445/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4445); 374/2021, de 5 de mayo (ROJ: STS 1670/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1670).

ATS 1220/2016, de 7 de julio (ROJ: ATS 7749/2016 - ECLI:ES:TS:2016:7749A).

AAP Huesca (1ª) 20/1996, de 18 de marzo (ROJ: AAP HU 36/1996 - ECLI:ES:AP HU:1996:36A); AAP Alicante 90/1997, de 21 de marzo; Salamanca (1ª) 356/2011, de 8 de noviembre (ROJ: AAP SA 384/2011 - ECLI:ES:APSA:2011:384A); y AAP Alicante 534/2017, de 30 de junio.

AJCVP de 14 de abril de 2014.

- Terminología

STS 467/2022, de 15 de mayo (ROJ: STS 2007/2022-ECLI:ES:TS:2022:2007).

Régimen disciplinario

- Admisibilidad de un régimen disciplinario especial en materia carcelaria

STEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell c. Reino Unido*.

- Juez de Vigilancia Penitenciaria: carece de potestad para imponer una conducta que implique una restricción de un derecho del interno al margen del procedimiento disciplinario establecido y sin las plenas garantías exigibles
STC 212/2003, de 1 de diciembre (ROJ: STC 212/2003 - ECLI:ES:TC:2003:212).
- Juez de Vigilancia Penitenciaria: relevancia de su papel en materia sancionadora
SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73); 74/1985, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 190/1987, de 1 de diciembre (ROJ: STC 190/1987 - ECLI:ES:TC:1987:190); 161/1993, de 17 de mayo (ROJ: STC 161/1993 - ECLI:ES:TC:1993:161).
- Naturaleza sanción disciplinaria: no carácter penal
SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 186/1993, de 7 de junio (ROJ: STC 186/1993 - ECLI:ES:TC:1993:186); 297/1993, de 28 de octubre (ROJ: STC 297/1993 - ECLI:ES:TC:1993:297); 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97); 169/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 169/1996 - ECLI:ES:TC:1996:169).
- Principio de legalidad: regulación reglamentaria
STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

Régimen disciplinario: garantías del procedimiento

- Abogado de libre designación: vulneración del derecho de defensa si no se da curso a la petición
STC 83/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 83/1997 - ECLI:ES:TC:1997:83).
- Abogado de oficio
SSTC 229/1993, de 12 de julio (ROJ: STC 229/1993 - ECLI:ES:TC:1993:229); 42/2008, de 20 de marzo (ROJ: STC 42/2008 - ECLI:ES:TC:2008:42); 233/1998, de 1 de diciembre (ROJ: STC 233/1998 - ECLI:ES:TC:1998:233).
- Acceso al material probatorio
SSTC 156/2009, de 29 de junio (ROJ: STC 156/2009 - ECLI:ES:TC:2009:156); 66/2007, de 27 de marzo (ROJ: STC 66/2007 - ECLI:ES:TC:2007:66).
- Asesoramiento: no derecho del letrado a asistir a las sesiones de la Comisión Disciplinaria
STC 192/1987, de 2 de diciembre (ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192).
- Asesoramiento por tercero: cabe imponer que sea por escrito
STC 192/1987, de 2 de diciembre (ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192).
- Carácter no público del procedimiento
STC 192/1987, de 2 de diciembre (ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192).

- Doble instancia en materia sancionadora: no procede

SSTC 109/1987, de 19 de junio (ROJ: STC 109/1987 - ECLI:ES:TC:1987:109); 160/1993, de 17 de mayo (ROJ: STC 160/1993 - ECLI:ES:TC:1993:160); 322/1993, de 12 de noviembre (ROJ: STC 322/1993 - ECLI:ES:TC:1993:322); 199/1994, de 4 de julio (ROJ: STC 199/1994 - ECLI:ES:TC:1994:199); 20/2009, de 26 de enero (ROJ: STC 20/2009 - ECLI:ES:TC:2009:20); 128/1998, de 16 de junio (ROJ: STC 128/1998 - ECLI:ES:TC:1998:128).

- Garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE propias del proceso penal

SSTC 83/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 83/1997 - ECLI:ES:TC:1997:83); 66/2007, de 27 de marzo (ROJ: STC 66/2007 - ECLI:ES:TC:2007:66).

- Legalidad de la prueba

SSTC 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97); 175/2000, de 26 de junio (ROJ: STC 175/2000 - ECLI:ES:TC:2000:175); 237/2002, de 9 de diciembre (ROJ: STC 237/2002 - ECLI:ES:TC:2002:237); 169/2003, de 29 de septiembre (ROJ: STC 169/2003 - ECLI:ES:TC:2003:169).

- Motivación

SSTC 189/1998, de 28 de septiembre (ROJ: STC 189/1998 - ECLI:ES:TC:1998:189); 120/1999, de 28 de junio (ROJ: STC 120/1999 - ECLI:ES:TC:1999:120); 249/2000, de 30 de octubre (ROJ: STC 249/2000 - ECLI:ES:TC:2000:249); 155/2002, de 22 de julio (ROJ: STC 155/2002 - ECLI:ES:TC:2002:155); 209/2002, de 11 de noviembre (ROJ: STC 209/2002 - ECLI:ES:TC:2002:209).

- Prejudicialidad

Alcance

SSTC 189/1998, de 28 de septiembre (ROJ: STC 189/1998 - ECLI:ES:TC:1998:189); 120/1999, de 28 de junio (ROJ: STC 120/1999 - ECLI:ES:TC:1999:120); 249/2000, de 30 de octubre (ROJ: STC 249/2000 - ECLI:ES:TC:2000:249); 155/2002, de 12 de junio (ROJ: STC 155/2002 - ECLI:ES:TC:2002:155); 209/2002, de 11 de noviembre. (ROJ: STC 155/2002 - ECLI:ES:TC:2002:155).

Distinta apreciación de los hechos, siempre que sea motivada

SSTC 77/1983, de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77); 62/1984, de 21 de mayo (ROJ: STC 62/1984 - ECLI:ES:TC:1984:62); 158/1985, de 26 de noviembre (ROJ: STC 158/1985 - ECLI:ES:TC:1985:158).

Nueva valoración en vía sancionadora: falta de justificación o prueba de los hechos en vía penal

SSTC 77/1983, de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77); 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); 94/1986, de 8 de julio (ROJ: STC 94/1986 - ECLI:ES:TC:1986:94); 76/1990, de 26 de abril (ROJ: STC 76/1990 - ECLI:ES:TC:1990:76); 112/1990, de 18 de junio (ROJ: STC 112/1990 - ECLI:ES:TC:1990:112); 59/1996, de 15 de abril (ROJ: STC 59/1996 - ECLI:ES:TC:1996:59).

- Presunción de inocencia

SSTC 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97);
175/2000, de 26 de junio (ROJ: STC 175/2000 - ECLI:ES:TC:2000:175);
237/2002, de 9 de diciembre (ROJ: STC 237/2002 - ECLI:ES:TC:2002:237);
169/2003, de 29 de septiembre (ROJ: STC 169/2003 - ECLI:ES:TC:2003:169).

- Principio *ne bis in idem*

Alcance en el ámbito de las relaciones de sujeción especial

SSTC 74/1985, de 18 de junio; 77/ 1983 de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77); 159/1985 de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); y 112/1990 de 18 de junio (ROJ: STC 112/1990 - ECLI:ES:TC:1990:112).

Doble sanción penal y administrativa: siempre que el fundamento sea diverso

SSTC 77/1983, de 3 de octubre (ROJ: STC 77/1983 - ECLI:ES:TC:1983:77);
177/1999, de 11 de octubre (ROJ: STC 177/1999 - ECLI:ES:TC:1999:177); STC
234/1991, de 10 de diciembre (ROJ: STC 234/1991 - ECLI:ES:TC:1991:234).

- Prueba ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria: solo pueden postularse aquellas que hubieren sido denegadas.

STC 74/1985, de 18 de junio.

- Prueba de cargo: parte extendido por el funcionario

STC 192/1987, de 2 de diciembre (ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192).

- Recurso verbal contra sanción al tiempo de la notificación: ante el funcionario

STC 199/1992, de 19 de noviembre (ROJ: STC 199/1992 - ECLI:ES:TC:1992:199).

Régimen disciplinario: sanción de aislamiento en celda

- Alcance de la aprobación judicial

Control formal de la sanción

AAP Segovia 41/2008, de 14 de octubre; AAP Segovia 5/2009, de 28 de enero;
AAP Segovia 88/2013, de 7 de noviembre; AAP Segovia 106/2018, de 15 de noviembre.

Control material

AAP Madrid 665/2019, de 15 de febrero.

- Carácter excepcional

STEDH de 17 de noviembre de 2015, *asunto Bamouhammad c. Belgique*.

- Legitimidad

STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

- Necesaria aprobación judicial de la sanción superior a catorce días de aislamiento: tanto si deriva de un único expediente, como de varios por hechos que deberían haber sido examinados en uno

SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2);
128/1996, de 9 de julio (ROJ: STC 128/1996 - ECLI:ES:TC:1996:128).

- No es trato inhumano

STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

Régimen penitenciario

- Art. 117 RP

AJVP de Castilla y León nº 1 de 3 de septiembre de 2020 (*asunto Urdangarín*).

- Naturaleza

Carácter dispositivo

AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*)
(ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A).

Carácter imperativo

AAP Ávila 231/2019, de 25 de octubre (ROJ: AAP AV 257/2019 -
ECLI:ES:APAV:2019:257A) (*asunto Urdangarín*); AAP Palma de Mallorca (1ª)
496/2020, de 22 de septiembre (ROJ: AAP IB 239/2020 -
ECLI:ES:APIB:2020:239A).

AAJVP de Castilla y León nº 1 de 17 de septiembre de 2019; de 13 de agosto de
2020 (ROJ: AJVP VA 1/2020 - ECLI:ES:JVPVA:2020:1A) (*asunto Urdangarín*); y
de 3 de septiembre de 2020 (*asunto Urdangarín*).

Registro de las celdas

- No es domicilio

SSTC 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89);
106/2012, de 21 de mayo (ROJ: STC 106/2012 - ECLI:ES:TC:2012:106).

SSTS 2799/1994, de 11 de octubre (ROJ: STS 21034/1994 -
ECLI:ES:TS:1994:21034); (s/n) de 24 de noviembre (ROJ: STS 5960/1995 -
ECLI:ES:TS:1995:5960); 515/1998, de 6 de abril (ROJ: STS 2281/1998 -
ECLI:ES:TS:1998:2281); 799/2003, 29 de mayo (ROJ: STS 3666/2003 -
ECLI:ES:TS:2003:3666).

- Información al interno del resultado del registro

SSTC 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89);
106/2012, de 21 de mayo (ROJ: STC 106/2012 - ECLI:ES:TC:2012:106).

Relación penitenciaria

- Relación de sujeción especial

SSTC 74/1985, de 18 de junio; 159/1985, de 27 de noviembre (ROJ: STC 159/1985 - ECLI:ES:TC:1985:159); STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 112/1990, de 18 de junio (ROJ: STC 112/1990 - ECLI:ES:TC:1990:112); 120/1990, de 27 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129); 6/2020, de 27 de enero (ROJ: STC 6/2020 - ECLI:ES:TC:2020:6).

- Peculiaridades del tratamiento

STC 83/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 83/1997 - ECLI:ES:TC:1997:83).

Restricciones de derechos: procedimientos

- Comunicaciones de actos de la Administración penitenciaria restrictivos de derechos de los internos. Pronunciamiento de oficio del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

SSTC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129); 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (ROJ: STC 128/1997 - ECLI:ES:TC:1997:128); 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200); y 194/2002, de 28 de octubre (ROJ: STC 194/2002 - ECLI:ES:TC:2002:194).

- Control preventivo de derechos: no cabe

SSTCJ de 7 (2) y 28 de junio de 1995.

- Requisitos

Fin constitucionalmente legítimo, proporcionalidad y respeto del contenido esencial del derecho.

SSTC 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57); 143/1994, de 12 de mayo (ROJ: STC 143/1994 - ECLI:ES:TC:1994:143); 98/2000, de 10 de abril (ROJ: STC 98/2000 - ECLI:ES:TC:2000:98); 186/2000, de 10 de julio (ROJ: STC 186/2000 - ECLI:ES:TC:2000:186); 156/2001, de 2 de julio (ROJ: STC 156/2001 - ECLI:ES:TC:2001:156); 70/2002, de 3 de abril (ROJ: STC 70/2002 - ECLI:ES:TC:2002:70); 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89).

Establecimiento por Ley

SSTC 32/1987, de 12 de marzo (ROJ: STC 32/1987 - ECLI:ES:TC:1987:32); 86/1996, de 21 de mayo (ROJ: STC 86/1996 - ECLI:ES:TC:1996:86); 169/2001, de 16 de julio (ROJ: STC 169/2001 - ECLI:ES:TC:2001:169); 217/2015, de 22 de octubre (ROJ: STC 217/2015 - ECLI:ES:TC:2015:217); y 84/2018, de 16 de julio (ROJ: STC 84/2018 - ECLI:ES:TC:2018:84).

Finalidad penitenciaria como objeto de la restricción

SSTC 83/1997, de 22 de abril (ROJ: STC 83/1997 - ECLI:ES:TC:1997:83); 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); 161/1997, de 2 de octubre (ROJ: STC 161/1997 - ECLI:ES:TC:1997:161); 11/2006, de 16 de enero (ROJ: STC 11/2006 - ECLI:ES:TC:2006:11); 89/2006, de 27 de marzo (ROJ: STC 89/2006 - ECLI:ES:TC:2006:89).

No mera invocación interés general. Interés penitenciario

SSTC 37/1989, de 15 de febrero (ROJ: STC 37/1989 - ECLI:ES:TC:1989:37); 57/1994, de 28 de febrero (ROJ: STC 57/1994 - ECLI:ES:TC:1994:57).

Proporcionalidad

SSTC 66/1995, de 8 de mayo (ROJ: STC 66/1995 - ECLI:ES:TC:1995:66); 55/1996, de 28 de marzo (ROJ: STC 55/1996 - ECLI:ES:TC:1996:55); 207/1996, de 16 de diciembre (ROJ: STC 207/1996 - ECLI:ES:TC:1996:207); 69/1999, de 26 de abril (ROJ: STC 69/1999 - ECLI:ES:TC:1999:69).

Seguridad jurídica

SSTC 27/1981, de 20 de julio (ROJ: STC 27/1981 - ECLI:ES:TC:1981:27); 99/1987, de 11 de junio (ROJ: STC 99/1987 - ECLI:ES:TC:1987:99); 150/1990, de 4 de octubre (ROJ: STC 150/1990 - ECLI:ES:TC:1990:150); 173/1996, de 31 de octubre (ROJ: STC 173/1996 - ECLI:ES:TC:1996:173).

Trabajo de los internos

- Derecho de aplicación progresiva

SSTC 172/1989, de 19 de octubre (ROJ: STC 172/1989 - ECLI:ES:TC:1989:172); 17/1993, de 18 de enero (ROJ: STC 17/1993 - ECLI:ES:TC:1993:17).

Trabajos en beneficio de la comunidad

- Competencia JVP solo cuando es pena en sentido propio, no en sustitución, suspensión de condena o forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018

STS 603/2018, de 28 de noviembre (ROJ: STS 4027/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4027).

AATS de 3 de junio de 2016 (ROJ: ATS 6543/2016 - ECLI:ES:TS:2016:6543A), 3 octubre de 2019 (ROJ: ATS 9967/2019 - ECLI:ES:TS:2019:9967A), 31 de octubre de 2019 (ROJ: ATS 11362/2019 - ECLI:ES:TS:2019:11362A) y 4 de marzo de 2020 (ROJ: ATS 2239/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2239A).

- Declaración de incumplimiento por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria vincula al sentenciador
 STS 526/2018, e 5 de noviembre (ROJ: STS 3804/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3804).
 ATSJ Castilla y León 4/2013, de 22 de enero.
 AAP Segovia 101/2007, de 24 de julio (ROJ: AAP SG 127/2007 - ECLI:ES:APSG:2007:127A).
- Momento de prestación del consentimiento: antes de su ejecución.
 STS 4/2020, 16 de enero (ROJ: STS 619/2020 - ECLI:ES:TS:2020:619).

Traslado de internos. Elección centro de cumplimiento

- Inexistencia del derecho a cumplir en un lugar concreto
 SSTEDH de 23 de octubre de 2014, *asunto Vintman c. Ucrania*, §§ 77-78 y de 14 de febrero de 2016, *asunto Rodzevillo c. Ucrania*, § 84; Decisión de 7 de mayo de 2019, *asunto Fraile Iturralde c. España*.
 ATC 40/2017, de 28 de febrero (ROJ: ATC 40/2017 - ECLI:ES:TC:2017:40A).
 AAP Ávila 231/2019, de 25 de octubre (ROJ: AAP AV 257/2019 - ECLI:ES:APAV:2019:257A) (*asunto Urdangarín*).
 AAJVP de Castilla y León nº 1 de 17 de septiembre de 2019 (*asunto Urdangarín*); y de 15 de marzo de 2020 (*asunto Urdangarín*).
- Derecho del interno
 AAP Palma de Mallorca (1ª) 182/2020, de 1 de abril (*asunto Urdangarín*) (ROJ: AAP IB 9/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:9A).

Traslado pertenencias de los internos

- Hasta 25 kilos corresponde a la Administración
 STS 657/2018, de 14 de diciembre (ROJ: STS 4165/2018 - ECLI:ES:TS:2018:416).
- Condena a la Administración al pago en procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia
 AAP Sevilla (4ª) 223/2008, de 15 de abril (ROJ: AAP SE 819/2008 - ECLI:ES:APSE:2008:819A); AAP Cádiz (1ª) 186/2017, de 8 de mayo (ROJ: AAP CA 434/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:434A); AAP Sevilla (4ª) 945/2017, de 18 de julio (ROJ: AAP SE 1619/2017 - ECLI:ES:APSE:2017:1619A).
- Condena a la Administración al pago: no cabe ante el Juzgado de vigilancia
 AAP Segovia 99/2012, de 28 de diciembre; y 5/2016, de 29 de enero.

Tratamiento

- No afecta a los planteamientos ideológicos

AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A);
4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A)
(*asunto Procés*).

Tutela derechos fundamentales: función del JVP

SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73);
2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 143/1993, de
26 de abril; 147/1997, de 16 de septiembre (ROJ: STC 147/1997 -
ECLI:ES:TC:1997:147); 215/2007, de 8 de octubre (ROJ: STC 215/2007 -
ECLI:ES:TC:2007:215); 14/2011, de 28 de febrero (ROJ: STC 14/2011 -
ECLI:ES:TC:2011:14).

ATS 29 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 9725/2000 - ECLI:ES:TS:2000:9725A).