

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO LXXII**

**MMXIX**

**40 AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA  
GENERAL PENITENCIARIA**



**GOBIERNO  
DE ESPAÑA**

**MINISTERIO  
DE JUSTICIA**

**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
E IGUALDAD**

**BOE** BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

## Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

## Secretaria

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## Consejo de Redacción

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad San Pablo-CEU

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos

## Consejo Asesor

ADELA ASÚA BATARRITA

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad del País Vasco

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho Penal  
UNED

ELENA LARRAURI PIJOAN

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Granada

JUAN CÓRDOBA RODA

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

JESÚS M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra

ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y CIENCIAS PENALES

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Anual.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### **Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

# **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

**TOMO LXXII  
MMXIX**

**40 AÑOS DE LA LEY ORGÁNICA  
GENERAL PENITENCIARIA**

**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
E IGUALDAD**  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2019

<http://cpage.mpr.gob.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

ISSN: 0210-3001  
ISSN de la edición en línea, pdf: 2659-899X  
NIPO (AEBOE): 043-19-113-5 (edición en papel)  
043-19-114-0 (edición en línea, pdf)  
NIPO (M.º de Justicia): 051-15-011-7 (edición en papel)  
051-15-048-0 (edición en línea, pdf)  
Depósito legal: M-126-1958

---

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

## ÍNDICE

	<i>Págs.</i>
<b>SECCIÓN DOCTRINAL</b>	
<i>«Que cuarenta años no es nada»: Derecho Penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria</i> , por Carlos García Valdés .....	7
<i>Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios</i> , por Borja Mapelli Caffarena .....	31
<i>Consideraciones críticas sobre la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la intervención de las comunicaciones de los reclusos</i> , por Antonio Cuerda Riezu .....	55
<i>Las nuevas competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria</i> , por Avelina Alonso de Escamilla .....	75
<i>Traslados, desplazamientos y conducciones de presos</i> , por Esteban Mestre Delgado ....	91
<i>La Ley Orgánica General Penitenciaria 40 años después</i> , por Rosario de Vicente Martínez .....	127
<i>El consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario. Especial referencia a la huelga de hambre</i> , por Carmen Juanatey Dorado .....	155
<i>Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario</i> , por Ricardo Mata Martín .....	181
<i>Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria</i> , por Vicenta Cervelló Donderis .....	217
<i>Del soldado al empleado de Establecimientos Penales y al funcionario: Historia del personal penitenciario</i> , por Carmen Figueroa Navarro .....	265
<i>Las Circulares de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: Los decisivos eslabones de la Reforma penitenciaria</i> , por Felipe Renart García .....	311
<i>De la disciplina a la seguridad integral: Los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria</i> , por Enrique Sanz Delgado .....	347
<i>La Central Penitenciaria de Observación. Medio siglo de «historia palpitante»</i> , por Abel Téllez Aguilera .....	403

<i>El Derecho penitenciario humanitario</i> , por Cristina Rodríguez Yagüe .....	439
<i>Del sistema progresivo a la individualización científica. La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el Derecho Penitenciario</i> , por Daniel Fernández Bermejo .....	483
<i>Yihadismo y Derecho Penitenciario. La prevención del extremismo violento en prisión desde una perspectiva tratamental</i> , por Sara Carou-García .....	521
<i>Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: perspectiva supranacional</i> , por Sergio Cámara Arroyo .....	567
<i>Situación penitenciaria en España durante la transición</i> , por Antonio Andrés Laso ...	609
<i>Prontuario de la doctrina del Tribunal Supremo en algunos ámbitos de aplicación y ejecución de la pena privativa de libertad</i> , por Eugenio Arribas López .....	639
<i>La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable</i> , por Ángela Casals Fernández .....	669
<i>Reeducación y reinserción social del recluso (terrorista)</i> , por Montse López Melero ...	701
<i>Una cuestión no resuelta: la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en España y Perú</i> , por Diana Gisella Milla Vásquez .....	731
<i>La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria tras cuarenta años de vigencia. Algunas razones que la justifican</i> , por Javier Nistal Burón .....	747
<i>Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma</i> , por Puerto Solar Calvo .....	777
<b>JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA</b>	
<i>Ley penitenciaria y Tribunal Constitucional (Un estudio sobre la doctrina constitucional en materia penitenciaria)</i> , por Abel Téllez Aguilera .....	811



«Que cuarenta años no es nada»: Derecho  
Penitenciario español, antecedentes y Ley General  
Penitenciaria

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal UAH

*Al profesor, Enrique Gimbernat Ordeig, mi maestro,  
sin cuyo consejo generoso y esperanzado no  
hubiera desempeñado el cargo de mi vida.*

**RESUMEN**

*La evolución histórica del Derecho Penitenciario español y la creación de la Ley General Penitenciaria, de la que se cumplen ahora 40 años, es narrada por el autor de la misma en este trabajo, Ley que fue pieza fundamental de la transición democrática en nuestro país.*

*Palabras clave: Derecho Penitenciario. Historia. Ley General Penitenciaria. Cuarenta años de vigencia.*

**ABSTRACT**

*This paper addresses the evolution of Spanish prison and the recent history of Prison Law. The main architect of General Penitentiary Law analyzing the history of penitentiary institutions and the genesis of Law still in force and the enactment penitentiary institution. This year is the forty anniversary of Prison Law and author makes is a trip to the past, stage known as the democratic transition.*

*Key words: Penitentiary Law. Spanish penitentiary history. Spanish Penitentiary Act. Forty anniversary.*

## I

El Consejo de Redacción del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (a partir de ahora, ADPCP) ha tenido la feliz idea, respaldada por su director, mi maestro, el Prof. Enrique Gimbernat Ordeig, de dedicar este núm. de 2019 a celebrar los cuarenta años de la vigencia de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (a partir de ahora, LOGP) (1). Algunos de los más destacados especialistas en la materia se han reunido en estas páginas y yo no podía, lógicamente, quedarme al margen. Ha sido mi obra científica más significativa. A ella he dedicado muchas intervenciones y artículos a lo largo de estos años que, ciertamente, pareciera que se me han pasado volando aunque, en verdad, todo es relativo. De mis lejanos 32 años a mis actuales 72 hay un severo trecho pero, sin embargo, el que el texto legal, que fundamentalmente redacté, siga en vigor me hace sentir la realidad del dicho del tango argentino multiplicado por dos: efectivamente, estos cuarenta años han ido transcurriendo rápido, casi sin sentir, completando mi vida, en todos los aspectos y, penalmente, mi referencia profesional ha sido esta norma inigualable.

He dividido la presente exposición en dos grandes partes, como señalo en el título. La mención de los antecedentes legislativos que fueron la base de la presente Ley (2) y el proceso de redacción de la misma. Este último asunto, el más relevante, fue insuperable. No hubo entonces –ni habido después– un acuerdo parlamentario igual para promulgar una disposición penal. Más adelante me detendré en este tema fundamental pues sin él nada hubiera sido posible. Los dos aspectos que voy a tratar son determinantes en el proceso de formación de la Ley Penitenciaria española. Sin los brillantes precedentes legales poco se hubiera construido y sin el acuerdo de las fuerzas parlamentarias nada se hubiera logrado. Historia y consenso se unieron para hacer un texto único con cuarenta años de vigencia. El estudio

---

(1) *BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

(2) *Vid.*, por todos, FIGUEROA NAVARRO, M.<sup>a</sup> C.: «Los Orígenes del Penitenciarismo Español». Edisofer. Madrid, 2000; SANZ DELGADO, E: «El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX». Edisofer. Madrid, 2003; GARCÍA VALDÉS, C: «Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)», 1991, Ministerio de Justicia. Madrid, reimp. 2017; el mismo: «La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX». Edisofer. Madrid, 2006; el mismo: «Del presidio a la prisión modular». 3.<sup>a</sup> ed. Ópera Prima. Madrid, 2009; el mismo: «Apuntes históricos del Derecho penitenciario español». Edisofer. Madrid, 2014 y el mismo: «Las penas de prisión históricas: a propósito de un libro del Prof. Quintero Olivares», en *Libro-Homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*. Thomson Reuters/Aranzadi. Pamplona, 2018, pp. 681 ss.

permanente y el protagonismo momentáneo se unen así en mí en esta modesta aportación.

## II

Las formas históricas de la ejecución penal, en un principio, están lejos de la prisión. Penas como la de muerte y las corporales, además de las económicas, llenan el panorama sancionador español. La cárcel es instrumento de mera contención a la espera de la aplicación de los más graves entre los castigos mencionados. La Ley de Partidas se encarga de sentar la penalidad y el carácter del encierro (3) durante largo tiempo. El gran salto tiene lugar con la pena de galeras es decir «servir a remo y sin sueldo en los barcos del Rey», como significa la primitiva Cédula de los Reyes Católicos de 1502 (4) y la primera de las Pragmáticas al respecto de Carlos V de 1530 (5), suprimidas en 1803 (6). Su naturaleza es la de retención en un lugar determinado pero que no es edificio carcelario. Sí lo serán las galeras de mujeres, a partir del siglo XVII, y la condena a servir en las minas de mercurio de Almadén, pues cercana a la explotación existía la Real Cárcel de esclavos (7), comunicada con aquella por pasadizo subterráneo, que aún hoy existe parcialmente, pues se encuentra derruido el tramo final que enlazaba con la citada cárcel de la que únicamente pueden apreciarse ahora algunas celdas semiderruidas en los bajos de la actual Escuela de minas. De igual manera, en el Hospital de mineros, pueden reconocerse las celdas que todavía subsisten y que se empleaban para los presos enfermos.

Siendo el Derecho penitenciario español fundacional de carácter militar (8), los primeros reglamentos son los referentes a los arsenales

---

(3) *Partidas* 7, 31, 4; en el mismo sentido, *Libro de las Costumbres de Tortosa* 1, 3, 5 y *Novísima Recopilación* 12, 40, 7.

(4) *Real Cédula* de 14 de noviembre de 1502.

(5) *Pragmática* de 31 de enero de 1530.

(6) *Real Orden* de 30 de diciembre de 1803.

(7) *Vid.* SALILLAS, R.: «La Cárcel Real de esclavos y forzados de las minas de Almadén y las características legales de la penalidad utilitaria», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*, IV. Madrid, 1914, pp. 31 ss.

(8) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «El Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *ADPCP*, III, 1986, pp. 771 ss.; el mismo: «El Derecho penitenciario militar: sus orígenes», en *ADPCP*, 2012, pp. 5 ss.; SERRANO PATIÑO, J.V.: «El Derecho penitenciario militar español». Edisofer. Madrid, 2016 y el mismo: «Del sistema de aglomeración al sistema de individualización científica», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (a partir de ahora, *REP*), núm. 259, 2016, pp. 254 ss.

marineros (1804) (9) y a los presidios peninsulares o industriales (1807) (10). Los primeros decaen en 1805, con la derrota de nuestra escuadra en Trafalgar. Los segundos, tienen el importante precedente del de Cádiz. Paralelamente a los citados, África es destino también de nuestros presidiarios. Primero Orán (11) y después, perdida esta plaza, definitivamente Ceuta, Melilla, Alhucemas, Peñón de Vélez de la Gomera y Chafarinas (12). Serán desafectados en 1906 (13), por efecto del Tratado de Algeciras y situados sus internos en las prisiones continentales de El Dueso y Ocaña.

A diferencia de los hombres, las reclusas no serán destinadas a presidios sino que cumplirán su pena en prisiones y casas de corrección exclusivamente peninsulares (14). Las galeras de mujeres fueron, como ya he dicho, el enérgico precedente (15). Su denominación se extendió hasta el pasado siglo.

El reseñado presidio gaditano tiene una extrema importancia en esta brevísima introducción que estoy efectuando acerca del devenir de nuestro Derecho penitenciario. Y ello por dos causas fundamentales: por sus sucesivos Reglamentos de funcionamiento interno y por los ilustres soldados que los inspiraron. Antes de su regulación legal, el presidio situado en el Baluarte de los Mártires, ya había llevado a cabo la separación y división de los reclusos atendiendo al sexo, la edad, el delito cometido y su condición social. El trabajo carcelario en talleres y determinados incentivos también se habían introducido.

---

(9) Real Ordenanza de los arsenales de Marina, de 20 de marzo de 1804.

(10) Reglamento General de los presidios peninsulares, de 12 de septiembre de 1807.

(11) Vid. LLORENTE DE PEDRO, P.: «El penitenciarismo español del antiguo régimen aplicado a su presidio más significativo: Orán-Mazalquivir». Ministerio del Interior. Madrid, 2005.

(12) Vid. PEZZI, R.: «Los presidios menores de África y la influencia española en el Rif». Fortanet. Madrid, 1893; LLORENTE DE PEDRO, P.: «La ciencia penitenciaria del antiguo régimen aplicada al presidio de Ceuta». *Instituto de Estudios Ceutís*. Ceuta, 2007 y el mismo: «La pena de presidio en las plazas menores africanas hasta la Codificación Española de 1812», en *ADPCP*, 2008, pp. 265 ss.

(13) Vid. SALILLAS, R.: «La traslación de los presidiarios de África y la Reforma penitenciaria (historia palpitante)». Eduardo Arias. Madrid, 1906.

(14) Vid. Reglamento de 9 de junio de 1847. Todavía el Código Penal (a partir de ahora CP) de 1973, art. 77, recogía una reminiscencia de este principio al señalar que a las mujeres no se aplicarán penas de presidio sino de prisión.

(15) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Las casas de corrección de mujeres: Un apunte histórico», en *Libro-Homenaje al profesor doctor Ángel Torío López*. Comares. Granada, 1999, pp. 587 ss. y MARTÍNEZ GALINDO, G.: «Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las Cárceles de mujeres en España (1608-1913)». Edisofer. Madrid, 2002.

Los Reglamentos internos del mencionado establecimiento fueron pues dos, el de 1802 (16) y el de 1805 (17). Morla y Abadía, ambos jefes militares, pusieron en ellos, respectivamente, su inteligencia y dedicación al extravagante servicio que prestaban. El primero de ellos está dividido en cuatro partes: del presidido, que contenía las referencias a la localización o emplazamiento y a las exigencias para el funcionamiento del mismo; de los comandantes, título y denominación que se tomaba de la regulación de los arsenales y, después, se consagra en el de Ceuta; de los capataces o cabos de brigada y, en fin, de los presidiarios, en todo lo atinente a su alimentación, uniformidad, disciplina y trabajos de fortificación o en el interior del establecimiento.

El Reglamento del centro gaditano de 1805 es una gran obra. Junto a la pura organización interna y los detalles sobre la administración, este texto se nos muestra, respecto al anterior, más perfeccionado. Distingue entre las diversas categorías de reclusos, separándolos y clasificándolos. Diferencia así entre corregibles e incorregibles, destinando a los presidios africanos a los más contumaces y problemáticos, autores de «delitos feos y denigrativos», decía la nomenclatura original (18). El término de «incorregibles» se mantiene un siglo después, en el Real Decreto de 1902 (19), de catálogo general de establecimientos, y llega hasta el Decreto de 1932 (20), dedicado al mismo tema, cuando la prisión de Chinchilla, promontorio en la llanura albaceteña, elevada sobre las ruinas del castillo medieval, es el destino peninsular de los inadaptados. Asimismo, se ocupa la presente norma de 1805 de la educación de los jóvenes ingresados y, asunto muy trascendente, introduce las primeras medidas de cierta compensación en cuanto al tiempo de estancia carcelaria al equilibrar la posible y dura recarga de condena y las rebajas de penas. Será la Ordenanza de 1834 (arts. 303 ss.) la que selle definitivamente este último aspecto generoso de nuestro penitenciarismo decimonónico que dejará su huella en el futuro.

Si cada siglo tiene su personaje en cuanto a inspirador de las normas penitenciarias, en el XIX ha de figurar, en lugar prominente, el coronel Manuel Montesinos (21). Pagador y director después de las Torres de Cuarte, de San Agustín y del destacamento de las Cabrillas,

---

(16) Reglamento de 4 de agosto de 1802.

(17) Reglamento de 26 de marzo de 1805.

(18) *Novísima Recopilación* 7, 40, 12.

(19) Real Decreto de 10 de marzo de 1902.

(20) Decreto de 11 de noviembre de 1932.

(21) *Vid.* RICO DE ESTASEN, J.: «El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo». Imprenta de los Talleres Penitenciarios. Alcalá de Henares, 1948.

de Valencia, desde 1835 a 1854 y desde 1841, «con retención de esta comisión», visitador de los «establecimientos presidiales de la Península» (22), su impronta es determinante en el devenir de la pena privativa de libertad nacional. Fue Montesinos un militar de carrera, como todos los mandos carcelarios del momento, destinado a ese cometido extraño a su genuina función, como muchos otros de sus compañeros de armas, y lo desempeñó con entrega y vocación sobrevenidas. No solo cumplió con su deber sino que transformó el sistema de ejecución penal. Se le antojó difícil mandar a los hombres sin ofrecerles la esperanza de una más pronta liberación, ganada a pulso por su trabajo y comportamiento, acortamiento de condena no previsto en la legislación penal sustantiva. Ese fue, además, su mérito sobreañadido.

Tres especiales características vienen a configurar el orden penitenciario impuesto por el director de los mencionados presidios y destacamentos valencianos: la dignificación e individualización de los penados, el espíritu rehabilitador y de formación laboral de los reos y, la buena y lógica consecuencia: los bajos índices de reincidencia. Pero, sobre todas las cosas, Montesinos se distingue por la puesta en práctica del primer modelo de régimen progresivo de cumplimiento de penas. El recorrido por los diferentes grados iba introduciendo en el alma y en el historial del interno la garantía de la salida anticipada. De todas las etapas previstas (las dos primeras, hierros y trabajo) la tercera, denominada libertad intermedia, iba a ser fundamental para un Reglamento, el de Ceuta de 1889, que inmediatamente antes del siguiente siglo, sentará tal sistema progresivo en una disposición carcelaria. Habrá que esperar doce años, hasta 1901, para que tal régimen de cumplimiento sea artículo de fe duradero de nuestro penitenciarismo.

Si hiciéramos un sucinto repaso a la legislación del periodo, la influencia del teniente general Abadía y del coronel Montesinos es fácil detectarlas en la misma (23). Fueron los dos penitenciarios más relevantes de la etapa que nos ocupa. No únicamente mandaron establecimientos sino que, de una u otra manera, inspiraron la valiosa normativa de la época.

Ordenanzas, Reglamentos, Órdenes y Leyes se conjugaron para hacer grande nuestro Derecho penitenciario. Hasta lo que podría

---

(22) *Vid.* Real Orden, de 11 de enero de 1841, ratificada por Circular del 25 de julio siguiente y por Real Orden de 21 de marzo de 1848; *vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «Del presidio...», *ob. cit.* pp. 38 ss.

(23) *Vid.* SANZ DELGADO, E.: «Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en VVAA: «Marginalidad, cárcel, las otras creencias: primeros desarrollos jurídicos de la Pepa». Servicio de Publicaciones. Diputación de Cádiz, 2008, pp. 126 ss.

denominarse como periodo moderno, nada tiene comparación en Europa, muy atrasada al respecto. La bondad del sistema se va imponiendo de una forma clara. El respeto al interno, el trato adecuado al principio de humanidad, el desarrollo de una labor ocupacional –y en ocasiones utilitaria, objetivo característico de la época–, la compensación razonable entre premios y castigos y el inicio de los aspectos correccionales, inundan el articulado de cada disposición.

La enumeración es conocida. Desde la ordenación de los arsenales marineros, de 1804, a la de los presidios peninsulares, de 1807, todo viene a desembocar en la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 1834 (24), norma señera y fundamental donde las haya. Completa en extremo y recopiladora de la legislación del momento, su vigencia se prolonga hasta el Reglamento de 1913 cuando el penitenciarismo español ya era otro. Pero han pasado muchos años. No es lo mismo nuestro Derecho penitenciario con Montesinos, tal válido y necesario, que el después llevado a cabo con Cadalso, cuyas ideas perduraron durante décadas. La Ordenanza tuvo, además, cuatro Reglamentos de desarrollo de los diversos aspectos de funcionamiento interior, todos de 1844 (25). Conformaron así la regulación más total, precisa y conveniente de nuestro sistema de ejecución de penas privativas de libertad.

Si la disposición de la Reina Gobernadora es trascendental (26), la Ley de prisiones de 1849 (27) también lo es en lo referente a la competencia ministerial de los centros (28). Legislación breve, de carácter eminentemente administrativo, establece la definitiva separación del Derecho penitenciario civil del militar, ya apuntado en 1834 y aún antes, en 1830 (29) y dos años después, en 1832 (30). A partir de aquí y con el complemento, en 1881 (31), de la creación de cuerpo de

(24) Ordenanza General de 14 de abril de 1834.

(25) Real Orden de 5 de septiembre de 1844.

(26) Firmada por Dña. Cristina de Borbón, fue Inspirada por Javier de Burgos, ministro de Fomento en el gobierno de Francisco Martínez de la Rosa; sobre este gran administrativista, *vid.* MAESTRE ROCA, R: «Javier de Burgos, liberal doctrinario», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 181, 1972, pp. 133 ss. y GAY ARMENTEROS, J.: «De Burgos, el reformista ilustrado». Faes. Madrid, 2014.

(27) Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849.

(28) Fomento, cuyo titular es Javier de Burgos, es el competente para la regulación de los presidios. El citado ministerio había sido creado, en el reinado de Fernando VII, por Real Decreto de 9 de noviembre de 1832 con la denominación de Secretaría de Estado y del Despacho de Fomento General del Reino.

(29) Real Orden de 13 de marzo de 1830.

(30) Real Decreto de 9 de noviembre de 1832.

(31) Real Decreto de 23 de julio de 1881. El impulso de este paso trascendental se debe al ministro de Hacienda y de Gobernación, Venancio González, en el gobierno presidido por Práxedes Mateo Sagasta, reinando Alfonso XII; *vid.* GARCÍA

empleados de establecimientos penales, el sistema ordinario sobrevuela a una distancia y altura más que considerable del castrense en reglamentaciones, locales, medios y personal especializado. Las prisiones militares tendrán un curso de desarrollo lento en comparación con las civiles. El legislador y la mejor doctrina nacional de estas últimas se ocupan, dejando prácticamente al margen de su dedicación a las primeras. Quienes adelantaron el Derecho penitenciario español en un sentido global en competencia, regulación, establecimientos y mandos, van a ser relegados progresivamente a unos términos de huerfanismo incomparables con el ordenamiento que nace de la Ordenanza. Y fueron precisamente los militares, disciplinados y quitándose de encima, como una losa, lo que nunca les correspondía en pura lógica, quienes aceptaron disciplinadamente la dejación de estas funciones un tanto espurias pero correctamente desempeñadas.

Todavía dos importantes disposiciones van a conocer el espíritu reformador de Abadía y de Montesinos. Se trata de la Ley de Bases de 1869 (32) y el Reglamento de la prisión de Ceuta, de 1889 (33). En referencia a la primera, hay que destacar que el debate en cuanto al sistema de cumplimiento no estaba solucionado en España. Sí por el contrario en Europa, más proclive al celular, en vez del auburniano, ambos norteamericanos. El duro encierro solitario y silencioso en la celda, patrimonio del primero, no es del agrado de nuestro penitenciarismo. El régimen ideado en la penitenciaría neoyorquina, asilamiento nocturno y trabajo diurno, parece complacer más. Si a ello añadimos el progresivo de Montesinos es fácil deducir por cual se inclinó la Ley de Bases: impulsa el de Auburn y acepta las propuestas del coronel-director de Valencia. Y del mismo modo, pero ya volcado en la realidad ceutí, la colonia penitenciaria y el presidio se atienen claramente al sistema progresivo, antecedente de lo por venir a principios del nuevo siglo.

### III

El Derecho penitenciario moderno tiene tres figuras señeras y tres reglamentaciones superiores. Como continuación de finales del siglo XIX, el XX comienza con la consagración de autores como Concepción

---

VALDÉS, C.: «La ideología...», ob. cit. pp. 58 ss. y ahora, FIGUEROA NAVARRO, C.: «Del soldado al empleado de establecimientos penales y al funcionario: historia del personal penitenciario», en este mismo *ADPCP*.

(32) Ley de 21 de octubre de 1869.

(33) Real Decreto de 23 de diciembre de 1889.



Arenal, que desarrolla su gran actividad reformadora desde mediados del anterior, Rafael Salillas y Fernando Cadalso.

Visitadora de prisiones de Galicia, su tierra natal, e inspectora de las casas de corrección de mujeres, la primera; y funcionarios los otros dos grandes maestros de nuestro penitenciarismo, el panorama carcelario nacional se transforma con la obra de los tres citados.

Arenal (34) tiene publicadas sus obras completas, en variados tomos, desde 1894, siendo su impresor Victoriano Suárez (35). No todas se refieren al tema penitenciario pero las que así lo hacen tienen el sello de la magnanimidad y la piedad hacia los reclusos, por ejemplo la referida al visitador del preso, sin dejar de ser una persona pragmática y, por lo tanto, concededora de la realidad de los centros y de la peligrosidad de algunos de los internos. Su fe en la rehabilitación y en la corrección de los mismos se extiende por su literatura, así como la necesidad de preparación del personal de vigilancia. Restrictiva respecto a la pena de muerte, su campaña contra la publicidad de la misma inspira la Ley Pulido, de 1900 (36), posterior en siete años al fallecimiento de la prócer, que encierra las ejecuciones en el interior de las prisiones, y contraria al régimen celular; el cumplimiento penitenciario era para ella un conjunto de obligaciones y deberes tanto de los presos cuanto de la propia Administración. La después denominada relación especial de sujeción, más elaborada, no queda lejos, en mi opinión, de estos planteamientos señeros. Que sus escritos tuvieron influencia en el mundo carcelario no ofrece duda. Si intentaron concebir una situación mejor para los encarcelados, en verdad que lo consiguieron. Su crítica equilibrada logró atraer la atención del atento administrador del ramo.

---

(34) Vid. CABALLÉ, A.: «Concepción Arenal. La caminante y su sombra». Taurus. Barcelona, 2018 y MATA Y MARTÍN, R.: «Aproximación de Concepción Arenal y sistema penitenciario», en este mismo *ADPCP*.

(35) Madrid, 1894-1902; hay reimpresión de la misma editorial, librería de Victoriano Suárez, a partir de 1946.

(36) Ley de 9 de abril de 1900. Con inmediata anterioridad, y en el mismo sentido, se habían manifestado el art. 104 del Reglamento de la prisión celular de Madrid, de 23 de febrero de 1894 y la Real Orden de 24 de noviembre del mismo año. La mencionada norma de principios de siglo modifica el art. 102 del CP de 1870 diciendo, en este sentido: «La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo...»; el garrote como método de ejecución se había establecido por Real Decreto de 24 de abril de 1828 y Real Cédula del 28 de ese mismo mes. El verdugo, en un sentido moderno, había sido creado por Real Orden de 16 de diciembre de 1896. Para cuanto antecede, vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «No a la pena de muerte». *Cuadernos para el Diálogo*. Madrid, 1975, pp. 64 ss.

Salillas es un penitenciario crítico y un reformador de alta escuela (37). Ha escrito sobre casi todo lo relacionado con la delincuencia y su etiología, así como, especialmente, con el mundo carcelario. Alguno de sus textos son modélicos y de lectura obligada. Médico de carrera y funcionario de prisiones de vocación su impronta en este campo ha sido determinante. Todavía hoy su figura se recuerda como uno de los grandes. Sus estudios llenan un periodo clave para entender nuestro Derecho penitenciario. Bien sean los puramente criminológicos referidos a los delincuentes (el hampa, su lenguaje, el tatuaje o la trata de blancas), los concretos referidos a una cárcel clásica (Sevilla) o a una penalidad específica (las minas de Almadén), los dedicados a Concepción Arenal y a Montesinos, a la defensa de la prioridad española del sistema progresivo o al traslado de los prisioneros africanos a la Península, la recopilación de sensaciones y recuerdos –lo que denomina la «vida penal»– acerca del mundo carcelario o, en fin, los generales sobre de la evolución histórica, lo imprescindible de los mismos se deja sentir en la mejor ciencia y más adecuada legislación patria.

Cadalso es el típico funcionario de escalafón (38). Pasó con éxito por muchos de los mandos y terminó como Inspector General (equivalente después a Director General y hoy a Secretario General) de Prisiones. Preparado e inteligente, también su obra científica es más que relevante. Bien se trate de un Diccionario completo de la materia, de la información acerca del sistema norteamericano y del nuestro, las reflexiones acerca de la pena de deportación, las modalidades de la gracia y las recompensas o de la dedicación a un determinado periodo (el Directorio militar), su determinante influencia no acaba aquí. Dos visiones esenciales de aplicación práctica le marcan. La consolidación del sistema progresivo de cumplimiento y la libertad condicional. Sin las dos antedichas creaciones nuestro régimen penitenciario no hubiera evolucionado como efectivamente lo hizo. Los primeros quince años del siglo xx reflejan legislativamente su pensamiento y,

---

(37) Vid. SANZ DELGADO, E.: «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», en *ADPCP*, 2012, pp. 155 ss.; el mismo: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *REP, Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús*, extra. 2006, pp. 191 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Criminología». Edisofer. Madrid, 2009, pp. 214 ss.; VELÁZQUEZ MARTÍN, S.: «Historia del Derecho penitenciario español», en *ADPCP*, 2017, pp. 433 ss. y SERRANO MAÍLLO, A.: «Un estudio sobre la formación de la Criminología española (1903-1978)». Thomson Reuters/Aranzadi. Pamplona, 2018, pp. 82 ss.

(38) Vid. NÚÑEZ, J. A.: «Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)». Universidad Carlos III. Madrid, 2014.

sentado el sistema, duró los largos años que tardó en llegar la Ley General Penitenciaria que, no obstante, no lo olvidó del todo.

Desde el punto de vista legal, Cadalso inspira tres importantes normativas: los Reales Decretos de 1901 (39) y de 1913 (40) y la Ley de 1914 (41). El primero establece el régimen progresivo de cumplimiento. A modo del Reglamento ceutí, introduce el avance y la regresión de grados, esencia del sistema, y la libertad intermedia, origen y base del tercer grado o régimen abierto. Todo se viene a recoger y desarrollar en la siguiente gran normativa a su inspiración debida. El Real Decreto de 1913 es un auténtico código penitenciario que tuvo un periodo de vigencia extenso, hasta 1930. La guerra civil trastocó la ejecución de la pena de prisión. En efecto, como veremos, el Reglamento de 1948 todo lo cambia.

Pero Cadalso sabía que así, como reseñaban las normas por él inspiradas, el sistema progresivo no estaba completo. Faltaba el cuarto y último grado penitenciario: la puesta en libertad, con condiciones, de los reclusos, partiendo del periodo en régimen abierto. La Libertad Condicional es la institución que cierra el ciclo de ejecución de la pena privativa de libertad. Y, además, el gran penitenciarista y penitenciario madrileño pensó en una prisión para jóvenes-adultos para dar por acabado su pensamiento: Ocaña fue la elegida a tal efecto ese mismo año (42).

La obra legislativa de Rafael Salillas es novedosa aunque, en su momento, de escasa continuidad. Basado en la ideología tutelar, el Real Decreto de 1903 (43) introduce una primera individualización tratamental, arrumbada en 1913. Pero su hallazgo fue un erial entonces, al ser arrastrado nuestro Derecho penitenciario por el rígido sistema progresivo de Fernando Cadalso, sin duda tan necesario cuando fue desarrollado. Código penal tras Código penal y Reglamento tras Reglamento de prisiones inundó el sentido de la ejecución de la pena de prisión durante muchos años. Como veremos, será la Ley Penitenciaria la que modernice esta aportación y la refunda con la individualización científica. No menor trascendencia, de presente y de futuro, tuvo la creación, también en 1903, de la Escuela de Criminología (44), por su anhelo lograda.

---

(39) Real Decreto de 3 de junio de 1901, del sistema progresivo.

(40) Real Decreto de 5 de mayo de 1913, de los servicios de Prisiones.

(41) Ley de libertad condicional, de 23 de julio de 1914.

(42) Real Decreto de 30 de octubre de 1914.

(43) Real Decreto de 18 de mayo de 1903.

(44) Real Decreto de 12 de marzo de 1903.

La dictadura de Primo de Rivera nos trajo, además de un nuevo Código penal, un Reglamento penitenciario, en 1928 (45), de escasa vigencia y otro, ya citado, de los Servicios de Prisiones, de 1930 (46), que, sorprendente, mantuvo la II República, que vino a legislar mediante Órdenes Circulares, y también el franquismo hasta la fecha indicada en párrafos anteriores.

El Reglamento de 1948 (47) es una norma militarista, dura y pensada, en líneas generales, para el interno como un enemigo. El franquismo se topó con una realidad que afectó al funcionariado y al increíblemente elevado número de reclusos en la posguerra civil. Respecto a los primeros, depurados la mayoría de simpatía republicana, fueron algunos de los excombatientes del ejército nacional quienes ocuparon los cargos de relevancia en los centros, sin especial preparación ni competencia. En cuanto a la cifra desmesurada de internos, ya con anterioridad una Orden de 1938 (48) había creado, previsoriamente, la redención de penas por el trabajo de gran uso en la etapa que se avecinaba. Los 270.000 presos en 1940 tenían que empezar a salir de nuestras cárceles, campos de concentración y prisiones centrales (49), de ahí la institución mencionada ciertamente útil, a estos efectos, durante décadas.

El siguiente Reglamento, de 1956 (50), se atiene formalmente a las indicaciones de la Reglas ginebrinas de 1955, aunque sigue siendo un texto estrictamente regimental. Será la reforma de 1968 (51) la que introduzca un atisbo de tratamiento lo que se reafirma, paso a paso, en la reforma de 1977 (52). Por ambas disposiciones habían pasado antes el Gabinete Psicológico de la prisión de Carabanchel (53), la Central

---

(45) Reglamento de 14 de noviembre de 1928.

(46) Reglamento de 28 de mayo de 1930.

(47) Reglamento de 5 de marzo de 1948.

(48) Orden de 7 de octubre de 1938 y otra posterior de 14 de marzo de 1939.

(49) Para los establecimientos de esta clase, regulados por la «Jefatura de la Inspección de Campos de Concentración (Prisioneros de Guerra)», *vid.* ahora HERNÁNDEZ DE MIGUEL, C.: «Los campos de concentración de Franco». Penguin Random House. Barcelona, 2019. En el mismo sentido, sobre esta regulación extrareglamentaria de centros carcelarios, *vid.* SIERRA, F/ALFORJA, I: «Fuerte de San Cristóbal, 1938». Pamplona, 2015 y ARNAL TORRES, R. (Coord.): «El camp de concentració de Portaceli (1939–1942)». L'Exiam. Valencia, 2017.

(50) Reglamento de los servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1965.

(51) Real Decreto de 25 de enero de 1968.

(52) Real Decreto de 29 de junio de 1977.

(53) *vid.* ALARCÓN BRAVO, J.: «El Gabinete Psicológico de la prisión Provincial de Hombres de Madrid», en *REP*, enero-marzo, 1965, pp. 51 ss.

de Observación (54) y la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias (55). Y ello se notó y mucho.

#### IV

Finaliza aquí la mención de cuantos antecedentes se tuvieron en cuenta relativos a nuestro Derecho penitenciario histórico para la elaboración de la Ley Penitenciaria. Unos, los más, para contar indudablemente con ellos, otros para no caer en el mismo error. Los primeros, hasta el franquismo, fueron un modelo; los generados durante la dictadura de poco servían, a excepción de los que clasificaban establecimientos, seguían separando internos en grados y procuraban beneficios carcelarios.

El Derecho penitenciario democrático español nace con la Ley General Penitenciaria. Esta norma y su desarrollo reglamentario posterior, de 1981 (56), deroga la legislación anterior en cuanto se opusiera a ella y sienta unos principios, constitucionales y humanitarios, hoy inmutables (57).

El contexto político en que se elaboró esta disposición, clave en la transición, tuvo unas características especiales. El gobierno de la UCD y a la cabeza su presidente, Adolfo Suárez, mantuvo con enorme coraje e intensidad un programa de transformaciones sociales como no se conocía, por su elevado número y velocidad en hacerlas, en democracia alguna. El método para alcanzarlas fue denominado como «el consenso», es decir la participación acordada de todas las fuerzas políticas en la elaboración de la normativa necesaria para poner en marcha el nuevo principio democrático, implicándose sin egoísmos ni personalismos, en el cambio y haciéndolo suyo. Así se redactó la

---

(54) Real Decreto de 22 de septiembre de 1967; *vid.* ahora TÉLLEZ AGUILERA, A.: «La Central penitenciaria de Observación: cincuenta años de historia palpitante», en este mismo *ADPCP*.

(55) Ley de 22 de diciembre de 1970.

(56) Hoy sustituido por el de 9 de febrero de 1996.

(57) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «Comentarios a la legislación penitenciaria». 2.<sup>a</sup> ed. 1982, Civitas. Madrid, reimp. 1995; MAPELLI CAFFARENA, B.: «Principios fundamentales del sistema penitenciario español». Bosch. Barcelona, 1983; ANDRÉS LASO, A.: «La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro». Ministerio del Interior. Madrid, 2016 y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Del sistema progresivo a la individualización científica. La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978–1979 en el Derecho penitenciario», en este mismo *ADPCP*.

Constitución de 1978 (58) y también la Ley General Penitenciaria, no en balde esta lleva el primer numeral de cuantas orgánicas desarrollaron la Norma fundamental. A partir de ella todo cambió.

Instituciones Penitenciarias pertenecía entonces al Ministerio de Justicia, como lo venía haciendo desde 1887 (59). Tenía como ministro un ser excepcional, Landelino Lavilla Alsina. Su subsecretario era Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona. O sea, dos de los más preclaros juristas de la transición. La idea de la reforma de nuestras prisiones y la redacción de un texto con forma de Ley, contenida en el programa electoral del gobierno, se reforzó claramente con ellos. Pero las buenas ideas tuvieron, en principio, muchas dificultades para llevarse a buen puerto. La oleada de motines y destrozos, especialmente del año 1977, en la mayoría de nuestras prisiones, impulsados por el deseo ferviente de cambio y por la posibilidad –falsa y, en consecuencia, manipulada– de una inminente amnistía (60) para los presos comunes, sembró de incertidumbre la reforma que se pretendía. El asesinato del Director General, Jesús Haddad Blanco, en marzo de 1978, en nada contribuyó en serenar el panorama.

Yo ya estaba trabajando con el Ministerio en la elaboración de la nueva Ley Penitenciaria. Cuando se produjo el mencionado asesinato de Haddad fui elegido nuevo Director General y, a finales del citado mes, tomé posesión del que fue el cargo de mi vida. Lo he narrado muchas veces y no es ocasión de repetir la peripecia completa (61). Pero sí hay que recordar algunas situaciones.

---

(58) Para una actual reivindicación del consenso, *vid.* ARNALDO ALCUBILLA, E.: «Una defensa apasionada de la Constitución de 1978 y de los valores y compromisos de los que nace y que expresa», en *Libro-Homenaje a José Manuel Maza Martín*, II. Thomson Reuters/ Aranzadi. Pamplona, 2018, pp. 107 ss., voluntad pactista brillantemente defendida por uno de los artífices de nuestra Constitución, GUERRA, A.: «La España en la que creo. En defensa de la Constitución». La Esfera de los Libros. Madrid, 2019, donde define el consenso, del que fue uno de sus claros valedores, como «el catálogo de renunciaciones que todos han de hacer para alcanzar un acuerdo general» (p. 99).

(59) Ley de Presupuestos, de 29 de junio de 1887 (art. 6).

(60) *Vid.* acerca de su exclusiva motivación política, MANJÓN-CABEZA, A.: «Ley de Amnistía. Cuarenta años después», en *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Juan Terradillos Basoco*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 509 ss.

(61) Entre mis últimos artículos al respecto, *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «Orígenes y evolución del Derecho penitenciario español», en *Libro-Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. BdeF. Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 987 ss.; el mismo: «Hacia los cuarenta años de la Ley Orgánica General Penitenciaria: memoria de su elaboración», en *Libro-Homenaje al profesor Lorenzo Morillas Cueva*, II. Dykinson. Madrid, 2018, pp. 2015 ss. y el mismo: «Recuerdos de memoria: como se elaboró la Ley General Penitenciaria», en *REP*, 2019 (en prensa).

¿Cuál era, con 31 años, mi bagaje para tan importante nombramiento? (62). Voy a ser muy breve. En primer lugar, desde mi juventud, un trato con el mundo carcelario. Mi querido padre era facultativo de prisiones (médico biopatólogo) y, a veces, yo le acompañaba a su trabajo en la prisión de Yeserías y, mientras pasaba consulta en la clínica, le esperaba en el jardín del establecimiento madrileño contemplando los uniformes verdes de los funcionarios, uniformes que luego llevé dentro. Cuando se inauguró, por su voluntariosa insistencia, el laboratorio del Hospital penitenciario de Carabanchel, también iba con él. Nada me decía entonces que, años después, mandaría esos dos centros y todos los demás y que, lógicamente, encontrara al efecto el ánimo de mi familia pues este mundo les era querido y no les resultaba extraño.

En segundo lugar, desde una óptica científica, mi tesis doctoral (63), dedicada al régimen penitenciario español donde estudié su historia y su necesidad de reforma; paralelamente, en tercer término, mi conocimiento de algunos de los centros penitenciarios, pues en ellos visitaba a mis clientes durante los pocos años en que ejercí de abogado, esencialmente en causas penales y ante el Tribunal de Orden Público (el TOP), y esa experiencia me sirvió de choque con la realidad pues una cosa era escribir y otra inmiscuirse en la verdad; finalmente, el ya ser ponente principal y director de los trabajos redactores del Proyecto de Ley Penitenciaria, desde hacía unos tres meses.

Desde el punto de vista personal, tuve también en mi haber, desde el primer momento, el consejo favorable y el apoyo entusiasta de mi querido maestro, el Prof. Enrique Gimbernat Ordeig, a quien dedico este artículo, cuando estábamos en la Universidad de Salamanca, él como catedrático de Derecho penal y yo como profesor adjunto, tanto para aceptar previamente la tarea prelegisladora, cuanto, después, el cargo; y, claro es, la propuesta favorable de Landelino Lavilla a los miembros del Consejo de ministros, sorprendidos algunos de los mismos por mis antecedentes (procesado por el TOP y suspendido en la docencia) y juventud, sin entender nada, menos Suárez y el vicepresidente, Gutiérrez Mellado, que entendieron todo.

---

(62) Vid. las generosas referencias biográficas de mi persona en TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Vidas paralelas en el penitenciarismo europeo. De la unificación italiana a la transición española a través de sus figuras señeras». Edisofer. Madrid, 2017, pp. 73 ss.

(63) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)». *Publicaciones del Instituto de Criminología*. Madrid, 1975, con Prólogo y dirección de mi maestro, el prof. Enrique Gimbernat.

El pasado también desembocaba en algo tremendamente positivo para la ocasión. Gran parte de la oposición –algunos de los parlamentarios habían sido mis clientes y otros me conocían de Cuadernos para el Diálogo– apoyó mi nombramiento y, desde luego, la reforma que se pretendía, bien y lealmente explicada por mí en Ponencia y Comisión parlamentarias, partiendo de la base de dos premisas allí expuestas: el previo conocimiento de la situación verdadera de los centros, prometiendo recorrer el mayor número posible de los mismos (treinta fueron los visitados, algunos con reiteración), escuchando a todos los implicados en el tema, funcionarios y presos. Únicamente entonces, en posesión de cuantos datos fueran posibles, conociendo la materialidad de los establecimientos y de los medios de que se disponían, es decir el marco real donde se iba a llevar a cabo la transformación deseada, acometer con arrojo el cambio del sistema; y luego, pugnar por la judicialización de las cárceles, verdadero caballo de batalla de la reforma, pues hasta entonces la Administración era, como Derecho disciplinario aplicable a los reclusos que, cual pescadilla se mordía la cola, juez y parte.

Se trataba así de culminar la labor prelegislativa verdaderamente muy adelantada. Mi equipo de trabajo en la Dirección General no pudo ser mejor: Francisco Bueno Arús, Jesús Alarcón Bravo y Emilio Tavera Benito fueron mis hombres, todos hoy tristemente desaparecidos. Con ellos todo fue más fácil desde sus respectivas competencias, a saber el Servicio Técnico Jurídico y la Inspección y la Subinspección General Penitenciaria. Tal tarea tenía dos objetivos de gran calado: pacificar las prisiones, muy convulsionadas como se ha dicho, e ir articulando los cimientos legales de un sistema penitenciario avanzado.

¿Qué me encontré en mis visitas a los centros? Unos establecimientos dañados en extremo, quemados por los incendios y parcialmente destruidos por los motines, en verdad inservibles como sedes de recuperación para la sociedad de las personas condenadas e incompatibles con la reforma que se pretendía. Su arquitectura y distribución interior en nada contribuían a la misma. Prisiones radiales o de poste telegráfico, la inmensa mayoría con más de un siglo de servicio (64), edificadas muchas de ellas en el centro de las ciudades, situados los internos en brigadas o galerías de aglomeración y dormitorios colectivos, con comedores hacinados y patios abigarrados, sin cabida

---

(64) Sobre arquitectura penitenciaria española clásica, *vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Los sistemas Penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad». Edisofer. Madrid, 1998, pp. 97 ss. y acerca de la influencia de la LOGP en la concepción de los nuevos establecimientos, *vid.* LUENGO BORRERO, I.: «Ley Orgánica General Penitenciaria catalizadora de la arquitectura penitenciaria», en *REP*, 2019 (en prensa).



en las modernas concepciones que se imponían. Centros, además, imbuidos de una gran subcultura carcelaria, territorio conquistado por los reclusos más violentos y agresivos. De hecho, cuando tomé posesión, tales internos estaban concentrados en El Dueso, primera de mis visitas. Una compañía de la reserva de la policía nacional vigilaba el interior del centro. Después, la Ley General Penitenciaria (Disposición Final 1.<sup>a</sup>) consagró esta posibilidad en supuestos de grave alteración del orden en los establecimientos o por razones de seguridad pública, cosa que no admitió discusión.

Las soluciones adoptadas fueron rápidas y urgentes. Acometer las obras indispensables para tratar de recuperar la habitabilidad de los locales, articular un sistema de «vida mixta» o de régimen cerrado para los internos más irreductibles, potenciar el abierto (reconvirtiendo las prisiones de Valencia-mujeres y Alcázar de San Juan), legislar acerca de los primeros permisos de salida, admitir las visitas *vis a vis*, regular la educación en los centros, acometer una política de traslados acorde con la actitud de los reclusos y dejar morir al Patronato de Nuestra S.<sup>a</sup> de la Merced, asumiendo sus importantes competencias sobre beneficios penitenciarios el Centro Directivo. La Ley penitenciaria que se estaba redactando consagró todos estos principios e iniciativas.

En cuanto a los funcionarios penitenciarios, imprescindibles para la reforma, se contrataron interinos, para paliar la escasez de los mismos en los centros (65); se equiparó el diploma superior en Criminología al diplomado universitario (66), para poder opositar al Cuerpo Especial y en orden a la necesaria preparación científica; se les subió el sueldo y se autorizaron sus primeras asociaciones profesionales (67). Todo, y especialmente su gran vocación de servicio, contribuyó al éxito de aquella.

## V

Convergentemente al trabajo desempeñado a ese respecto, el Proyecto de Ley Penitenciaria avanzaba en su tramitación. Redactada la norma al completo ya, estas fueron sus singulares características: tomó como inspiración las Reglas Mínimas para el tratamiento de los

---

(65) Real Decreto-ley, de 21 de agosto de 1978.

(66) Orden de 24 de noviembre de 1978 (Ministerio de educación y Ciencia, a propuesta de la Dirección General de IIPP).

(67) Artículo 3 del Real Decreto, de 20 de julio de 1979.

reclusos del Consejo de Europa, de 1973, actualizado remedo de las ginebrinas; tuvo como criterio, no por estricto modelo, las recientes legislaciones penitenciarias de Suecia (68), Italia (69) y Alemania (70), que yo conocía bien por haber estudiado el Derecho comparado y escrito sobre él; en discrepancia con las citadas, extensas y detallistas al extremo, nuestra norma es un texto breve, de 80 artículos, que componen seis Títulos, más disposiciones transitorias, finales y derogatoria, que establecen los principios básicos de nuestro penitenciarismo, con necesidad de desarrollo reglamentario; y, si hubiera que destacar dos notas fundamentales del texto, diría que es la primera el acoger en el mismo e instaurar estos principios: la orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción de los condenados (arts. 1 y 59 LOGP) (71), es decir un fin de prevención especial positiva, sin perjuicio de mantener el objetivo subsidiario de la retención y custodia de los detenidos, presos y penados. La adecuación al precepto constitucional, entonces también en Proyecto, era evidente; y la segunda, la introducción del sistema de individualización científica (art. 72 LOGP), dejando atrás el tradicional sistema progresivo, rígido, de tiempos tasados y cambios de establecimiento, de cumplimiento de penas, aunque se mantuvo la clásica y beneficiosa referencia a los diversos y sucesivos grados de tratamiento.

Cuando escribí el articulado de la Ley otros criterios fueron también proclamados. La relación especial de sujeción, es decir la reciprocidad de derechos y deberes entre Administración y reclusos, se encuentra descrita y su contenido especificado en los primeros preceptos del texto, en unión del principio de legalidad ejecutiva hasta entonces mencionado en el Código penal. El respeto a la integridad de los internos y la mención de la situación procesal del preventivo, completan el cuadro genérico del *status* del preso (arts. 2 ss. LOGP) (72).

Novedad y de las mayores es la separación del régimen del tratamiento penitenciario, constituyendo así Títulos distintos de la Ley (el II y el III). Y ello, en unión de la aparición del juez de vigilancia en nuestro Derecho, que configura, en mi criterio y en el de muchos,

---

(68) Ley de 19 de abril de 1974.

(69) Ley de 26 de julio de 1975.

(70) Ley de 26 de marzo de 1976.

(71) Ahora, el Prof. BLANCO CORDERO, I., habla de «La resocialización como obligación positiva del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Juanatey, C./Sánchez-Moraleda, N. (Dirs.): «Derechos del condenado y necesidad de pena». Thomson Reuters/Aranzadi. Pamplona, 2018, pp. 261 ss., como prueba de la actualidad del concepto.

(72) *Vid.* LÓPEZ MELERO, M.: «Los Derechos Fundamentales de los reclusos». Edisofer. Madrid, 2015.

la máxima aportación legal del texto, resultado de la judicialización prometida desde mi toma de posesión.

La arquitectura penitenciaria sufre una transformación radical, un giro copernicano. De los viejos establecimientos de estrella o de poste telefónico, ya citados, las modernas construcciones derivadas de la Ley penitenciaria adoptan el modelo modular o de unidad (art. 12 LOGP). Las primeras así son concebidas (Herrera, Las Palmas, Nancloares, Meco, Ocaña II, Puerto II...) y a ellas siguieron las demás. El coste elevado de las trece comprometidas (10.500 millones ptas., de entonces) se compensó con la obligación estatal de adecuar las prisiones a un naciente Estado de Derecho que había también de atender a este aspecto del encierro. Ahora no existirán pues prisiones de primer o segundo grado, sino módulos distintos en los propios centros, edificados acordes con la orientación dicha. Los Centros de Inserción Social (CIS), que yo no conocí, aunque generosamente, por mor de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (73), el de Córdoba lleva mi nombre, son los abiertos o de tercer grado de mi época. Sí fueron mencionadas las denominadas prisiones mixtas, creación anticipada (art. 16 LOGP), impensable para muchos entonces.

Precisamente por no disponer de prisiones modulares, los terroristas fueron concentrados en Soria (ETA) y en Zamora (Grapo), entre otros grupos de menor relevancia y número. Será después, con el gobierno socialista, cuando se acometa la política de dispersión de tales elementos en diversos establecimientos de la península (74).

El régimen penitenciario ordena elementos clásicos y otros nuevos comenzando por el trabajo carcelario *intra* muros, de larga historia en nuestros centros (arts. 26 ss. LOGP). Se seguían cosiendo balones de fútbol, haciendo pinzas para la ropa, flores de plástico o montando elementos eléctricos para lavadoras y otros electrodomésticos –¡es lo que había!– pero lo que cambia, de manera tajante, es la exigencia de la equiparación de los salarios al libre, el modelo de cogestión en determinados aspectos y la institución de la prestación de desempleo.

Las relaciones con el exterior son otras de las materias afrontadas con visos de actualidad. La visita íntima aparece con fuerza en la teoría y la práctica (art. 53 LOGP). Los permisos de salida se establecen ampliamente como uno de los aspectos, cuando es merecido, que han de relajar la tensión de la continuada estancia en prisión y, sobre todo, servir para anticipar la libertad, preparándola. Ordinarios y extraordi-

---

(73) Orden de 28 de octubre de 2004.

(74) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Los presos terroristas en España: concentración vs. dispersión. Historia y presente», en *Libro-Homenaje a Bernd Schünemann*, II. Gaceta Jurídica. Lima, 2014, pp. 457 ss.

narios (arts. 47 y 48 LOGP), sin antecedentes nacionales, los puse en marcha antes de la vigencia del texto orgánico mediante Órdenes Circulares, como ya he dicho, y recoge ahora el Prof. Felipe Renart (75), con su cariño y reconocimiento acostumbrados hacia mi persona, en este mismo volumen.

El garantismo y el respeto a la condición de persona de los internos se extienden por la norma. Muestra de la plasmación del primero es, por ejemplo, las raciones alimentarias suficientes y elaboradas, el ser llamados los internos por su nombre (art. 3 LOGP) o la supresión de la tradicional uniformidad (pañó para los hombres y bata en las mujeres), sirviendo de vestimenta las propias prendas del preso (art. 20 LOGP). La igualdad en el vestir –como la antigua decalvación en las mujeres– es signo de atentado a la personalidad de los reclusos al asimilarlos a todos como idénticos, sin distingo alguno. De ahí, su radical supresión. El mismo principio se busca en materia de registros, cacheos y requisas de internos y celdas. Hablando de éstas, se eliminan las de castigo, cumpliéndose la sanción disciplinaria en una de las mismas características que el resto de las ordinarias (art. 43 LOGP), se someten a vigilancia médica diaria y se acorta sustancialmente el tiempo de permanencia en las mismas (14 días, salvo concurso real de infracciones, frente a los 100 a los que se podía llegar antes) (76). De semejante importancia es la adecuación del horario diurno en las prisiones a las ocho horas de previo descanso nocturno, o la asistencia educacional y religiosa. La sanitaria u hospitalaria, en su caso, también se regula. La externa, en centros de la Seguridad Social o privados, con vigilancia policial, asimismo se acepta.

No tuvo la Ley General penitenciaria cuestiones regimentales polémicas cuando su tramitación. No hubo enmienda a la totalidad alguna y las parciales, en el pleno del Congreso, fueron testimoniales. Nada se discutió. Menos aún en el Senado. Ni la intervención de las comunicaciones con los internos terroristas o su traslado a los centros elegidos por el Centro Directivo, ni la alimentación forzada en supuestos de huelgas de hambre (77), ni la aplicación excepcional del desnudo integral, ni el régimen cerrado o los departamentos especiales o,

(75) RENART GARCÍA, F.: «Las Circulares de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: los decisivos eslabones de la reforma penitenciaria», en este mismo *ADPCP*.

(76) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «Régimen...», ob. cit. p. 169.

(77) Cosa que ya defendí desde mi mencionada tesis doctoral «Régimen...», ob. cit. p. 197 y después en mis «Comentarios...», ob. cit. p. 127 y que apliqué en la práctica en los contados supuestos que tuve que afrontar. Con anterioridad, por Orden Circular de 13 de abril de 1978, había destipificado la huelga de hambre como motivo de sanción disciplinaria.

en fin, ni la utilización de los medios defensivos o coercitivos, en caso necesario, canceladas las armas de fuego a los funcionarios en el servicio de vigilancia interior (art. 45 LOGP). Todas estas materias fueron ratificadas, en cuanto a su procedencia legal, con posterioridad, por las correspondientes sentencias del Tribunal Constitucional.

El tratamiento penitenciario está tratado en la Ley de forma apartada del régimen, marchamo de su independencia. Alarcón Bravo, mi Inspector General, y psicólogo del Cuerpo Técnico, pionero en la introducción del Gabinete Psicológico en la prisión de Madrid y personaje fundamental en la puesta en marcha de la Central de Observación, redactó el Título a aquél dedicado (78). Aquí decliné, en líneas generales, menos en la redacción propuesta y pactada con los grupos parlamentarios del art. 72 LOGP, el encargo, razonable concesión que hice a uno de los más grandes especialistas en la materia que fue mi entrañable amigo y leal colaborador.

Dos criterios sobre el tratamiento penitenciario dibujó el mencionado y meritorio autor: atender a los aspectos clínicos y a la intervención en el mismo de las ciencias de la conducta, asumidas por especialistas. Y en cuanto a sus características definitorias, el articulado establece una serie de orientaciones, plasmadas en la Ley, verdaderamente llenas de interés (arts. 59 ss. LOGP): su esencia es un contenido que la ciencia criminalística denomina «mínimo», es decir que su objetivo es el procurar obtener del recluso la modesta capacidad de llevar en el futuro una vida sin delito y subvenir a sus necesidades (79), no tratando de lograr en aquel una adaptación íntima a los vigentes valores sociales, que puede rechazar; supeditación del régimen al tratamiento, en virtud del principio resocializador que inspira toda la norma; y participación voluntaria de los condenados en el mismo, configurándose a lo sumo, como proclamé, como un deber jurídico sin sanción. Si la prisión mixta fue una previsión de futuro, como ya ha quedado reseñado, la previsión en este Título III de la intervención de instituciones o asociaciones extrapenitenciarias no gubernamentales (art. 69 LOGP), también lo fue. De hecho, hoy se encuentra absolutamente generalizada su participación en los establecimientos.

---

(78) Vid. ALARCÓN BRAVO, J.: «El tratamiento penitenciario», en *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1978, pp. 15 ss. y 28 ss.

(79) En este sentido, se había ya manifestado con anterioridad el Proyecto Alternativo de Ley Penitenciaria alemana, de 1973, &4, que expresaba sin ambages que la resocialización solo podía considerarse si el condenado «está dispuesto a asumir su propia responsabilidad y a trabajar sobre sí mismo», principio recordado ahora por ROXIN, C: «La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad», en *ADPCP*, 2017, p. 12.

Si la separación del tratamiento del régimen ha sido digna de la anterior elevada mención, la creación de la figura del juez de vigilancia penitenciaria puede calificarse como uno de los hallazgos más celebrados de la norma penitenciaria (arts. 76 ss. LOGP) (80). Solicitada por la mejor doctrina científica (81), se constituye en el garante de la función de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, permitiendo así el hacer real la separación de poderes en este específico campo tan necesitado pues la Administración era, al respecto, ya lo he dicho, juez y parte, hasta llegar al recurso contencioso-administrativo, lo que sin duda se hacía, como Don Rodrigo llegando a Guadalete, tarde y mal.

La principal base legislativa comparada fueron los modelos francés e italiano, aunque otros países también poseían este magistrado en sus disposiciones procesales o penitenciarias. Ahora bien, una cosa es el ejemplo y otra la mera copia. Nuestra Ley Penitenciaria otorgó a este magistrado poderes más completos que los que ostentan los mencionados jueces en los vigentes ordenamientos extranjeros. De hecho, tiene competencias propiamente penitenciarias y otras penológicas, no abordadas en los otros Derechos continentales. Y así, el juez de vigilancia español atiende tanto a la aprobación de permisos de salida, beneficios y acortamiento de condenas o conocimiento de traslados excepcionales, cuanto a la resolución de quejas y recursos interpuestos por los reclusos o supervisión de los criterios disciplinarios y de clasificación, establecidos en instancia por la Administración. Aprobada la Ley General Penitenciaria, fueron los reiterados Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial los que desarrollaron procesalmente la figura.

Finaliza la Ley con la breve referencia, pues el texto no es especialmente para ellos, a los funcionarios penitenciarios (arts. 79 y 80 LOGP). Sin embargo, algunas de las menciones tienen consecuencias. Por ejemplo, el sentar que corresponde a la Dirección General (hoy Secretaría General) del ramo la dirección, inspección y organización de las Instituciones Penitenciarias, salvo las trasferidas a las Comuni-

---

(80) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «Los orígenes y puesta en marcha del juez de vigilancia en la legislación penitenciaria española», en *La Ley Penal*, núm. 107, marzo-abril, 2014, pp. 110 ss.

(81) *Vid.*, por todos, ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «El juez de Vigilancia penitenciaria». Civitas. Madrid, 1985; para sus antecedentes, MATA Y MARTÍN, R.: «Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad», en *Libro-Homenaje a José Manuel Maza...*, II, ob. cit. pp. 255 ss. y para la creación y eficacia del nuevo Juzgado Central, de competencia territorial nacional, *vid.* el artículo de su titular, DE CASTRO, JL: «Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria: una visión reivindicativa», en *REP*, 2019 (en prensa).

dades Autónomas (hoy únicamente, a Cataluña). El precepto elimina cualquier veleidad del funcionamiento de las denominadas «prisiones privadas». Sobre las mismas y su inconstitucionalidad escribirá después mi querido discípulo Sanz Delgado (82). En cuanto al personal, se especifica el necesario paso previo al desempeño de sus tareas por el Centro de formación correspondiente, antes Escuela de Estudios Penitenciarios, heredera lejana de la que creó Salillas.

La Ley ha mantenido su vigencia cuarenta años. Es verdad que ha experimentado algunas modificaciones, en su conjunto poco relevantes eso sí, aunque no todas respetuosas con su espíritu, como se han encargado de escribir, primero, el prof. de Alicante, Renart García (83), y muy recientemente, la jurista del Cuerpo Técnico de IIPP, Puerto Solar, en su excelente tesis doctoral (84) y la Prof.<sup>a</sup> Cristina Guisasola (85). Pero el cuerpo principal de sus instituciones, progresistas y humanitarias, permanece incólume, interpretado por las sentencias del Tribunal Constitucional y complementado por los mencionados y necesarios Acuerdos de los jueces de vigilancia y las Instrucciones y Circulares de la Dirección (ahora Secretaría) General de Instituciones Penitenciarias.

Que fue mi obra, por mi defendida personalmente en Ponencia y Comisión del Congreso de los Diputados, es algo que hoy tiene el reconocimiento generalizado, aunque el mérito fue de muchos. Un equipo ministerial que entendió el asunto, lo impulsó y apoyó; unos colaboradores excepcionales en el Centro Directivo y en la dirección de los establecimientos, unos funcionarios que aceptaron el cambio que se operaba y unos parlamentarios que, por unanimidad en el Congreso y aclamación en el Senado (86), aprobaron el texto que hoy campea como base de nuestro Derecho penitenciario.

---

(82) Vid. SANZ DELGADO, E.: «Las prisiones privadas. La participación Privada en la Ejecución Penitenciaria». Edisofer. Madrid, 2000.

(83) RENART GARCÍA, F.: «La libertad condicional: nuevo régimen jurídico». Edisofer. Madrid, 2003 y el mismo: «La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», en *REP*, «In Memoriam del profesor Francisco Bueno Arús», extra 2013, pp. 219 ss.; ni el Proyecto ni la Ley Orgánica 1/2015, atendieron las razonables sugerencias sentadas en este gran trabajo.

(84) SOLAR CALVO, P.: «El sistema penitenciario español en la encrucijada: estado actual y propuestas de futuro tras las últimas reformas». Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, 2018 (inérita).

(85) GUIASOLA LERMA, C.: «La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/2015 CP». Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

(86) Vid. SAINZ MORENO, F. (Ed.): «Ley General Penitenciaria. Trabajos parlamentarios». Cortes Generales. Madrid, 1980. En el Congreso, la votación dio el siguiente resultado: votos emitidos, 286; a favor, 284; abstenciones, dos (p. 138); en el Senado la LOGP se aprobó por asentimiento, añadiéndose de seguido en el Diario de

No creo sinceramente que vuelva a darse un momento igual. Aunque las Cortes están ahora disueltas y, sin perjuicio del nuevo gobierno que salga de las urnas el 28 de abril de 2019, la situación es ahora otra. Nadie es tan generoso ni va a renunciar, como entonces, a sus veleidades, pactos internos y protagonismos en favor del bien general. Aquello, esencia del cambio democrático que tuvo lugar, único en nuestra historia, pactado por todos entonces y seguro que rechazado hoy por los más sectarios, pasó para siempre y es el partidismo más acendrado el que se impone. Como ello es, sin paliativos, ciertamente así, la Ley Orgánica General Penitenciaria seguirá su andadura y su vigencia por mucho más tiempo que el que celebramos en esta publicación. Cosa que personalmente no me importa.

---

Sesiones: «Los señores Senadores aplauden al Director General de Instituciones Penitenciarias, señor GARCÍA VALDÉS, que se encuentra en el palco de invitados» (p. 190).



# Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

*A la Ley Orgánica General Penitenciaria en su cuarenta aniversario y a la Escuela de Alcalá, dirigida por el Prof. García Valdés, por su inestimable contribución a la ciencia penitenciaria de nuestros días.*

## RESUMEN

*La incorporación de los beneficios penitenciarios al sistema penal ha ido progresivamente en aumento. Debido a su importancia en la ejecución de la pena es necesario reflexionar sobre las garantías jurídicas para evitar un uso arbitrario de los mismos. En nuestra publicación hemos estudiado algunas de las que nos resultan más relevantes.*

*Palabras clave: Beneficios penitenciarios; principio de legalidad; naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios; irretroactividad.*

## ABSTRACT

*The incorporation of penitentiary benefits into the penal system has progressively increased. Due to its importance in the execution of the penalty it is necessary to reflect on the legal guarantees to avoid an arbitrary use of them. In our publication we have studied some of those that are most relevant to us.*

*Key words: penitentiary benefits; principle of legality; legal nature of penitentiary benefits; non-retroactivity.*

SUMARIO: I. Introducción.—II. ¿Qué son los beneficios penitenciarios? a) La oportunidad del término. b) El término beneficio en la legislación penitenciaria.—III. Los beneficios penitenciarios: derecho o gracia.—IV. Consecuencias de considerar los beneficios como derechos de los privados de libertad.—V. El principio de retroactividad y los beneficios penitenciarios.

## I. INTRODUCCIÓN

Las sucesivas reformas del Derecho penal desde los albores del positivismo jurídico, que podemos situar a caballo entre las postrimerías del siglo XIX y los comienzos del XX, han ido enriqueciendo paulatinamente nuestras legislaciones con una serie de beneficios que, en no pocas ocasiones, representan auténticas modificaciones sustanciales de la pena impuesta por los tribunales. Aunque pronto se buscaron argumentos más o menos artificiosos, distinguiendo entre la condena nominal y la real para justificar la compatibilidad de estos cambios sustanciales con el dogma de que ni la cosa juzgada ni la pena impuesta podían ser objeto de modificación al margen del poder judicial, es difícil mantener que la pena de prisión impuesta por un juez en una sentencia firme no ha sufrido alteración alguna cuando el condenado la está cumpliendo en su domicilio. Si estos cambios son de una repercusión esencial en la pena, aun se hacen más relevantes, teniendo en cuenta que, en muchos casos, se otorgan no solo de espaldas al poder judicial, sino en base a criterios tan difusos como las expectativas resocializadoras del condenado (1). De manera que no es extraño que penas de prisión muy graves impuestas por los tribunales de justicia revestidas de todas las garantías procesales, pierdan finalmente su virtualidad porque su ejecución queda enervada por la aplicación de un beneficio concedido por la administración, que reduce la estancia en el centro penitenciario o, llegada la ocasión, sencillamente la evita.

Aun hay que añadir en esta reflexión crítica inicial el agravio comparativo que se sigue produciendo cuando los beneficios afectan

---

(1) Un ejemplo verdaderamente paradigmático de hasta donde pueden llegar los beneficios penales nos lo ofrece, tras la Reforma de 1/2015, el artículo 80. 3 CP, gracias al cual el condenado «no habitual» puede ver como un número indeterminado de condenas a penas de prisión inferiores a dos años, cada una de ellas, se quedan sin ejecutar tan solo con el argumento de que «*las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen*».

exclusivamente a la pena privativa de libertad. El principio de proporcionalidad no se limita a exigir un mayor castigo a quien tiene mayor responsabilidad, sino, también, menos posibilidades de eludir su ejecución, no se trata solo de fundamentar un discurso de la amenaza, sino de la ejecución de la misma. En este sentido no es proporcional a la responsabilidad penal establecer excepciones al cumplimiento de la sanción cuando esta es grave y no hacerlo cuando es menos grave (2). El condenado a una inhabilitación o a una multa sabe que inexorablemente la va a cumplir sea cual sea su gravedad, en cambio, esto no ocurre a los condenados a penas privativas de libertad, gracias a los beneficios penales. El discurso resocializador contra la prisión ha sido el argumento para justificar esta política criminal, pero los riesgos de arbitrariedad y el potencial desocializador de otras penas exigen hoy, al menos, una revisión del modelo.

En fin estos cambios tan radicales que en lo material afectan a la santidad de la cosa juzgada y castigada, no se han acompañado de un trabajo doctrinal a través del cual se aclaren las muchas dudas que surgen de la aplicación de lo que, en adelante, vamos a llamar genéricamente los beneficios penitenciarios; si bien recientes contribuciones de nuestra doctrina han dado un considerable impulso al debate sobre el tema (3).

El tema es lo suficientemente amplio, complejo y trascendente como para que desde ahora renunciemos a otro objetivo que no sea reflexionar sobre los problemas más destacados de los beneficios penitenciarios y animemos a la ciencia penal a elaborar una teoría general de los mismos que evite en el futuro un uso discriminado y arbitrario de los beneficios a favor de fines inconfesables, que a la postre vendrían a desprestigiarlos y hacerles perder la importancia que tienen en un sistema penal orientado a la reinserción social de los condenados. Esta razona-

---

(2) ROXIN (*vid.* Por todos, *Derecho penal. Parte general*. T. I. Madrid, 1997, *passim*) se ha encargado de desarrollar la tesis de que tras el principio de proporcionalidad también se encuentra el de culpabilidad aunados ambos en la idea de pena justa.

(3) Sin ánimo de ser exhaustivo son contribuciones imprescindibles sobre los beneficios penitenciarios las siguientes: BUENO ARÚS, *Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin*. San Sebastián, 1989, pp. 999-1008. GALLEGO DÍAZ, *Los beneficios penitenciarios y el tratamiento. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXIV, 2011, pp. 253-292; GARCÍA VALDÉS, *Relación del interno con la vida exterior y beneficios penitenciarios*. CPC, n.º 18, 1982, pp. 599-607; MILLA VÁZQUEZ, *Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica*, Lima, 2016; SANZ DELGADO, *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*. DGIIPP. Madrid, 2006; RENART GARCÍA, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*. Madrid, 2003; VEGA ALOCÉN, *La libertad condicional en el Derecho español*. Madrid, 2001.

ble necesidad contrasta con la falta de claridad que se espera del ordenamiento jurídico penitenciario, en él –como señala unánimemente la doctrina (4)– los beneficios penitenciarios aparecen una y otra con contenidos distintos y cuestiones tan sencillas como que son y que naturaleza jurídica tienen no quedan satisfactoriamente resueltas.

Tres son, por tanto, las cuestiones que vamos a abordar a continuación en relación con los beneficios penitenciarios. En primer lugar, tratar de delimitar conceptualmente los beneficios penitenciarios. En segundo lugar, ver cual es su naturaleza jurídica. Y, por último, plantearnos una cuestión muy debatida en estos momentos referida a la aplicación del principio de retroactividad a las normas que recogen los beneficios penitenciarios.

## II. ¿QUÉ SON LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS?

### a) **La oportunidad del término**

Sin necesidad de profundizar en los orígenes históricos de la expresión *beneficios* (5), de marcado carácter privatístico (6), desde una óptica jurídica pueden considerarse como privilegios que ostentan determinadas personas que se encuentran en una situación jurídica especial para que puedan contrarrestar los perjuicios que se derivan de esa situación determinada. Así el beneficio de abdicación permitía a la mujer viuda renunciar a toda participación en los bienes del matrimonio, librándose de esta forma de las responsabilidades que su marido hubiere contraído o el beneficio de competencia favorecía a algunos parientes evitándoles las obligaciones del pago de deudas sino después de haberse reservado lo necesario e indispensable para su subsistencia. En el lenguaje común –al contrario de lo que sucede en el mundo del derecho– la expresión beneficio no se refiere al status de una persona, sino a la propia acción con la que se mejora la situación de una persona o una cosa.

---

(4) BUENO ARÚS, *op. cit.*, pp. 999-1008. GALLEGO DÍAZ, *op. cit.*, pp. 253-292.

(5) La RAE incluye en su Diccionario una acepción de la palabra *beneficio*, referida expresamente a los beneficios penitenciarios como «Medidas que, articuladas como derechos en el marco penitenciario y con el fin de facilitar la reeducación y la reinserción social del recluso, permiten la reducción de la duración de la condena o el adelantamiento de la libertad condicional».

(6) En el Código civil son frecuentes los institutos jurídicos que emplean esta expresión –beneficio de división, beneficio de excusión, beneficio de inventario, beneficio de plazo, etc.

Sin embargo, el uso de esta expresión en el ámbito penitenciario se explica porque comparte la misma raíz etimológica de *beneficencia* de la que se venía haciendo empleo frecuentemente para significar aquellos servicios caritativos a través de los cuales se otorga protección o auxilio a los desvalidos. Ambas expresiones no permiten avanzar en una visión moderna de estos institutos jurídicos. Las instituciones de la beneficencia, como los patronatos (7), nunca han logrado presentarse como iniciativas ajenas a los controles ideológicos de los sectores más desfavorecidos. En el siglo XIX no se aprecia tanto la vinculación de las actividades de la beneficencia con el control religioso, pero tras los movimientos filantrópicos se ocultan objetivos de adoctrinamiento que hoy no pueden ser asumidos en un Estado democrático. Por esta razón la expresión *beneficios penitenciarios* es desde una óptica semántica 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.

También nos parece inapropiada la expresión *beneficio* porque sitúa al interno en una relación de sumisión con el benefactor, de quien depende discrecionalmente la decisión de concederlo. El paternalismo inspira todas las iniciativas de beneficencia y fomentan una imaginaria de la población penitenciaria que ni es acertada, ni es conveniente. La concesión de un «beneficio» no es 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 pena.

## b) El término beneficio en la legislación penitenciaria

La expresión *beneficios* no se encuentra generalizada ni en las primeras legislaciones penitenciarias, ni tampoco en los trabajos doctri-

---

(7) Los Patronatos y sus servicios de beneficencia penitenciaria aparecen ya en el s. XVI en obras clásicas, como en los Capítulos XVI al XVIII *Del Cuydado que se debe tener con los presos pobres* de Sandoval. Con el RD de 9/07/1915 se establece oficialmente y con carácter general el Patronato, es decir, se trata de poner orden a las numerosas asociaciones de beneficencia que proliferaban en una época de un marcado carácter filantrópico y humanista. La ordenación de estas iniciativas sociales se antojó imprescindible porque muchas tenían funciones sobre los beneficios penales, preparando rebajas de condena y haciendo un seguimiento de los excarcelados. Todavía durante el régimen de Franco existían estas instituciones de beneficencia, como el Patronato de la Merced o el de San Pablo, que desplegaron una labor humanitaria muy importante, estimulando la caridad de la sociedad para repartir recursos en forma de beneficios entre la población reclusa.

nales de los penitenciaristas más destacados. Así, por ejemplo, Cadalso (8) en su obra *Instituciones Penitenciarias* prefiere calificar a la libertad condicional, que hoy esta considerada como un beneficio, como recompensa. Es recompensa por que el penado la gana con un sostenido proceder sin tacha. En el mismo sentido, *Bentham* a quien se reconoce el mérito de haber ideado la libertad condicional, la da a conocer en una publicación bajo el título de *Theorie des peines et des recompenses* (Cap. XII). También como mérito fue concebida la libertad condicional en las primeras regulaciones francesas como ocurre en el Reglamento 15/02/1930 para los centros de menores. Por su parte, ni los Congresos Internacionales de *Londres* (1872), ni los posteriores de *Estocolmo* (1878), y *Roma* (1885) dedicaron ponencias bajo semejantes expresiones.

Mucho más distantes de la expresión *beneficios penitenciarios* se encuentran los defensores del correccionalismo radical, quienes –como en el caso de *Dorado Montero*– preferían utilizar para estos nuevos institutos, que se alejaban de un modelo absoluto y monolítico de prisión, expresiones como tratamiento o asistencia (9).

De manera que aunque de *beneficios* se habla ocasionalmente en algunos textos legales (10), como sinónimo de mejora, su utilización como epígrafe abarcando un grupo de instituciones jurídico-penitenciarias no la vamos a encontrar hasta épocas muy recientes. En efecto, se trata de una expresión acuñada por las legislaciones penitenciarias actuales (11). Ley y Reglamento Penitenciario vigentes son los primeros textos en los que se inaugura la expresión *beneficios penitenciarios*.

Nuestra Ley penitenciaria se refiere a los beneficios de forma mucho más parca que el Reglamento. De hecho, la Ley solo los menciona en tres ocasiones: la primera de ellas, en el artículo 29.1, cuando exime del deber de trabajar a los internos que se encuentren

(8) CADALSO, F. *Instituciones Penitenciarias y similares en España*. Madrid, 1922.

(9) DORADO MONTERO, P. *Bases para un nuevo Derecho Penal*. Buenos Aires, 1973.

(10) El Reglamento Orgánico de los Servicios de Prisiones de 1930 en España se refiere a la libertad condicional como *beneficio* (v. gr. arts. 46-58). No se encuentra, en cambio, en el articulado de la Ley de Libertad Condicional de 1908.

(11) GALLEGO DÍAZ, *op. cit.*, p. 254, no comparte esta opinión y entiende que corresponde al Reglamento de 1956 la primacía de la expresión beneficio. En efecto, en dicho Reglamento se emplea la palabra «beneficio», pero a diferencia de lo que sucede en el Reglamento actual, no llega a crearse un *nomen iuris* con vocación de incluir una serie de institutos jurídicos diferenciados. En los textos precedentes y hasta donde hemos alcanzado nuestra indagación el legislador emplea la palabra beneficio como sinónimo de mejora o privilegio, así sucede, entre otros en el CP de 1928 (arts.18 y 190) o en el Reglamento de 5 de mayo de 1913 (art. 265).

en determinadas circunstancias, sin «perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios»; en la segunda, en el artículo 76.2 c/ cuando señala, a la hora de regular las competencias de los Jueces de Vigilancia, que estos aprobarán las propuestas «que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena»; por último, el mismo artículo 76.2 en el apartado g/ otorga a los mismos jueces la competencia de «acordar lo que proceda» sobre las quejas relacionadas con los beneficios penitenciarios (12). Del texto legal podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Existe un concepto normativo-jurídico de beneficios penitenciarios, independiente del uso de la expresión beneficio para referirse de forma indeterminada a los privilegios que se obtienen durante la ejecución de la pena. Los beneficios penitenciarios son aquellos que se conceden cuando la ejecución de la pena privativa de libertad ha comenzado. Se diferencian de los beneficios penales que son aquellos que impiden que se inicie la ejecución.

- El presupuesto para acceder a un beneficio es contar con una sentencia firme (art. 202 RP), de manera que las eventuales mejoras regimentales a las que acceden los preventivos no tiene esta naturaleza jurídica.

- La redención de penas por el trabajo –hoy desaparecida– es un beneficio penitenciario. Sin embargo, el legislador elude catalogarlos, es decir, ofrecer una relación cerrada de los mismos. Desplazando a los operarios de la ejecución de la pena privativa de libertad, la función de determinar cuándo nos encontramos ante un beneficio penitenciario o ante un simple privilegio.

- Los beneficios penitenciarios son de dos tipos: los que acortan la condena y los que no. Son beneficios que acortan la condena aquellos que reducen la pena nominal impuesta en la sentencia firme. El resto afecta exclusivamente a las condiciones materiales de ejecución.

- La competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en relación a los beneficios no esté clara. Mientras que el RP señala que son siempre acordados por estos a propuestas de la Administración (13), el artículo 76 solo les concede a los jueces la competencia de aprobarlos, por tanto, es la Administración quien acuerda la concesión/tramitación de los mismos. La Administración penitenciaria

---

(12) También se emplea la expresión beneficio en el artículo 29. 2, pero lo hace en un sentido genérico.

(13) En el caso del indulto el Juez de Vigilancia penitenciaria también es el que acuerda, aunque su acuerdo se limita a tramitar el indulto.

puede conceder otras mejoras que no acorten la condena sin necesidad de que sean aprobados por el órgano judicial.

Por su parte, el Reglamento penitenciario hace un uso más prolijo de la expresión y además permite extraer conclusiones conceptuales. De las cerca de veinte ocasiones en las que se refiere al instituto de los beneficios penitenciarios, destaca el esfuerzo por establecer unas normas generales que pueden concretarse en los siguientes puntos sobre lo ya establecido por la Ley:

- Los beneficios penitenciarios son derechos de los internos (art. 4.2.h/). Más adelante volveremos sobre esta trascendente declaración más propia de una Ley y sobre el alcance que debe otorgársele.

- En sintonía con la Ley se asegura el acceso a los beneficios penitenciarios de quienes por determinadas circunstancias no pueden trabajar (art. 133.2) y, a estos mismos efectos, se equipara el trabajo retribuido con el ocupacional (art. 153. 2 y 3).

- De nuevo, en sintonía con la Ley se definen los beneficios penitenciarios como «aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento» (art. 202.1). A pesar de la dualidad, por decisión del legislador, en uno y otro caso, los beneficios tienen como contenido común la reducción del tiempo material de estancia en la prisión (14). No son beneficios otras medidas que puedan incrementar las salidas al exterior o las comunicaciones.

- Son beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular (art. 202. 2). La relación es doblemente criticable, de una parte, por lo que falta y, de otra, por lo que sobra. En primer lugar, es discutible que esta relación de beneficios sea cerrada. No le falta razón a Gallego Díaz cuando se pregunta si a otros efectos podrían tener tal consideración otras instituciones distintas (15). Sin embargo, el RP no deja lugar a dudas, no solo los define y menciona expresamente, sino que más adelante señala las particularidades de cada uno de ellos. Aún más grave, en segundo lugar, resulta la inclusión del indulto dentro de los beneficios penitenciarios. Ni los indultos son derechos, ni guardan relación alguna con los institutos resocializadores (16), ni, por último, son penitenciarios ya que lo

---

(14) En este sentido, también, BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 999.

(15) GALLEGO DÍAZ, *op. cit.*, p. 257.

(16) No es recomendable confundir las cosas y aunque el indulto en la medida que recorta la estancia en la prisión puede resultar que favorece la resocialización, su fundamento no está ahí, sino en las necesidades de corregir errores o ajustar las reacciones punitivas al principio de proporcionalidad cuando no hay cobertura legal para



único específico que tienen es que pueden ser instados desde los órganos penitenciarios, pero de igual manera podrían instarlo aunque la legislación penitenciaria no dijera nada al respecto (17).

- La finalidad de los beneficios es ayudar a la reeducación y reinserción social en el marco de una ejecución concebida de modo individualizado.

- En consonancia con lo anterior los beneficios se conceden discrecionalmente por el órgano competente, debiendo fundamentar su decisión en la «conurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción.» (art. 204).

De estos puntos se deduce indubitadamente la voluntad de nuestro legislador de crear un concepto jurídico denominado *beneficios penitenciarios*. A pesar de que la expresión carece de tradición legislativa o doctrinal, el Reglamento no se limita a definir en que consiste, sino que va mucho más allá. Señala sus fundamentos, su naturaleza y los principios que lo inspiran, también, algunas cuestiones procedimentales y, sobretodo, concreta que institutos jurídicos son beneficios penitenciarios. Negar esto es tanto como negar la norma jurídica y la vigencia del principio de legalidad.

Si la diferencia entre los beneficios penitenciarios y otros beneficios fuera poco relevante el debate discurriría en términos discursivos. Pero no son así las cosas.

Bien entendido que, aunque no encontramos cuál puede ser la razón que ha llevado al legislador a incluir solo dos beneficios dentro del concepto beneficios penitenciarios, su propia definición es tan amplia que permite incluir otras mejoras. Inevitablemente, y debido a ello, en el sistema penitenciario español deberá trabajarse con dos grupos de beneficios. Uno de carácter material y otro, formal. El primero elaborado por la doctrina con el objetivo de reagrupar los ele-

---

ello. En este sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Trad. Olmedo Cardenete, 5.ª ed., Granada. 2002. pág. 995.

(17) Como es lógico no han faltado esfuerzos en la doctrina por establecer diferencias dentro de amplio y heterogéneo grupo de los beneficios con el objetivo de dar coherencia sistemática a su construcción conceptual. Así, GARCÍA VALDÉS, *Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX*, en ADPCP, vol. LIV, 2001, p. 29, los clasifica desde una original perspectiva: «Las hay hacia adentro del centro penitenciario, los premios regimentales que se refieren a la reducción de hierros, alimentación, comunicaciones, disposición de peculio u otros estímulos. Y existen otros beneficios hacia afuera del establecimiento: la libertad condicional o el indulto».

mentos afines del sistema penitenciario y el segundo indicado por el ordenamiento jurídico.

De una parte, uno amplio entendido como señala, con razón, *Sanz Delgado* (18), para quien los beneficios penitenciarios han sido siempre asociados a un conjunto de recompensas que recibe el interno a lo largo de la ejecución de la pena y que están meritadas en su buen comportamiento. En este grupo se incluyen una amalgama de institutos jurídicos de muy distinto significado y contenido en el proceso de ejecución de la pena de prisión cabe dentro de esa definición (*v. gr.* permisos de salida, visitas o la libertad condicional, cualquier que sea su modalidad, recompensas, etc.).

Tomando en cuenta esta definición material aún podemos establecer las siguientes clasificaciones de los beneficios, no sin antes dejar claro que, a nuestro juicio, los beneficios forman parte de un proceso continuo de modulación de la responsabilidad penal que se denomina proceso de individualización (art. 203 RP), el cual a su vez, está comprometido con las exigencias directas del principio de humanidad que informa toda la responsabilidad penal (19). Entonces podemos considerar que dentro del sistema existen las siguientes diferenciaciones de beneficios:

- Beneficios penales y penitenciarios. Como ya hemos apuntado los primeros operarían antes de que se inicie la ejecución de la pena.
- Beneficios mixtos. Algunos beneficios presentan este carácter mixto porque arrancan en las fases previas a la ejecución pero implican ejecuciones de sanciones que posteriormente, pueden dar lugar a nuevos beneficios. Forma parte de este grupo el beneficio de la sustitución previsto en los artículos 83 y 84 CP. La pena original se suspende y se ejecutan otras sanciones que, a su vez, pueden ser modificadas en fase de ejecución (art. 85 CP).
- Beneficios de contenido fijo y variable. Los primeros consisten en la concesión de privilegios predeterminados por el ordenamiento jurídico. Este es el caso de la suspensión de la ejecución de la pena o de la libertad condicional. Mientras que los segundos permiten al órgano que los concede diseñar sus contenidos conforme a las circunstancias que concurren. En este último grupo se encuentran aque-

---

(18) SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, p. 25. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, F. *Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria*. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 1-1999, p. 51

(19) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 2011, pp. 122 ss.

llos beneficios que prevén la sustitución de la pena original por una o varias medidas.

- Beneficios directa o indirectamente asociados a los programas resocializadores. La mayoría de los beneficios –v.gr. las recompensas– se orientan a la prevención especial positiva, sin embargo los cambios regimentales del sistema de individualización científica se hacen depender de la evolución del tratamiento resocializador. La resocialización, a veces, está reñida con la idea de la recompensa porque los beneficios resocializadores no se conceden mirando atrás, sino adelante, para reforzar estratégicamente los vínculos sociales, familiares y laborales de los condenados, mientras que los demás no pueden evitar ser instrumentos al servicio de la disciplina de un centro.

De todo lo dicho hasta aquí se desprenden dos ideas que dificultan enormemente los esfuerzos por elaborar una teoría de los beneficios penitenciarios. La primera de ellas es que dicha expresión carece de raíces históricas, ni legislativas ni doctrinales. La segunda que bajo esta expresión puede igualmente reunirse aquellos institutos reconocidos, como tal, por la ley –concepto formal–, como definir los beneficios penitenciarios como *aquellos instrumentos jurídicos que, con distintos objetivos, determinan unas condiciones penitenciarias mas favorables para un interno en comparación con las que sufren otros* –concepto material–.

Ambas opciones son posibles, y, desde luego, nos inclinamos por un concepto material de beneficios, si bien nos interesa hacer una matización. Cuando el legislador se refiere a los beneficios penitenciarios debe entenderse una referencia exclusiva a los que vienen recogidos como tal por el ordenamiento jurídico. Sustentar esta convención es hoy día más necesario que nunca, debido a la reciente evolución del sistema penal, en general, y del penitenciario, en concreto, con un endurecimiento de las condiciones objetivas para poder acceder a algunos institutos que favorecen mejores condiciones regimentales. El legislador se refiere genéricamente a los beneficios sin especificar cual de ellos se ve afectado por estas reformas. Así pues, por razones de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad, tan desvirtuado en el ámbito de la normativa penitenciaria, es necesario convenir que las referencias legales a los beneficios penitenciarios deben entenderse referidas a aquellos institutos recogidos como tal en el Título Sexto.

Son, en consecuencia, beneficios penitenciarios estrictamente el adelantamiento de la libertad condicional (20) y el indulto particular (art. 202.2 Rto.). No lo son ni la libertad condicional común ni el resto de los institutos que de una u otra forma permiten que el interno evite la estancia efectiva en la prisión o la atenúe.

### III. LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS: DERECHO O GRACIA

La disyuntiva planteada en este epígrafe viene en gran medida resuelta por las conclusiones a que hemos llegado en el apartado anterior. La expresión beneficio penitenciario no se compadece con la autonomía jurídica de que gozan algunos de los institutos que están recogidos dentro de la misma. De manera que sería incongruente seguir preguntándonos de forma general cual es la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios sin acotar los mismos, a pesar de que el Reglamento declara de forma explícita y genérica (art. 4/h) que los beneficios penitenciarios previstos en la legislación son derechos de los privados de libertad.

La redención de penas por el trabajo o por educación –cuando existía–, la semi-libertad, la libertad condicional o los contactos con el mundo exterior son, sin ningún género de dudas, derechos de los internos (21), incluso cuando resulta formalmente dudoso que puedan considerarse beneficios penitenciarios y no están, por tanto, explícitamente reconocidos como tal en la legislación, porque un argumento formal como el *nomen iuris* «beneficio» no es suficiente para eludir dicho reconocimiento y porque, en definitiva, un derecho siempre es un beneficio para quien lo disfruta (22). Tampoco es un obstáculo el hecho de que para que se concedan sea preciso que concurren ciertos requisitos de carácter subjetivo, como es un pronóstico resocializador positivo. El informe técnico de los equipos multidisciplinares sobre el pronóstico de futuro del condenado no es una actividad arbitraria, ni siquiera discrecional, sino que el técnico que lo emite se somete a una

---

(20) Como sabemos la Reforma 1/2015 ha modificado en profundidad todo el Capítulo III del CP donde se regulan beneficios penales y penitenciarios. Entre estos últimos, se encontraba un solo modelo de adelantamiento de la libertad condicional. Ahora, tras la Reforma, nos encontramos, al menos, otras dos modalidades de adelantamiento distintas. A nuestro juicio todas ellas deberán de entenderse incluidas dentro de la referencia genérica del artículo 202 del Reglamento penitenciario.

(21) Opinión que puede considerarse también doctrina dominante en España. Cfr: RENART GARCÍA, F. *op. cit.*, pp. 67 ss.

(22) BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 1000.

metodología predeterminada jurídicamente vinculada, que puede contrastarse, eventualmente, con otros informes y, en su caso, ser objeto de revisión mediante un recurso ante un órgano judicial. Dichos informes «deberán expresar criterios que permitan al magistrado sustentar el sentido de la resolución» (art. 167 Reglamento) y «serán supervisados, verificados y refrendados por el jefe del área respectiva y el director del establecimiento» (art. 167 Reglamento). De manera que estamos ante una actividad reglada (23).

Pero, a nuestro entender, los argumentos a favor de concebir estos beneficios como derechos están también en el papel que juegan dentro de un sistema penitenciario resocializador. En los sistemas retributivos, efectivamente, la Administración penitenciaria disponía discrecionalmente de estos beneficios en la medida que no se encontraban vinculados a ninguna otra meta que no fuera la disciplina. Pero en los sistemas penitenciarios resocializadores estos beneficios forman parte del modelo de ejecución, son los límites externos o criterios informadores del *ius puniendi* en su fase de ejecución. Con independencia de la oportunidad de la denominación, todo lo que se entiende por beneficios penitenciarios son institutos jurídicos que diseñan el modo en el que en la actualidad se ejecuta esta pena, forma parte esencial de su *modus executandi*. La desaparición de la tortura o de las celdas de castigo no son beneficios penitenciarios sino compromisos con el reconocimiento del recluso como sujeto del derecho. Los institutos jurídicos abarcados por los beneficios son igualmente reconocimiento del derecho a la resocialización, que se traduce en medidas positivas de promoción de conductas sociales durante la ejecución. En este sentido, tras el reconocimiento de estos derechos se cumple una función de instrucción a los condenados para que conozcan la relación jurídica que el Estado social pretende mantener durante la ejecución. Si desde una óptica preventivo general positiva la pena concreta el modo de resolver el problema social generado por el delito, desde la perspectiva especial positiva el reconocimiento de estos derechos concreta un compromiso de garantía de la persona condenada. De no existir dicho reconocimiento la ejecución de la pena se convierte en un instrumento incontrolado, en el que el sujeto condenado se degrada a ser un medio recurrente para alcanzar fines que le son ajenos.

Por último, la naturaleza jurídica de los permisos de salida y la visita íntima puede suscitar más duda que los anteriores, ya que no concurren en ellos algunas de sus circunstancias. A pesar de lo cual, nos inclinamos a favor de considerarlos también derechos de los inter-

---

(23) BUENO ARÚS, *op. cit.*, p. 52.

nos. En primer lugar, por su estrecha relación con determinados derechos fundamentales de las personas reconocidas por la Constitución. Tanto la salida al exterior, normalmente para asistir a un evento familiar, o la visita íntima, que permite mantener relaciones afectivas y sexuales con la pareja, son manifestaciones del derecho de toda persona a la familia. Derecho que no se aliena por estar privado de libertad nada más que en la medida que sea manifiestamente incompatible con esta condición.

Únicamente, el indulto queda al margen de las anteriores reflexiones y responde a otros fundamentos ajenos a los problemas penitenciarios. Y por este motivo se puede decir que a pesar de lo señalado por el Reglamento, no existe ningún beneficio penitenciario que consista en indultar.

#### IV. CONSECUENCIAS DE CONSIDERAR LOS BENEFICIOS COMO DERECHOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

Reconocer que nos encontramos ante derechos de la persona derivados de su condición de privado de libertad en un sistema resocializador no es cuestión baladí, sino que tiene un alcance muy considerable. De acuerdo con el principio de legalidad al que esta sometido la ejecución de las penas los derechos solo pueden limitarse bajo la cobertura de una ley, no bastando para ello una disposición reglamentaria. En segundo lugar, en un sistema penitenciario los derechos asociados a los fines resocializadores deben de promocionarse por parte de la Administración. Por último, todos los operadores del sistema penitenciario se encuentran obligados por una garantía general que obliga a interpretar las normas que desarrollan los derechos reconocidos por la ley de forma extensiva y nunca en contra del privado de libertad.

En relación con estas garantías se ha planteado en la jurisprudencia constitucional de comienzos de siglo la duda de si deben concederse los beneficios en aquellos casos en los que concurren las condiciones objetivas y subjetivas, especialmente, cuando el condenado no es peligroso. El TC (SSTC 25/2000 de 31 de enero; 8/2001, de 15 de enero) ha mediado en la polémica, señalando que la concesión debe «expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a la peligrosidad del condenado...» Compartimos la opinión de nuestro alto Tribunal. Este es, en efecto, el sentido de la expresión «fundamentalmente» que acompaña a la peligrosidad como criterio integrador para la concesión en la ley espa-

ñola. Pero con ella, no solo se quiere explicitar que los tribunales deberán ponderar todos los fines preventivos que se persiguen con la pena, incluidas las razones de prevención general y seguridad colectiva; sino también que en caso de conflicto deben considerarse «fundamentalmente» las razones de prevención especial frente a las de prevención general. No solo por que así se desprende del artículo 80 CP, sino porque el artículo 25.2 CE, solo menciona expresamente los criterios resocializadores, inclinándose indubitadamente a favor de ellos en los casos de conflictos (24).

En todo caso y ya en relación con los límites de la decisión judicial, está fuera de dudas que nos encontramos ante un supuesto de discrecionalidad jurídicamente vinculada, en donde solo cabe una unidad de solución justa y lo contrario estaría infringiendo preceptos penales sustantivos. Para asegurarlo, el artículo 80.1 CP obliga a los tribunales a resolver motivadamente la concesión, es decir, a ponderar cada uno de los factores precitados. El TC, por su parte, considera que la obligación de motivar se extiende también al auto denegatorio cuando no concurren las condiciones legales (STC 224/1992 de 14.12; STS de 2 de febrero de 1998. En el mismo sentido, artículo 245.1.b) LOPJ) o cuando no es de su competencia determinar si procede o no su concesión (STC de 4 de febrero de 1992). La no motivación puede dar lugar a la ilegalidad de la decisión y, la consiguiente, declaración de nulidad.

Otros aspectos del reconocimiento de los beneficios como derechos subjetivos de los condenados a prisión han merecido menos atención por la doctrina. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de renunciar a ellos. Es indubitado que a todo titular de un derecho se le reconoce la posibilidad de renunciar al mismo (25) y los penados pueden negarse a disfrutar de un beneficio, bastaría con que no lo pidiesen o renunciases expresamente al mismo. Aunque la posibilidad de que esto suceda es escasa, no es del todo descartable. No se trata de 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 penado. El carácter voluntario que preside todas las actividades vinculadas con los programas de tratamiento

---

(24) No obstante, hasta ahora el alcance práctico de estas circunstancias valorativas ha sido escaso, ya que tradicionalmente los tribunales vienen concediendo el beneficio casi automáticamente cuando concurren las condiciones legales objetivas, a pesar de que esta actitud no solo lo desvirtúa, sino que va contra la voluntad del legislador. Incluso, en no pocas ocasiones, la predisposición de los tribunales a la concesión afecta a la propia determinación de la pena, procurándose que esta quede por debajo del tope máximo para posteriormente poder conceder la suspensión.

(25) VINOGRADOFF, *Introducción al Derecho*, México, 1992, pp. 47 ss.

–y el sistema progresivo es una de ellas– (art. 4. 2 LOGP) puede ilustrar esta posibilidad de que los beneficios deban contar con el consentimiento del interesado.

## V. EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD Y LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

A continuación abordaremos la tercera de las cuestiones que nos propusimos al comienzo de este trabajo. Se ha suscitado una viva polémica sobre la aplicación a las normas penitenciarias del principio general de irretroactividad de las leyes penales. Veamos los contextos políticos criminales y normativos en los que se ha planteado esta cuestión. Tras sucesivas reformas de la legislación penitenciaria se ha consolidado en base a criterios victimológicos un nuevo requisito para acceder a los beneficios, el de tener satisfecha la responsabilidad civil (art. 72. 5. RP). Nuestro sistema penal sigue estando lejos de los logros victimológicos de otros países y para avanzar en asegurar el legítimo interés de las víctimas se han dado pasos de dudosa constitucionalidad, como el que aquí estamos tratando, porque si bien es cierto el carácter prioritario de la indemnización, no es menos cierto que se introduce en la fase de ejecución, cuando la capacidad económica del condenado ha quedado seriamente mermada precisamente por ingresar en prisión, un criterio economicista que va a terminar modulando la cantidad de pena que aquel debe soportar.

Con este interés por la víctima del delito, en concreto, se introduce una reforma en la legislación penitenciaria que exige tener satisfechas las responsabilidades civiles para poder disfrutar del régimen abierto y la libertad condicional. Una de las leyes reformadoras establecía en sus disposiciones transitorias que lo dispuesto respecto de las condiciones de acceso a la libertad condicional y al régimen abierto «será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esta cumpliendo la pena» (Disp. Trans. Única. LO 7/2003).

Se plantea, entonces, un problema jurídico sobre el alcance de las garantías del sistema penal en estos ámbitos. Se trata de aplicar la ley penitenciaria a quienes se encuentran cumpliendo pena de prisión con independencia de que en el momento de la comisión del delito estuviera en vigor una ley mas favorable para el condenado. Desde una perspectiva jurídica el problema viene planteándose por la doctrina y la jurisprudencia hace décadas, coincidiendo con los momentos en



que el espacio penitenciario o de ejecución de penas comenzó a ser objeto de atención y regulación normativa. Que el principio de legalidad no iba a tener la misma incidencia en el ámbito de la ejecución que en otros momentos del sistema penal era algo que se podía barruntar desde que el Código rebaja sustancialmente sus efectos y permite que el Derecho penitenciario pueda crearse por medio de leyes y reglamentos (art. 3.1 CP), como si entrar en prisión fuera menos grave y mereciera menos garantías de reserva de ley que la tipificación de una conducta. Desde entonces interesa saber si las normas referidas a la ejecución de penas están sometidas con el mismo rigor que las penales al principio de legalidad y la forma en que opera en relación con ellas el principio de irretroactividad. Asociado a estos problemas también está dilucidar qué entendemos por normas de carácter penitenciario o normas relativas a la ejecución de las penas, cuestión sobre la que dista mucho de existir una opinión pacífica, debido entre otras cosas a la movilidad a que somete el legislador constantemente a este ámbito jurídico.

Las soluciones pueden ser las siguientes:

1. 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*). En consecuencia, tomando siempre como referencia el momento de la comisión, dichas normas son irretroactivas, salvo que favorezcan al reo.

2. 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*). De forma que en cada momento durante el tiempo de cumplimiento se vendrá aplicando la norma de ejecución vigente –*tempus regit actum*–. Obsérvese que desde esta segunda tesis no es preciso concluir negándoles a los principios de retroactividad/irretroactividad eficacia en el ámbito de las normas de ejecución, sino proponer un cambio en el acto de referencia –*momento histórico relevante*–.

La irretroactividad es una garantía asociada, en primer lugar, al principio de legalidad y a la seguridad jurídica (26), pero también a la función motivadora de las normas. Solo la norma conocida tiene capacidad para disuadir a las personas de realizar determinados actos

---

(26) ARROYO ZAPATERO, L. «El principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, pp. 9 ss.

socialmente no deseados (27). De nada sirve un mensaje de endurecimiento después del delito (o sirve solo para generar desconfianza en el derecho). Pero no son menos importantes las consideraciones que podemos hacer desde la óptica de la seguridad jurídica en relación con la irretroactividad, porque no son los cambios oportunistas y coyunturales de las leyes la mejor forma de reforzar la confianza en las garantías que el Estado de Derecho postula para los ciudadanos. De las exigencias de garantía nace el derecho de los ciudadanos a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta, el derecho del ciudadano a conocer con certeza cual es la forma en que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en que se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta. Parece difícil estar en desacuerdo con ello, siempre que por tal se entienda que ese derecho no es esencialmente el derecho de cada ciudadano a saber que le va a pasar a otro si delinque, sino de todos y cada uno de los ciudadanos a saber que le va a pasar a cada uno de ellos si delinque. Y si eso es lo que busca, de poco sirve saberlo antes de delinquir, si después del delito, puede cambiarse sustancialmente la forma en que se va a aplicar la pena o el modo por el que finalmente se va a regir algo tan sustancial al castigo como es el modo de su ejecución.

Estas reflexiones no nos permite llegar a la errónea conclusión de que solo aquellas normas que tienen como misión la motivación de las conductas humanas tienen que ser irretroactivas y, consiguientemente, excluir a las normas de ejecución de penas de esa garantía. Semejante conclusión adolece de dos graves errores, el primero, desconsiderar la importancia de la irretroactividad desde una óptica de seguridad jurídica. La segunda creer que son escindibles en el marco de la prevención general la tipificación de una conducta y la amenaza penal y su ejecución.

Por otra parte, la retroactividad, prevista para las normas favorables al reo, excepciona el principio de legalidad en la medida que se permite la aplicación de una norma ya derogada –ultraactividad–, posibilidad esta, generalmente, prohibida (28).

---

(27) LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. «La irretroactividad penal favorable: Una cuestión de proporcionalidad», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 14, junio 2004, pp. 185-212, p. 190.

(28) Con razón señala LASCURAIN SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 191, que la aplicación de una ley posterior más favorable al reo ni tiene que ver con la garantía del principio de legalidad, ni siquiera con el de seguridad jurídica. Es mas genera inseguridad en la medida que excepciona el principio de legalidad.

A nuestro juicio, ninguno de aquellos principios –*asimilación y diferenciación*– puede aplicarse, satisfactoriamente, hasta sus últimas consecuencias sin hacer diferenciaciones dentro de las normas de ejecución de penas en virtud de la autonomía que tiene el Derecho penitenciario con relación a los Derechos penal y procesal. Con el principio de asimilación, por ejemplo, no podríamos aplicar a la población de un centro unas normas penitenciarias que reformaran, endureciéndolo, el régimen disciplinario, ya que todos los internos lo estarían por delitos cometidos con anterioridad a la entrada de las mismas. Por el contrario, si partimos del principio de diferenciación todos aquellos beneficios penitenciarios que se hicieran depender del tiempo de pena cumplida habrían de computarse solo a partir de su entrada en vigor y no desde el momento en que se comenzó a cumplir la condena y, a la inversa, un endurecimiento en las condiciones de obtención de un beneficio o, sencillamente, su desaparición, introducida por una reforma legislativa afectaría también a quienes ya habían logrado mitigar su prisión gracias a consolidar el beneficio en la situación anterior a la reforma.

Hay, pues, que empezar reconociendo que bajo el *totum* de normas penitenciarias se agrupan un universo normativo muy dispar en el que encontramos unas de carácter técnico, otras organizativas, otras procedimentales, otras que van referidas a aspectos sustanciales de la pena privativa de libertad, etc. Esto nos da una idea de la enorme complejidad que tiene el tema, ya que no solo estamos obligados a diferenciar las normas penales de las normas de ejecución de penas, sino que dentro de estas últimas parece preciso seguir estableciendo diferencias. Necesariamente deberemos acotar nuestro análisis a algunas de estas normas que están dentro del macroconcepto de normas de ejecución, pero que tiene una respuesta matizada al principio de legalidad y de irretroactividad.

Dentro de esa constelación y de cara a plantear el problema de la irretroactividad nos parece necesario distinguir, al menos, dos grandes grupos normativos en la legislación:

- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) *funcionales*. Dentro de las cuales se encuentra un amplio espectro de normas reguladoras de aspectos sectoriales de la ejecución –sanidad, trabajo, educación, higiene– y también normas de régimen generales –derechos y deberes, contactos con el exterior, régimen disciplinario, etc.–
- Normas penitenciarias (o de ejecución penal) *sustantivas*. Incluye todas aquellas normas relativas al cumplimiento material de la pena. Coinciden esencialmente con los llamados beneficios, pero, eventualmente, se incluyen también aquí aquellas otras normas que contem-

plan sustituciones de la pena durante la ejecución o resuelven problemas que pueden afectar a esta, como las enfermedades sobrevenidas y su repercusión en la ejecución de las penas.

Las que hemos denominado normas funcionales se rigen por el acto de ejecución, de manera que se aplican en el momento en que entran en vigor y con efecto retroactivo, si con ello se beneficia al condenado, siempre que fuera posible. Veamos unos ejemplos. Una nueva disposición que modificara las competencias del Director de un centro, la composición de un órgano penitenciario colegiado, redujera el número de llamadas que puede hacer el interno u obligara a la administración a garantizar una celda para cada uno de ellos, se aplica en el momento de su entrada en vigor, sin embargo, esta última, a pesar de ser mas favorable para el interno, no puede –por su propia naturaleza– aplicarse con efectos retroactivo. En cambio, una norma que ampliara las recompensas, incluyendo dentro de los actos recompensables nuevas conductas del interno dentro del establecimiento, se aplicaría también con efecto retroactivo, al serle favorable.

Por el contrario, las normas sustantivas se rigen por sus propios principios. Dentro de ellas –a estos efectos– todavía es conveniente introducir una matización, según se trate de normas sustantivas de carácter general que no guardan relación con el delito cometido, sino con la relación jurídica originada por la sentencia condenatoria firme, es decir, con el hecho de la pena impuesta como consecuencia indiferenciada de la comisión de un delito y normas sustantivas específicas, que modulan la ejecución de la pena en función del delito cometido. Como ejemplo del primer grupo podemos señalar las normas que regulan los permisos de salida, las que se refieren a los requisitos generales de obtención de la libertad condicional o al régimen abierto. Por el contrario, del segundo grupo forman parte aquel conjunto de normas en las que el legislador condiciona la obtención de un cambio sustancial en la ejecución de la pena al tipo de delito cometido. También, por ejemplo, es frecuente encontrar en el derecho comparado límites para acceder al régimen abierto de los agresores sexuales. Las primeras toman en cuenta *el momento en que se inicia la ejecución de la pena (momento histórico relevante)* –entiéndase extensivo a cualquier tipo de pena– para aplicar los criterios de retroactividad/irretroactividad. Las segundas, en cambio, forman parte inescindible de la potencialidad disuasoria de la norma que describe la conducta típica y, en consecuencia, aplicará esos criterios tomando en cuenta el momento de la comisión del delito.

¿Por qué solo las primeras deben regirse por el momento de ejecución y no por el de comisión? A nuestro juicio, 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. Por otra parte, 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.

De esta forma, se garantiza, como mínimo, que al penado se le aplicarán aquellas normas vigentes en el momento de la ejecución de la pena, salvo que la reforma le sea más favorable, en cuyo caso adquieren efecto retroactivo. La razón de este cambio dentro del mismo cuerpo legislativo se explica porque la pena es, esencialmente, amenaza penal, pero como tal amenaza para que resulte eficaz tiene que cumplirse, de manera que sin su ejecución la pena carecería de contenido, incluidos los propios contenidos preventivos. Ninguno de los fines de la pena podría alcanzarse si esta no llegara a ser ejecutada. Por ello, distinguir entre pena, por un lado, y la «vida de la pena», por otro, como si aquella pudiera existir materialmente al margen de su ejecución, es contrario a toda lógica jurídica, a toda experiencia y a la propia teoría de la pena. Una visión integradora de la pena en la que se tenga en consideración tanto su duración como su intensidad constituye una unidad inescindible en un sistema penal orientado a la prevención.

De esta manera no puede afirmarse que lo que afecta a la pena y dentro de ella a esa zona esencial que es su cumplimiento material no forma parte del contenido esencial del Derecho penal. La amenaza penal, que aspira a la motivación de las conductas de las personas en una sociedad, no es solo de una pena en abstracto, sino también cuentan las circunstancias de su cumplimiento. La ley informa a las personas que la comisión de un determinado delito está castigada con una pena de prisión que por su gravedad podrá ejecutarse en uno u otro tipo de establecimiento y con posibilidades de acceder a unos u otros beneficios penitenciarios. La forma de cumplimiento contiene en no pocas ocasiones más carga aflictiva que la duración temporal, no tendría sentido que redujéramos, pues, el concepto de sustantividad a la duración, sin abarcar la forma de ejecución (29).

Aun aceptando que la forma de cumplimiento de la pena se hace sin sobrepasar el tope máximo de la condena determinado por el tribunal en la sentencia firme y que los beneficios penales son una expectativa; si las peores expectativas se terminan convirtiendo en regla –por

---

(29) SALAZAR SÁNCHEZ, N. El principio de legalidad en un Estado democrático de Derecho (Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal), en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, T. 14, julio 2004, pp. 454-577, p. 503.

ejemplo, por que se impide el acceso a algunas de las formas de cumplimiento, como la conversión o la reserva del fallo— aun cuando sea en la fase de ejecución de la condena, no puede afirmarse que ello no tiene relevancia en cuanto al juicio de favorabilidad o desfavorabilidad de la norma. Es innegable que determinadas reformas afectan negativamente a la ejecución por más que solo planteen modificaciones dentro del marco de pena a que el sujeto fue condenado. La norma es desfavorable con independencia de que hipotéticamente no lo sea en un caso concreto. Dificultar con carácter general —y, mucho mas, impedir— el acceso a las formas de semilibertad o libertad condicional es imposible que no tenga antes o después su reflejo en una pluralidad de casos particulares, de casos en los que, cumplidos todos los requisitos que «antes» se exigían, no se cumplan algunos de los introducidos mas tarde por una ley que en todos esos casos va a resultar mas desfavorable. Esta evidencia requiere de una respuesta que conjugue las garantías del sistema penal con los fines de la fase de ejecución (30).

Existe una corriente de opinión, contraria a la tesis que estamos proponiendo, que entiende que las normas relacionadas con la ejecución de las penas se aplican a todas las penas que se encuentren ejecutándose en el momento de su entrada en vigor, sin considerar el momento de la comisión del delito (*principio de diferenciación*). Dos son los argumentos con los que se pretende abalar esta tesis:

- Por una parte, que nos encontraríamos en una suerte de retroactividad débil o impropia, en cuanto que no afecta a las resoluciones ya dictadas sobre los referidos beneficios, aun cuando no se cumplieron los requisitos que ahora se exigen, sino que se refiere a resoluciones que se toman desde la fecha de entrada en vigor de la ley (31). Es decir, que aunque sea la ejecución la referencia, se toma esta de manera fragmentada, que permite escindir en dos el tiempo de ejecución, antes y después de la reforma.

---

(30) Argumentos similares han sido utilizados por la Audiencia Provincial de Madrid para defender para la norma penitenciaria el mismo tratamiento que para la norma penal. *Cf*: Auto 1180/2004.

(31) Esta tesis ha sido sustentada en España por el Tribunal Constitucional a raíz de la desaparición de la redención de penas por el trabajo. Entiende el Alto Tribunal que dicho beneficio «no aparecía legalmente configurado como un beneficio condicional que podía ser revocado en determinados casos, puesto que incluso en los supuestos en los que el penado quedaba inhabilitado para redimir en lo sucesivo, ello no afectaba a los días redimidos» (STC de 14 de abril de 1999). En consecuencia, aun cuando una reforma legal haga desaparecer un beneficio los efectos de esta modificación perjudicial para el condenado no afectaran a los ya consolidados antes de la entrada en vigor de la reforma.

- Que se trata de una disposición referida a normas de ejecución, incluso a normas procesales de ejecución y no a normas penales en sentido estricto.

Ninguno de los argumentos es convincente. La irretroactividad débil o impropia no desmerece el rigor de este principio. Bien al contrario, es una garantía consustancial al mismo, de manera que siempre que se invoca la irretroactividad se está afirmando que las situaciones jurídicas consolidadas no se modifican, salvo que no sea para favorecer a la persona. Esto es precisamente lo que sucede en relación con la norma penal.

Pero tampoco seduce el segundo de los argumentos porque no está claro que una norma en la que se aborda la regulación de unos beneficios, no sea *ley penal* en el sentido constitucional, sino una norma de naturaleza procesal o penitenciaria o de ejecución y, aun siéndolo, tampoco puede afirmarse con carácter general que el principio de legalidad y la irretroactividad no afecten a este tipo de normas.

A nuestro juicio la solución de este problema para las que hemos llamado normas de ejecución sustantivas no está ni en la diferenciación ni en la asimilación. Es preciso concebir el cumplimiento de la pena como una unidad jurídica inescindible y continuada. De esta manera los principios de irretroactividad/retroactividad solo podrían plantearse en aquellos supuestos en los que se pretendiera hacer valer una reforma antes de iniciar el cumplimiento de una pena. Durante el cumplimiento la aplicación de una reforma va a responder necesariamente a las garantías y principios que rigen esta fase del sistema penal.

¿En qué sentido varían los criterios vigentes para la ley penal cuando hablamos de normas de ejecución sustantivas? En primer lugar, debe partirse de un marco de garantías similar. Es decir, ni la seguridad jurídica ni la legalidad se debilita en esta fase. Es el momento de invocar preceptos de la contundencia del artículo 7 CP en el que se establece que «a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar», es decir, aquella que permitía el acceso a esos beneficios de acuerdo con el régimen general. Solo se verá excepcionada esta garantía cuando la nueva norma sea «más favorable al reo». Principio avalado por textos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11, inc. 2, por solo citar el más relevante. Y también por una reiterada jurisprudencia. No podemos burlar a los condenados las garantías y beneficios que se derivan de estas declaraciones en base a una interpretación restrictiva del con-

cepto de *ley penal*, sin cometer una grave lesión de los propios basamentos del Estado de Derecho.

Ahora bien, los criterios de beneficio o perjuicio para el condenado son distintos, se cargan de consideraciones preventivas, se enriquecen de ellas. De manera que una mayor facilidad de acceso a un beneficio puede resultar inoportuna en un proceso de tratamiento resocializador y hacer recomendable que se mantenga durante un tiempo la situación anterior. Una decisión de esta naturaleza debe de estar precedida por un informe técnico y resuelta por un órgano judicial. Pero no acaban aquí las diferencias. En el ámbito de la ejecución tiene un mayor peso las consideraciones humanitarias, las cuales pueden entrar en conflicto, incluso, con los fines resocializadores.



# Consideraciones críticas sobre la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la intervención de las comunicaciones de los reclusos

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos

*Para mi querido compañero Carlos García Valdés, cuyo temprano y valiente compromiso con la ciencia del Derecho penitenciario ha determinado que este sector de la ciencia completa del Derecho penal, alcance el lugar que le corresponde.*

## RESUMEN

*Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la intervención de las comunicaciones de los reclusos, prevista en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, desde la perspectiva del artículo 18.3 de la Constitución Española.*

*Palabras clave: Derecho penitenciario, Secreto de las comunicaciones, Intervención de las comunicaciones.*

## ABSTRACT

*Analysis of the doctrine of the Constitutional Court regarding the intervention of prisoners' communications, provided for in article 51.5 of the General Organic Penitentiary Law, from the perspective of article 18.3 of the Spanish Constitution.*

*Key words: Penitentiary law, Secrecy of communications, Communication intervention.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. El llamado «Marco Normativo Constitucional» de la intervención de las comunicaciones de los reclusos.–3. La esforzada interpretación en clave constitucional del art. 51.5 LOGP.–4. Aspectos no tratados de la limitación del Derecho Fundamental.–5. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si uno lee las aproximadamente veinte resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la intervención por motivos penitenciarios (1) de las comunicaciones de los reclusos en el período 1983-2013, último año este en el que aparece una decisión sobre el tema (2), se obtiene la impresión –bastante frecuente en los tribunales de justicia– de diferentes fases de elaboración doctrinal: se comienza por una primera aproximación tímida al contenido de un derecho fundamental, delimitado en el ámbito de las prisiones, para después configurar un contenido mucho más extenso y elaborado, y finalmente reducirlo ostensiblemente ante las reivindicaciones para el ejercicio de este derecho por parte de terroristas, particularmente de ETA, o por reclusos incluidos en el fichero FIES (3), de lo que cabe deducir que el Alto Tribunal estima que tal ejercicio resulta abusivo, aunque no lo manifieste expresamente.

---

(1) Hay que distinguir las intervenciones por motivos penitenciarios de las intervenciones por la posible comisión de un delito. Estas últimas están reguladas en los arts. 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). En lo que sigue no me voy a ocupar de las intervenciones previstas en la LECrim. Cfr. sobre la diferenciación entre ambas NISTAL MARTÍNEZ, «La libertad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho a la defensa», *Diario La Ley*, n.º 7383, 19 de abril de 2010, p. 4, quien destaca que mientras las intervenciones penitenciarias son comunicadas al interno afectado, las acordadas para la investigación de un posible delito, no, ya que en otro caso se frustrarían las pesquisas iniciadas. Sobre la distinción véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 200/1997, de 24 de noviembre, Fundamento Jurídico (FJ) 4. Acerca de las intervenciones decididas para la averiguación de un posible delito, cfr. V. GIMENO SENDRA, «La intervención de las comunicaciones», *Diario La Ley*, n.º 7192, 9 de junio de 2009, pp. 1-21.

(2) Con posterioridad, el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 40/2017, de 28 de febrero, FJ 4, ha mencionado, pero solo incidentalmente, la doctrina constitucional sobre intervención de las comunicaciones de los reclusos. Es en realidad un Auto sobre la solicitud de acercamiento de un recluso condenado por terrorismo a un centro penitenciario más próximo a su domicilio. Este ATC 40/2017, de 28 de febrero, viene acompañado de un muy relevante Voto Particular, que creo es de obligada lectura.

(3) Fichero de Internos de Especial Seguimiento, creado por Circular de 6 de marzo de 1991 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y generalizado

## 2. EL LLAMADO «MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL» DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DE LOS RECLUSOS

El art.18.3 de la Constitución Española (CE) garantiza el derecho fundamental en los siguientes términos:

*«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».*

Con ello se está diciendo que la única excepción admisible («salvo») en cuanto al contenido del derecho solo puede venir de la mano de una decisión dictada por un órgano judicial.

Sin embargo, el régimen general para el ejercicio de este derecho fundamental por parte de los internos en un centro penitenciario viene descrito en el art. 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), promulgada pues apenas un año después de la aprobación de la Constitución. Como indica Juanatey, estamos ante un derecho fundamental y no ante un beneficio penitenciario, quien añade que «Su concesión no depende de la conducta buena o mala del interno, ni de la evolución, en su caso, en relación con el tratamiento penitenciario» (4).

El art. 51.5 LOGP establece lo siguiente:

*«Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».*

Pues bien, si contraponemos única y exclusivamente el art. 51.5 LOGP con el jerárquicamente superior art. 18.3 CE, resulta una clara contradicción, ya que el precepto de la LOGP autoriza a una autoridad administrativa, como lo es el Director de cualquier establecimiento penitenciario, no solo a intervenir, sino incluso a suspender, el derecho al secreto de las comunicaciones. De manera que lo que la Constitución reserva a la autoridad judicial, la Ley se lo permite a la autoridad administrativa, lo que en principio no puede ser admisible por razón de la superior jerarquía normativa de la Constitución. Es

---

a partir de las Instrucciones 21/1996, de 16 de diciembre, 6/2006 y 12/2011. Aunque la STC 189/1994, de 20 junio, no entra en el fondo por extemporaneidad de la demanda de amparo, se plantea en tal demanda la posible inconstitucionalidad del Fichero FIES.

(4) C. JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho penitenciario*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2013, Iustel, p. 182.

cierto que el art. 51.5 LOGP exige que el Director de la cárcel «dé cuenta» a la autoridad judicial competente, pero esta «dación de cuentas» parece ser, interpretándola según las palabras que usa la ley, una simple puesta en conocimiento. Y además esta puesta en conocimiento es posterior a la adopción de la medida administrativa, de modo que antes de que el juez o tribunal reaccionen –si es que se deciden a reaccionar, lo que ante una simple dación de cuenta no parece que haría falta– frente a la notificación, puede haber sido ya ejecutada la suspensión o la intervención de las comunicaciones del interno; de este modo la posible actuación judicial llegaría ya demasiado tarde, pues aunque decidiera anular –lo que el art. 51.5 LOGP no contempla expresamente– el acto administrativo, la suspensión o intervención ya habrían producido sus efectos y, en consecuencia, se habrían impedido completamente las comunicaciones del interno afectado o bien el contenido de estas habrían trascendido a las autoridades administrativas (5).

Sobre esta incompatibilidad entre el art. 18.3 CE y el art. 51.5 LOGP, y por lo tanto sobre la inconstitucionalidad de este precepto, no se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional, pero sin embargo sí la han defendido algunas demandas de amparo (6). Pero en la etapa de configuración extensa del derecho fundamental en

---

(5) Sobre este problema temporal del *dies a quo* de la intervención o suspensión de las comunicaciones y en este mismo sentido se pronuncia el Voto Particular de los Magistrados González Campos, Viver Pi-Sunyer y Vives Antón a la STC 128/1997 de 14 de julio: «A nuestro juicio la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria puede justificar, a partir naturalmente del momento de su emisión, la limitación del derecho fundamental, pero no sana la vulneración previa de la Administración, si esta vulneración existe durante el lapso de tiempo que media entre la actuación de la Administración y la resolución judicial [pues] la conculcación del derecho se ha producido, y así debe declararse y repararse en la medida en que ello sea posible –en la jurisdicción ordinaria o en la constitucional–. Si no se hace así se dejará impune una parte importante de la actividad de la Administración». Está de acuerdo con este punto de vista, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Madrid, 2000, Tecnos, p. 110.

(6) Así, por ej., la demanda que da lugar a la STC 73/1983, de 30 de julio, según se aprecia en su Antecedente 3.º; y la demanda que da lugar a la STC 175/1997, de 27 de octubre, como se expresa en su Antecedente 2. Por el contrario, la STC 58/1998, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico (FJ) 7, ha descartado expresamente la inconstitucionalidad del art. 51.2 LOGP. Coincide en la inconstitucionalidad del art. 51.5 LOGP, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, cit., p. 95. Muy crítico con la práctica penitenciaria y con la doctrina del TC sobre la intervención de las comunicaciones entre el recluso y su abogado se manifiesta J. M. OLARIETA ALBERDI, «La intervención de las comunicaciones del Abogado en prisión», en *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, 1994, J. M. Bosch, pp. 183-193, *passim*. F. REVIRIEGO PICÓN, «El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas "entre" reclusos», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26, 2005, p. 576, menciona la

relación con los reclusos de un centro penitenciario, el Tribunal que interpreta la Norma Fundamental se ha referido a otro precepto constitucional, el art. 25.2 CE, con el fin de delimitar el contenido del derecho garantizado en el 18.3 CE. Aquel precepto declara lo siguiente:

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

Por una parte, el Alto Tribunal destaca que el ejercicio por parte de los reclusos de su derecho al secreto de las comunicaciones sirve a los fines de la reinserción social. La STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2, es demostrativa de lo que acabo de indicar:

*«Hay que advertir que este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere, por ello, suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso del art. 25.2 de la CE. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, mantenerse preparado para su futura vida en el seno de la sociedad (7)».*

Pero junto a esta, digamos, conexión «positiva» del art. 18.3 con el art. 25.2, existe en la doctrina del Supremo Intérprete de la Constitución, otra vertiente «negativa» de dicha conexión: ya la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre este punto, la 183/1994, de 20 de junio, FJ 5, hace referencia al aspecto del art. 25.2 CE en cuanto configura un ámbito más estrecho en el ejercicio de los derechos fundamentales de los reclusos, legitimando, por lo tanto, las limitaciones que puedan provenir de la sentencia, del sentido de la pena y de la ley penitenciaria. Y es verdad que esa legitimación procede nada menos que del texto constitucional. Pero la exégesis se sistematiza a partir de la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, a), que

«dudosa constitucionalidad» de la supresión de la resolución judicial previa, pero no entra en la discusión a fondo de este problema.

(7) En el mismo sentido, STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2.

habla ya de un «marco normativo constitucional» del derecho al secreto de las comunicaciones del que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario. Las resoluciones posteriores suelen repetir esta sistematización, aunque a veces introducen en ella modificaciones y matizaciones.

La STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, a), se permite una pequeña «trampa», ya que en vez de referirse a las limitaciones de la «ley penitenciaria», que es lo que garantiza el art. 25.2 CE, hace mención a las restricciones previstas en la «legislación penitenciaria», lo que permite ampliar la base normativa al Reglamento penitenciario, que puede ser mucho más estricto y menos garantista que la Ley del mismo sector (8). Pero si hay reserva de ley, y en el art. 25.2 CE se insta una verdadera reserva de ley, no es legítimo que un Reglamento establezca mayores limitaciones a un derecho fundamental que las que establece la Ley (9): así lo impone el art. 53.1 CE (10).

El «pobre» art. 25.2 CE sirve pues para justificar las restricciones que experimentan los reclusos cuando intercambian sus comunicaciones orales y escritas. Y lo califico de «pobre», porque es el único derecho fundamental (pues lo es, ya que está incluido en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título I de la Constitución, que lleva por rótulo «*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*») al que el Tribunal Constitucional le ha negado la naturaleza de derecho fundamental. Y lo relega a la categoría de ser un simple mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (11), lo que en román paladino significa que no puede fundamentar un recurso de amparo, aunque sí podría servir de base para un recurso o cuestión de inconstitucionalidad.

---

(8) La STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 4, llega a mencionar dos Instrucciones aprobadas por el Ministerio del Interior, que incluye en el canon constitucional de control de las resoluciones judiciales.

(9) En el mismo sentido M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, cit., pp. 54-55 y 66, aunque véase la nota 43 en pp. 56-57.

(10) El tenor literal del art. 53.1 CE es el siguiente: «*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*».

(11) Así SSTC 194/2002, de 28 de octubre, FJ 9 (con cita de otras en el mismo sentido); 128/2013, de 3 de junio, FJ 3, matizando el contenido de los dos primeros incisos del art. 25.2 CE.

En definitiva, aun encontrándose situado entre los arts. 14 al 29 del texto constitucional (12), estamos ante un derecho fundamental que no es un derecho fundamental, pero que sí sirve para limitar otros derechos fundamentales: ¡el colmo! (13)

La práctica irrelevancia del segundo inciso del art. 25.2 CE (14), se observa claramente en esta declaración del TC en su Sentencia 128/2013, de 3 de junio, FJ 3:

*«Desde esta segunda perspectiva, la vulneración del art. 25.2 CE tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno –peso [sic, quiere decir preso] preventivo o en situación de cumplimiento de pena– indebidamente sacrificado o restringido por la autoridad penitenciaria (SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 7 y fallo; y 15/2011, de 28 de febrero, FJ 7 y fallo). [...]*

*Razón por la cual, no estando comprometido un derecho fundamental autónomo sino tan sólo una de las facultades que la libertad hace posible y cuya restricción forma parte del status penitenciario, ha de descartarse la vulneración del art. 25.2 CE.»*

Pero si el art. 25.2 CE permitiera que la ley penitenciaria redujera con toda amplitud el contenido esencial de un derecho fundamental de un recluso, entonces carecería de sentido la mención del precepto de que tal recluso *«gozará de los derechos fundamentales de este capítulo»*. Es decir, el art. 25.2 CE no permite eliminar la exigencia de que cualquier limitación del derecho al secreto de las comunicaciones tiene que venir necesariamente de una resolución judicial, tal y como

(12) Lo que, de acuerdo con los arts. 53.2 y 116.1 b) CE, es relevante para poder formular un recurso de amparo. No obstante, no todo lo que figura entre los arts. 14 al 29 CE es un derecho fundamental; a mi juicio no lo es, por ejemplo, la declaración del art. 22.2 CE: *«Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales»*; declaración, por cierto, inexacta, ya que debería decir más correctamente *«serán ilegales»*, pues se trata de un mandato de la Constitución al legislador ordinario: la Constitución no puede declarar la «ilegalidad» sino, en todo caso, la «inconstitucionalidad» de algo.

(13) Con esta doctrina del TC y sus consecuencias también se manifiesta muy crítica P. SOLAR CALVO, *«¿Tienen los internos demasiados derechos? Valoración normativa a raíz del ATC 40/2017, de 28 de febrero y su voto particular asociado»*, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 29, 2018, p. 41: *«A su vez, la interpretación que se hace del art. 25.2 CE ha derivado en un reconocimiento muy descafeinado de la reinserción social como mero mandato al legislador y, en cascada, ha contaminado la interpretación que se realiza sobre el reconocimiento del resto de derechos de quienes cumplen condena»*.

(14) *«El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.»*

expresa el art. 18.3 CE. A mi entender pertenece al contenido esencial (art. 53.1 CE) del derecho fundamental que me ocupa la exigencia de que solo pueda ser limitado por una resolución judicial, de manera que la ley de desarrollo de este derecho solo podrá determinar los casos en que resulte procedente la referida limitación y los casos en que la misma no resulte procedente.

Ahora bien, el art. 25.2 CE concreta su ámbito de aplicación a los penados, es decir, a los ya condenados por sentencia a una pena privativa de libertad o bien –aunque ahora no nos interesa este aspecto– a una medida de seguridad. Eso quiere decir que el 25.2 CE no es «expresamente» aplicable a los presos preventivos, esto es, a los sometidos a la medida cautelar de la prisión preventiva o provisional, por lo tanto no derivada de un fallo condenatorio. El tenor literal del segundo inciso del art. 25.2 CE no deja lugar a dudas: «*El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma [...]*».

No obstante la doctrina del Tribunal Constitucional incluye una segunda «trampa» y extiende a los preventivos su doctrina sobre la eficacia del art. 25.2 CE. Lo acabamos de ver al aclarar en la STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 3, qué entiende por interno («*peso [sic, quiere decir preso] preventivo o en situación de cumplimiento de pena*»). El error gramatical –peso por preso– podría responder a la mala conciencia, precisamente reprimida, por hacer decir al texto constitucional lo que no dice. Es cierto que la LOGP incluye en el concepto de interno a los detenidos, presos o penados, lo que se puede comprobar al leer sucesivamente los apartados 1 y 2 del art. 15 de dicha ley. Pero no cabe ninguna vacilación acerca del hecho de que el segundo inciso del art. 25.2 CE solo se refiere a los penados, pero no a los detenidos ni a los que se encuentran bajo prisión preventiva o provisional (15). Y tampoco cabe duda de que la prisión provisional no es ni puede ser una pena anticipada (16).

La STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 6, no manifiesta ningún reparo en extender la aplicación conjunta del art. 18.3 y segundo inciso del art. 25.2 CE a los preventivos:

*«No representa un impedimento para la aplicación de esta doctrina el que se trate de un preso preventivo, circunstancia ésta aludida por el recurrente. Por más que, en términos generales, el hecho de tratarse de un preso preventivo y no de un condenado, deba mere-*

(15) Como advierte NISTAL MARTÍNEZ, ob. cit., p. 6, es posible que un interno sea «mixto», es decir, que acumule la condición de penado y preventivo respecto a diferentes procesos penales.

(16) En este sentido SSTC 66/1989, de 17 abril, FJ 6; 128/1995, de 26 julio, FJ 3; 19/1999, de 22 febrero, FJ 5; 217/2001, de 29 octubre, FJ 5.



*cer una específica consideración a la hora de adoptar motivadamente medidas que supongan la restricción de un derecho cabe reiterar, por lo que al presente caso concierne, la apreciación que se acaba de formular con apoyo en la STC 200/1997.*

*El art. 25.2 se refiere a los condenados a pena de prisión que estuvieren cumpliendo la misma, los cuales gozan de los derechos fundamentales, en la forma y con las limitaciones que hemos expuesto antes. Ni ese precepto ni ningún otro de la Constitución mencionan a los presos preventivos, que, como ocurre con los condenados, son titulares efectivos de los derechos fundamentales, las [sic, quiere decir «los»] cuales habrán de ejercitarse según la regulación legalmente establecida (art. 53.1 CE). [...]*

*Con estas garantías, la LOGP regula el ejercicio de los derechos de los «internos», una denominación que incluye a todos los reclusos de un Establecimiento Penitenciario, sean detenidos, presos o penados (art. 1)».*

Pese a estas palabras, lo cierto es que algunas de las demandas de amparo sobre posible vulneración del art. 18.3 alegaban que la limitación del derecho se había aplicado a un preventivo, solamente acusado, pero no condenado, por ejemplo, por delito de terrorismo, lo que, según criterio del Letrado del demandante, excluía el empleo del segundo inciso del art. 25.2 CE, como fundamento de la limitación del secreto de las comunicaciones (17); tampoco resulta extraño que estas mismas demandas formularan la queja de vulneración de la presunción de inocencia, ya que, en cuanto no se había declarado todavía la responsabilidad penal del afectado, en verdad era todavía inocente.

No acabo de entender por qué el Alto Tribunal ha diseñado el marco normativo constitucional del ejercicio por los reclusos del derecho al secreto de las comunicaciones refiriéndose únicamente a los arts. 18.3 y segundo inciso del art. 25.2 CE, y con olvido por tanto del art. 55.2 CE. Salvo una referencia incidental en la STC 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 4, al art. 55.2 CE, ninguna otra resolución hace mención de este precepto. Conviene transcribir ahora su contenido:

*«Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.*

---

(17) Se inician con demandas de amparo interpuestas por preventivos las SSTC 183/1994, de 20 de junio; y 141/1999, de 22 de julio, antecedente 7.

*La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.»*

Es cierto que este precepto queda restringido para las personas relacionadas con delitos de terrorismo, pero también es verdad que, en la práctica, muchas de las demandas de amparo han sido presentadas por tales personas; conviene añadir que esta norma establece con toda claridad, y además en el plano constitucional, la suspensión, entre otros, del art. 18.3 CE. El art. 55.2 CE no solo impone como condiciones la previsión en una «ley orgánica» (lo que evidentemente cumple la Ley Orgánica General Penitenciaria) y la «necesaria intervención judicial», sino además el «control parlamentario»; pero también e implícitamente excluye las suspensiones generales y no personalizadas (por ejemplo, para todos los reclusos de un centro penitenciario, o de una provincia, o de una Comunidad Autónoma), ya que ha de tratarse de una limitación legal «para personas determinadas». Desde luego que la expresión «intervención judicial» es mucho más elocuente y equivale a un completo control judicial que la más laxa de «dando cuenta a la autoridad judicial competente», que aparece en el art. 51.5 LOGP.

Pero por otro lado, el art. 55.2 CE puede ser aplicado sin problemas a los reclusos en situación de prisión preventiva (18), ya que la limitación del derecho que nos ocupa puede imponerse «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». Al menos, así lo creo yo. Pues un preventivo, de quien se sospecha su participación en un delito de terrorismo, está siendo investigado por su actuación con bandas armadas o elementos terroristas, lo que supone una fundamentación más clara que la que nos facilita el art. 25.2, segundo inciso, CE, si bien limitada a estos delitos.

El párrafo segundo del art. 55.2 CE sirve de recordatorio de la posible responsabilidad penal en los casos de utilización injustificada o abusiva de las condiciones previstas en la Ley Orgánica que prevea la suspensión de, entre otros derechos, el art. 18.3 CE. Sin embargo, en los supuestos en que el Tribunal Constitucional ha apreciado vulneración del art. 18.3 CE no hay constancia de que se hayan iniciado

---

(18) Para evitar que el art. 55.2 CE sea prácticamente una repetición del art. 18.3 CE, J. JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 81-82, extiende también la excepción que representa el art. 55.2 CE a personas que ni siquiera aparecen como formalmente investigadas en la instrucción penal, pero que sin embargo están relacionadas con hechos terroristas.

actuaciones penales contra las autoridades o funcionarios que se han extralimitado en la intervención de las comunicaciones respecto a condenados o acusados de terrorismo (19).

### 3. LA ESFORZADA INTERPRETACIÓN EN CLAVE CONSTITUCIONAL DEL ART. 51.5 LOGP

Aún con el complemento del art. 55.2 CE, el art. 51.5 LOGP no es completamente conforme con el marco normativo constitucional. Dicho en términos más claros: el art. 51.5 CE es inconstitucional, en cuanto que no garantiza que la decisión de restricción del derecho al secreto de las comunicaciones la adopte en primera instancia un juez o tribunal, tal y como exige el art. 18.3 CE. Pero, para evitar enfrentarse a la posible inconstitucionalidad de dicho art. 51.5 LOGP, cuestionada también –como ya se ha indicado– en alguna demanda de amparo (20), el TC se ha esforzado en interpretarlo, haciéndole decir lo que en verdad no dice. Veamos a continuación algunos aspectos de esta atrevida exégesis.

#### A) «*Dando cuenta*» como auténtico control judicial

Es evidente que la expresión «*dando cuenta*» que emplea el art. 51.5 LOGP implica simple y llanamente una comunicación del Director del Establecimiento Penitenciario al órgano judicial competente. Es decir, que bastaría como máximo con que este último se diera por enterado de la decisión administrativa de intervención mediante un acuse de recibo, pero en ningún caso se exigiría una resolución judicial que anulara o, por el contrario, convalidara tal decisión administrativa. Pues bien, como la mención del «*dando cuenta*» del art. 51.5 LOGP resulta incompatible con la expresión de «*salvo resolución judicial*» del 18.3 CE, nuestro Máximo Intérprete de la Consti-

---

(19) Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos están previstos en los arts. 197 y ss. del Código Penal [CP] y especialmente en el art. 198 cuando son cometidos por autoridad o funcionario público. En la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 3 a), se da cuenta de que el interno –condenado por delito de terrorismo en nombre de ETA– denunció al Director del Centro «a fin de depurar las responsabilidades penales que el autor o autores de la citada intervención ilegal y continuada hayan contraído».

(20) Véase *supra* la nota 5 a pie de página. Véase además la STC 188/1999, de 25 de octubre, Antecedente 6 y FJ 9, donde se pone en duda la constitucionalidad de un precepto del Reglamento Penitenciario.

tución ha optado por entender que los términos «*dando cuenta*» equivalen a un verdadero control judicial. Inicia esta tendencia la STC 128/1997, de 14 de julio, FJ 5 (21), pero después se ha reiterado; la más completa fundamentación nos la ofrece la STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3:

*«Rectamente entendida, esta dación de cuentas implica no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori, mediante una resolución motivada. Ello se deduce de una necesaria consideración sistemática de este precepto con los arts. 76.1 y 2 g) y 94.1 de la misma LOGP, conforme a los cuales corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena, competencia esta que, en la materia que estamos analizando, implica un papel activo en protección de tales derechos, pues es el Juez de Vigilancia Penitenciaria «quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados» (STC 73/1983; en sentido similar SSTC 74/1985, 2/1987, 143/1993, 161/1993). A la misma conclusión conduce el art. 106.1 de la CE, por el que la Administración, también la penitenciaria, está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación (STC 73/1983). A ello hay que añadir, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, que el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acuerdo administrativo de intervención. Por todo ello resulta claro que si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitase a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida por las mencionadas normas».*

## B) «*Inmediatez*» en la dación de cuentas

Si se analiza con cierto detenimiento el aspecto temporal del art. 51.5 LOGP, cabe deducir que en primer lugar se dicta la decisión administrativa de intervención o suspensión de las comunicaciones y solo después

---

(21) Esta STC 128/1997, de 14 de julio, FJ 5, declara: «*Cierto es, pues, que las resoluciones judiciales no pueden limitarse a completar o suplir la carencia de la motivación de la que impone la medida, pero también lo es que tienen, respecto de la misma, plenitud de competencia revisoria [sic.] y por tanto, en relación con los hechos y no solo respecto de la fundamentación del acto porque emiten su propia decisión (no solo como órgano revisor sino también aplicando sus propias facultades en orden a la ejecución de la pena), y esta decisión será la revisable por este Tribunal*».

se da cuenta de la misma a la autoridad judicial competente. Este control judicial *a posteriori* determina que la intervención o suspensión de las comunicaciones puede estar ya en marcha antes de que el juez o tribunal alcancen a tener conocimiento de la misma, lo que implica evidentemente una relajación del control o, si se prefiere, un control menos efectivo: en efecto, desde el momento *a quo* de la intervención administrativa hasta que el órgano judicial resuelve, la comunicación, ya intervenida, ha trascendido a terceros, de modo que el derecho fundamental ha podido quedar vulnerado, siendo prácticamente imposible la subsanación.

Por esta razón, que la doctrina constitucional no pone abiertamente de manifiesto, desde muy pronto se ha exigido la inmediatez en la dación de cuenta por parte del Director del establecimiento penitenciario al órgano judicial, inmediatez que desde luego no viene exigida expresamente por el tenor literal del art. 51.5 LOGP. Ya la STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5 *in fine*, instaura «*la obligación de dar cuenta inmediata a la autoridad judicial competente*», lo que después ha repetido el intérprete máximo de la Constitución en otras resoluciones (22).

### C) **Determinación del término o momento *ad quem* de la intervención**

Nuevamente podemos comprobar que el art. 51.5 LOGP nada dice acerca del momento final de la intervención o suspensión de las comunicaciones, lo que en principio podría permitir que esa medida fuera permanente para los presos en cárceles españolas. Pero el Tribunal Constitucional reaccionó pronto contra esa posible interpretación y exigió que la medida fuera acordada con un término, si bien permitió que el final no apareciera determinado temporalmente sino mediante un hecho, como, por ejemplo, aquel en que se produzca la desvinculación del preso respecto a ETA como organización terrorista. El argumento decisivo para esta interpretación «creativa» del art. 51.5 LOGP consiste en que cualquier medida que suponga una limitación de un derecho fundamental ha de ser proporcionada en relación con el fin que persiga la misma (23).

---

(22) Por ejemplo, SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 3; 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 4 y 5; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6 c); 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 c); 193/2002, de 28 de octubre, FJ 3 c); 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 c).

(23) En este sentido SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 6; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3 *in fine*; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5 c); 106/2001, de 23 de abril, FJ 6 b) *in fine*; 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 b) *in fine*; 193/2002, de 28 de octubre, FJ 3 b) *in fine*; 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 b) *in fine*; 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2 *in fine* y ATC 54/1999, de 8 de marzo, FJ 2.

#### 4. ASPECTOS NO TRATADOS DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Para mí los aspectos más sorprendentes de la doctrina del Tribunal Constitucional son aquellos no tratados por la misma y que, sin embargo, considero decisivos para delimitar el contenido esencial del derecho fundamental. Sin ánimo de exhaustividad menciono a continuación algunas de estas cuestiones omitidas.

##### A) **La distinción entre intervención y suspensión**

Dejando al margen ahora el art. 18.3 CE, que no califica la excepción del derecho fundamental, el art. 25.2 CE emplea el término «*limitados*», mientras que –para los relacionados con delitos de terrorismo– el art. 55.2 CE utiliza la expresión «*suspendidos*».

Por su parte, la LOGP en su art. 51.5 permite que las comunicaciones sean «*suspendidas o intervenidas*».

Está claro, a mi entender, que tanto la suspensión como la intervención son medidas que, en cualquier caso, suponen una restricción del derecho fundamental, de modo que ambas estarían legitimadas por el art. 25.2 CE, ya que este precepto prevé genéricamente la posibilidad de limitar los derechos fundamentales de los reclusos.

Ahora bien, suspensión e intervención, ¿son una misma cosa o son cosas distintas? Según el Diccionario de la Real Academia Española, suspensión es la «situación anormal en que, por motivos de orden público, quedan temporalmente sin vigencia algunas de las garantías constitucionales». Mientras que, según la misma fuente, intervenir consiste en «dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones». Luego a pesar de que ambos conceptos puedan terminológicamente solaparse, lo lógico es que, si la norma los emplea, no signifiquen lo mismo. Por otro lado, la LOGP regula de distinta manera las suspensiones y las intervenciones, prohibiendo aquellas en algunos casos y permitiendo estas en otros, lo que obliga a una diferenciación más depurada de ambas nociones. Desde esta perspectiva diferenciadora, y pese a las apariencias, aplicadas tales medidas a los derechos fundamentales resulta que la suspensión supone una actuación más radical (y por lo tanto prevista en la Ley para casos excepcionales) que la intervención.

Ahora bien, el art. 51.5 LOGP aplica ambos conceptos de suspensión e intervención no al secreto de las comunicaciones sino a la libertad en sí de las propias comunicaciones. En este objeto de referencia coinciden suspensión e intervención. Conviene tener en cuenta que, de

acuerdo en este aspecto con la doctrina científica (24), el Tribunal Constitucional ha considerado que el art. 18.3 CE consagra implícitamente la libertad de comunicación y expresamente el secreto de la misma (25).

Teniendo en cuenta ambos aspectos cabe afirmar que la suspensión implica la privación temporal del derecho a comunicarse, tanto oralmente como por escrito, por parte del recluso con terceros, sin que según la propia LOGP, en su art. 51.2 y 3, puedan ser suspendidas administrativamente las comunicaciones del recluso con su Abogado defensor ni con sus Procuradores; en estos casos solo es posible la suspensión judicial, es decir, mediante una resolución judicial que así lo acuerde y siempre que se trate de un delito de terrorismo (art. 51.2 LOGP). Respecto a las comunicaciones con los Asistentes Sociales y Sacerdotes o ministros de la religión del recluso, no está tampoco prevista en la ley la suspensión administrativa (art. 51.3 LOGP).

En tanto que, por su parte, la intervención supone una actuación que no priva completamente del derecho a comunicarse, pero que lo restringe, permitiendo que los funcionarios penitenciarios accedan al medio que se utiliza para la comunicación, y por lo tanto determinen que se produzca la desaparición del secreto que, en principio, debería cubrir dicha comunicación. Tampoco es posible la intervención administrativa de las comunicaciones del interno con sus Abogados y Procuradores, pudiendo acordarse exclusivamente una intervención judicial de las mismas (art. 51.2 LOGP). Pero sí está permitida la intervención administrativa de las comunicaciones con los Asistentes Sociales y Sacerdotes o ministros de la religión del recluso, remitiéndose la ley (art. 51.3 LOGP) en este punto al Reglamento.

## B) Modalidades de la intervención

Por lo que se refiere a las modalidades que puede adoptar la intervención, la doctrina del Alto Tribunal no es que sea parca, sino que es realmente inexistente. Y, sin embargo, al menos a mí, esta me parece

---

(24) Cfr., en este sentido, P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Notas sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia constitucional (Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*, Valencia, 2005, Tirant lo Blanch, pp. 666-667. Sin embargo, no comparte que la libertad de comunicaciones esté protegida en el art. 18.3 CE, E. BELDA PÉREZ-PEDRERO, «El derecho al secreto de las comunicaciones», *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, 1998, pp. 177 y 180.

(25) Así SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 15/2011, de 28 de febrero, FJ 5. El aspecto de la libertad de comunicaciones queda eliminado en la pena principal (art. 48.3 CP) y accesoria (art. 57.3 CP) de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas.

una cuestión decisiva, porque según cuál sea la modalidad, la intervención puede adoptar mayor o menor intensidad.

En efecto, no es lo mismo limitar el número de cartas a dos semanales, tal y como aparece en el antecedente 4 a) y en el FJ 7 de la STC 141/1999, de 22 de julio, que ordenar el Subdirector del centro penitenciario al recluso que tache algo de un escrito, como figura en los antecedentes 2 c) y 8 de la STC 175/2000, de 26 de junio. También sería algo diferente limitar el papel, los sobres o los bolígrafos necesarios para escribir una carta (26).

Parece que es intervención la lectura por un funcionario de una carta escrita por un interno, ¿pero también lo es la censura de la misma, cortando partes del escrito, tachando frases o incluso destruyendo páginas enteras, de manera tal que se impida una lectura completa de la misiva por el destinatario de la misma? ¿pueden exigir los funcionarios de la Administración penitenciaria que las cartas se entreguen abiertas?; o bien, ¿están legitimados para admitirlas cerradas, pero exigiendo que se indique el contenido de las mismas, caso este último que constituye el supuesto de hecho de la STC 15/2011, de 28 de febrero, Antecedente 3 a)? ¿está capacitado un Director de un establecimiento penitenciario para impedir la comunicación de un recluso con una persona en concreto del exterior, bien como remitente bien como destinatario, persona de la que se temen peligros para la seguridad del centro o el interés del tratamiento, permitiendo no obstante al mismo tiempo las comunicaciones con otras personas distintas (27)? ¿es una intervención lícita la grabación de una comunicación oral entre el recluso y su cónyuge? (28) ¿y lo sería la audio o video-

---

(26) En los arts. 579 ss. LECrim. se mencionan como modalidades de intervención de la correspondencia la «detención», la «apertura», el «registro» o las «copias» de telegramas.

(27) Hay que tener en cuenta que entre las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa de 2006 figura la regla 24.<sup>a</sup>, apartado 12, conforme a la cual «Los internos deben de estar autorizados a comunicar con los periodistas de los medios de comunicación a menos que razones imperativas se opongan a ello por motivos de aseguramiento o seguridad, de interés público o de protección de las víctimas, de otros internos o del personal». Cfr. al respecto A. TÉLLEZ AGUILERA, *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa*, Madrid, 2006, Edisofer, pp. 60 y 80.

(28) No comparto la idea de que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no ampara a los que establecen una comunicación oral y directa, sin intermediación técnica de un tercero, como sin embargo entienden el TC, el TS y la doctrina científica; por ejemplo: el muy influyente trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», cit., pp. 49-50; P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia constitucional*, cit., p. 676; F. J. DÍAZ REVORIO, «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Derecho PUCP [Pontificia Universidad Católica del Perú]. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, 2006, p. 163; J. VEGAS TORRES, «Sobre el alcance



grabación de una comunicación entre el interno y su pareja celebrada mediante un vis a vis?

La simple mención de estas hipótesis debería servir para poner de manifiesto que no todas las intervenciones –incluso las acordadas administrativamente y con una resolución judicial que las llegara a confirmar– pueden ser consideradas lícitas, de modo que debería ser la ley la que relacionara las intervenciones que, si se cumplen todas las formalidades, pueden ser consideradas lícitas. Y además, y en todo caso, la declaración de licitud de estas intervenciones debería estar presidida por el principio de proporcionalidad, de tal manera que solo estuvieran permitidas aquellas que fueran adecuadas a la consecución del fin que se persigue con la intervención.

### C) **La condición de emisor o destinatario de la persona intervenida**

Para valorar la relevancia y el alcance de la intromisión en las comunicaciones el Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta que es posible que el recluso se ponga en contacto con ciudadanos no afectados por el acuerdo de intervención.

---

del secreto de las comunicaciones», en C. Hermida / J. A. Santos (Coords.), *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, 2015, Congreso de los Diputados – Universidad Rey Juan Carlos, pp. 1611-1612 (con indicaciones de la doctrina del TC y del TS en el mismo sentido). Las razones de mi criterio son: 1.<sup>a</sup>, porque resulta carente de justificación afirmar que se garantiza la libertad de comunicaciones cuando hay un tercero que hace de intermediario entre los comunicantes y que no cabe garantizar tal libertad cuando la comunicación es oral y directa, y entre los comunicantes no se interpone ningún tercero; 2.<sup>a</sup>, porque el texto del art. 18.3 CE no permite tal restricción, pues aunque las comunicaciones orales y sin intermediarios no aparecen entre las modalidades de comunicaciones que el precepto menciona expresamente («*postales, telegráficas y telefónicas*»), este sí que concreta que se trata de una relación meramente ejemplificadora («*en especial*»), por lo que caben otras amparadas por el derecho fundamental; 3.<sup>a</sup>, porque el art. 51 LOGP regula tanto las comunicaciones escritas como las orales; 4.<sup>a</sup>, porque las actuales posibilidades técnicas de audio o videgrabación se han incrementado y perfeccionado de tal modo, que no tiene sentido considerar que, pese a no haber sido prestado el consentimiento de los interlocutores, tales grabaciones son lícitas constitucionalmente (sobre estas posibilidades de grabación de las comunicaciones orales, cfr. J.-M. TAMARIT SUMALLA y otros, *Curso de Derecho penitenciario*, Valencia, 2001, Tirant lo Blanch, p. 170; mencionan supuestos reales de grabaciones de conversaciones de internos de ETA con sus abogados, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.), *Manual de Derecho penitenciario*, Madrid, 2001, pp. 269-270); 5.<sup>a</sup>, porque, al margen de lo anterior, es discutible que en un locutorio penitenciario o en un local de vis a vis de una cárcel no haya una «intermediación técnica».

Así la STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3, declara:

*«A ello hay que añadir, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, que el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acuerdo administrativo de intervención» (29).*

A la vista de esta toma de postura —completamente razonable— en las comunicaciones escritas, lo lógico sería un distinto tratamiento cuando el emisor es una persona libre que cuando es un interno sometido a una medida de intervención.

Sin embargo, por influencia de un criterio administrativo adoptado respecto a reclusos relacionados con delitos de terrorismo, la doctrina del Alto Tribunal ha considerado que la intervención es tan legítima cuando el intervenido es emisor que cuando es destinatario, *«pues de lo contrario sería posible la transmisión de datos que pusieran en peligro la seguridad del centro penitenciario, resultando defraudada o burlada la medida de intervención en detrimento de la finalidad que con ella se persigue y que constituye uno de los fines que pueden justificar desde la perspectiva constitucional una restricción del ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones» (30).*

En otro lugar, la doctrina del Supremo Intérprete de la Constitución ha apuntado, en relación con otro problema, la posibilidad de que el interno en un centro penitenciario envíe sus cartas a una persona del exterior para que esta las remitiera a su vez a otro interno (31).

Por mi parte tengo que decir que no es lo mismo ser emisor que destinatario de una comunicación escrita: en efecto, el emisor adopta una actitud activa al controlar lo que escribe y a quién lo escribe, mientras que el destinatario adopta una actitud más pasiva en cuanto que simplemente lee —o no— la comunicación recibida. Si nos centramos en el supuesto en el que el emisor es una persona libre, no afectada por ninguna decisión judicial de suspensión o intervención de su derecho al secreto de las comunicaciones, es verdad que, hipotéticamente hablando, podría facilitar al interno datos sensibles respecto a la seguridad del centro penitenciario o ayudarle en la adquisición de

---

(29) En el mismo sentido SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 c); 193/2002, de 28 de octubre, FJ 3 c); 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6 c).

(30) STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 7 (*vid.* también FJ 4 de esta misma resolución). En el mismo sentido, SSTC 192/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 193/2002, de 28 de octubre, FJ 4 a); 194/2002, de 28 de octubre, FFJJ 5 y 7; la STC 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2, generaliza esta idea: *«hemos afirmado también que la intervención opera tanto sobre las comunicaciones enviadas como sobre las recibidas».*

(31) STC 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 4.

drogas. Pero en tal caso lo procedente sería que un órgano judicial adoptara una medida cautelar contra dicha persona libre al sospechar que pudiera estar preparando la comisión de un delito. Pues si se acordara en tal supuesto la intervención por iniciativa del Director del centro penitenciario, sería a costa de desnaturalizarla, ya que se aplicaría a un sujeto no sometido a la autoridad penitenciaria, en cuanto que se estaría tratando de una persona libre, y se adoptaría, no con carácter cautelar respecto a la seguridad del centro penitenciario, sino en relación con la posible comisión de un delito, lo que resulta ajeno al ámbito del art. 51 LOGP (32).

## 5. CONCLUSIÓN

Por un lado, podría decirse que el art. 51.5 LOGP se asemeja a la catedral de Santiago de Compostela. En ella el original y románico Pórtico de la Gloria ha quedado recubierto por la fachada del Obradoiro para la protección de aquel. Pues bien, de forma similar, al contenido inicial del art. 51.5 LOGP se le ha añadido como un pórtico protector la abundante doctrina del Tribunal Constitucional que, más que desfigurar, reconfigura el precepto y le da un sentido nuevo, más acorde con el Texto Fundamental. De esta manera, para conocer el verdadero y completo régimen jurídico de las comunicaciones de los internos no basta con leer el art. 51 LOGP, sino que hay que acudir además a una pluralidad de sentencias y algún auto del Tribunal Constitucional.

Pero, por otro lado, el art. 51.5 LOGP me recuerda a tantas estructuras de edificios de nuestro país, ocasionadas por la crisis desatada a partir de 2008, en las que solo se ven columnas y forjados, y a las que le faltan los tabiques exteriores e interiores. También al art. 51.5 LOGP le falta un desarrollo interior, de modo que indique claramente a los órganos administrativos y judiciales qué es lo que pueden hacer y qué es lo que no pueden hacer.

Pese a la buena fe que, seguramente, ha animado a la doctrina del Tribunal Constitucional al aproximar forzosamente el art. 51.5 LOGP a la constitucionalidad, lo cierto es que sería preferible que el legislador reformara este precepto para convertirlo en una norma que en verdad sea acorde con la Ley Fundamental, matizando además los

---

(32) En tal caso podría resultar procedentes los supuestos de detención o prisión provisional incomunicada (art. 509 ss. LECrim) y de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica por orden judicial (arts. 579 ss. LECrim).

muchos aspectos que se han tratado en estas Consideraciones críticas y seguramente otras no mencionadas (33).

En particular, para respetar el art. 18.3 CE, creo que el Director del Centro penitenciario debería tener únicamente la capacidad de proponer (no de decidir) la intervención o suspensión de las comunicaciones de los reclusos, siendo el juez o tribunal quienes deberían adoptar motivadamente la decisión favorable o contraria a tal propuesta.

---

(33) Por ejemplo: ni la LOGP ni el Reglamento Penitenciario se refieren a qué deben hacer los funcionarios penitenciarios con el conocimiento que adquieren a partir de las comunicaciones que han sido intervenidas. En consecuencia, tales textos normativos no exigen que se acredite documentalmente el resultado de la intervención de las comunicaciones de un recluso. Sin embargo, la exigencia de actas escritas –e incluso de fotocopias–, tal y como prevén los arts. 579 bis.2 y 588 LECrim para la intervención de la correspondencia en los procesos penales, sería plenamente razonable para que la Administración penitenciaria justificara la pertinencia –o impertinencia– de la orden de intervención ya ejecutada y especialmente para su posible prórroga o la nueva decisión de intervención en otro establecimiento penitenciario en el que ingrese posteriormente el mismo recluso. El control judicial sería más sencillo con estos medios de acreditación documental de previas intervenciones.

# Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Catedrática de Derecho penal  
Universidad CEU San Pablo

## RESUMEN

*En este artículo se analizan las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria, haciendo especial hincapié en su intervención en la libertad condicional, la libertad vigilada y la prisión permanente.*

*Palabras clave: Juez de vigilancia penitenciaria, libertad condicional, libertad vigilada, prisión permanente revisable.*

## ABSTRACT

*This paper aims mainly to carry out a study of the new competences of supervising judges, paying special attention to their competences in parole, probation or life in prison.*

*Key words: Supervising judges, parole, probation, life in prison.*

SUMARIO: I. Consideraciones de carácter general.–II. El Juez de vigilancia penitenciaria y su regulación en el ordenamiento jurídico español.–III. Las nuevas competencias del juez de vigilancia penitenciaria, tras las reformas de 2010 y 2015 del código penal.–IV. La necesaria especialización de los jueces de vigilancia penitenciaria.–V. Bibliografía.

## I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL

Hace ya cuarenta años que la Ley Orgánica General Penitenciaria entró en vigor en nuestro país, como primera Ley de la Democracia. Tal hito se lo debemos a mi querido Maestro el profesor García Valdés, artífice de la misma. Entre los innumerables aciertos de la Ley, sobresalía la introducción de la figura del Juez de vigilancia penitenciaria, institución que ya existía en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y que apareció por vez primera en el nuestro, cuando entró en vigor la mencionada Ley. El Juez de vigilancia penitenciaria, como se sabe, en un órgano judicial, unipersonal y con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas (1). Representa la continuidad en el ejercicio de juzgar que comienza con la incoación de las diligencias o actuaciones y continúa con la celebración del juicio y la pronunciación de una sentencia, que ha de ejecutarse en todos sus pronunciamientos.

El Juez de vigilancia es, por ello, consecuencia directa de la independencia del poder judicial, poder al que corresponde juzgar, pero también «hacer ejecutar lo juzgado», conforme a lo dispuesto en el artículo 117.3 de nuestra Constitución.

Así, el Juez de vigilancia tiene atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta y para resolver los recursos concernientes a las modificaciones que pueda sufrir dicha pena, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de la pena privativa de libertad y dentro del establecimiento penitenciario (2).

La normativa que regula la institución del Juez de vigilancia, se encuentra dispersa en disposiciones del Código penal, de la Ley Orgánica General Penitenciaria o del Reglamento penitenciario. Sus competencias han ido aumentando como consecuencia de las reformas sucesivas del Código penal en instituciones como la libertad condicional, la libertad vigilada o la prisión permanente revisable. Las competencias del mencionado Juez en estas materias, constituirá el objetivo de este trabajo, que se completará con una somera referencia a la participación de la víctima en la ejecución de la pena.

---

(1) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El Juez de vigilancia penitenciaria*. Civitas Monografías, 1985, p. 181.

(2) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma de las cárceles*. Ministerio de Justicia, 1978, p. 67.

## II. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

Cuando entró en vigor la Ley Orgánica General Penitenciaria, la asunción de funciones de los Jueces de vigilancia penitenciaria, se llevó a cabo de forma precipitada, sin normativa orgánica ni procesal alguna, sin especialización ni dedicación exclusiva. Algunas de estas cuestiones, siguen hoy sin resolverse.

Por lo que se refiere a sus competencias, estas son tanto territoriales, como personales y funcionales.

La competencia territorial abarca, en terminología tanto de la Ley Orgánica General Penitenciaria, como en la del Reglamento que la desarrolla, las Instituciones penitenciarias, los Establecimientos penitenciarios o los Centros penitenciarios y quienes se encuentran en ellos. Pero también están sujetos al control del Juez de Vigilancia penitenciaria, los Depósitos municipales y los Centros Hospitalarios, en los que puede haber detenidos, presos e incluso sentenciados. Los internos en Centros Hospitalarios no penitenciarios, siguen dependiendo del establecimiento en el que se encontraban con anterioridad reclusos.

La competencia personal del Juez de Vigilancia penitenciaria se extiende a todos los internos de los centros sometidos a su jurisdicción.

Por último, en cuanto a su competencia funcional, la figura del Juez de vigilancia ofrece dos facetas que difícilmente pueden reconducirse a un denominador común, puesto que por un lado responde al propósito de judicializar la ejecución, es decir, a reforzar la garantía de ejecución, convirtiéndola de administrativa en judicial y por otro el juez de vigilancia se convierte en el garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios, en los casos en los que directa y particularmente resulten afectados los derechos de los internos. Así a la primera faceta pertenecen:

- Las propuestas de libertad condicional de los penados, según lo dispuesto en el artículo 76.2.b, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
- La aprobación de las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena, según el artículo 76.2.c, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
- La resolución de los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado, a tenor de lo dispuesto en el

artículo 76.2.f, de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y, en definitiva, 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, tal y como establece el artículo 76.2.a, de la Ley Orgánica General Penitenciaria, puesto que el Juez de Vigilancia penitenciaria tiene atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta y resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo previsto en las Leyes y Reglamentos, según dicta el artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. La intervención del Juez de Vigilancia en esta primera faceta tiene una doble proyección. Por una parte, el legislador le ha confiado, una vez firme la sentencia, cuanto había sido competencia del tribunal sentenciador, respecto a las penas privativas de libertad. Solo así se comprende el contenido del artículo 76.2.a, de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Sin embargo, tal principio resulta contradictorio en la cuestión de la aprobación de la libertad definitiva, que se confía al Tribunal Sentenciador. Por otra parte, el Juez de Vigilancia no se limita a sustituir al Tribunal Sentenciador en las funciones que le venían correspondiendo, sino que hace suyas las demás competencias atribuidas a la jurisdicción penal.

La segunda faceta del juez de Vigilancia penitenciaria excede del marco estricto de la ejecución penal y afecta a todos los internos. La Ley Orgánica General Penitenciaria concede atribuciones al juez de Vigilancia para:

- Salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 76.1, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
- Aprobar las sanciones de aislamiento en celda superiores a catorce días, según el artículo 76.2.d, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
- Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones formuladas contra sanciones disciplinarias, según establece el artículo 76.2.e, LOGP:
  - Decidir sobre las peticiones o quejas formuladas en relación con derechos fundamentales o derechos y beneficios penitenciarios afectados por el régimen o tratamiento, según el artículo 76.2.g, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
  - Visitar los establecimientos penitenciarios, conforme dicta el artículo 76.2.h, de la Ley Orgánica General Penitenciaria.



Apuntada la diferencia entre funciones de ejecución estricta y de vigilancia, interesa analizar la polifacética actividad que desarrolla el Juez de Vigilancia, pues resuelve propuestas y recursos, acuerda lo que proceda, otorga permisos, conoce del paso a establecimientos de régimen cerrado. Además, el artículo 45.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que el uso de medios coercitivos se ha de poner en conocimiento del Juez de Vigilancia, así como la intervención o suspensión de comunicaciones orales o escritas prevista en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de la que habrá que dar cuenta a la Autoridad judicial competente.

El Reglamento penitenciario, por su parte, añade algunos supuestos más, como dar cuenta (artículos 51, 91.1 y 91.3 del Reglamento Penitenciario), comunicar (artículos 35.2, 43.3 y 123.2 del Reglamento Penitenciario), remitir (artículo 34.3 del Reglamento Penitenciario), ratificar (artículo 34.6 del Reglamento Penitenciario), aprobar (artículos 46 y 124 del Reglamento Penitenciario), o autorizar (artículo 57 del Reglamento penitenciario). A estas actividades, hay que añadir lo relativo a quejas (artículo 179 del Reglamento Penitenciario) y recursos (artículo 243.4 del Reglamento Penitenciario). Y es que a veces las expresiones que utiliza el Reglamento penitenciario no coinciden con las empleadas en la Ley Orgánica General Penitenciaria para los mismos supuestos, lo que parece olvidar la previsión del artículo 117.4 de la Constitución, por la cual los Juzgados y Tribunales no deben ejercer más funciones que las relativas a la potestad jurisdiccional y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

El artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria confía al Juez de Vigilancia un tercer grupo de funciones, consistentes en la formulación de propuestas a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en algunas materias. Pero lo que efectivamente hace este artículo es trazar los límites de la actuación judicial, dejando claro lo que queda fuera de su competencia directa: la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, la ordenación de la convivencia interna de los establecimientos, la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y, en general, las actividades regimentales, económico administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto. Estas tareas se integran en las funciones de dirección, organización e inspección de las instituciones penitenciarias, confiadas a la Dirección General por el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. El artículo 77 de la misma Ley está en relación con al artículo 97 de la Constitución, que dispone que el Gobierno dirige la Administración Civil y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, lo que significa que toda la normativa peni-

tenciaria se ha de interpretar respetando la existencia de un marco administrativo ajeno a la competencia del Juez de Vigilancia. La actuación individualizada de estos jueces es consecuencia de un segundo límite, a saber, que carecen 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. Por otro lado, la Administración penitenciaria tampoco debe elevar consultas a los Jueces de Vigilancia.

### III. LAS NUEVAS COMPETENCIAS DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA TRAS LAS REFORMAS DE 2010 Y 2015 DEL CÓDIGO PENAL

Las reformas operadas por la LO5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo, han aumentado las competencias del Juez de Vigilancia penitenciaria, en materia de libertad condicional, libertad vigilada y prisión permanente revisable. Vamos a referirnos a ellas, destacando aquellos aspectos que consideramos de mayor importancia e interés.

#### 1. **La libertad condicional**

La libertad condicional, tras la reforma, se conforma como una forma de suspensión de la pena, a diferencia de como se había venido entendiendo hasta ahora, es decir como el último grado de cumplimiento de la pena. Esta novedad en cuanto a su consideración, resulta contradictoria con las fórmulas tradicionales de suspensión recogidas en nuestro Código penal en sus artículos 80 y a continuación en las previsiones relativas a la libertad condicional propiamente dicha, reguladas en los artículos 90 y siguientes. A este respecto, resulta ilustrativo comparar los artículos 80.4 y 91.2 y 3 del Código penal, para ver como en el primero de ellos, que no ha sido modificado por la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, no se establece ningún requisito ulterior a la concesión de la suspensión para los casos de penados aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Sin embargo, el artículo 91. 2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley mencionada anteriormente, exige al Juez de Vigilancia que valore, junto a las circunstancias personales del interno, su dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del mismo, cuestión sobre la que se insiste en el ordinal tres del precepto.

Las contradicciones no solo afectan a preceptos del Código penal. También lo hacen con la legislación penitenciaria. El artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que «las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código penal». Ya no es así, como acabamos de referir, pues ahora la libertad condicional es una forma de suspensión de la pena, como se apuntó con anterioridad. Y aún más. El artículo 76.2.b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, declara que al Juez de Vigilancia le corresponde «resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan y aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios que puedan suponer acortamiento de la condena». ¿Sigue siendo así, tras la reforma introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo?

Por otro lado, la nueva regulación de la libertad condicional ha de considerarse, en términos generales, más perjudicial para el penado que la que se contenía en la legislación anterior a la reforma, por lo que también se han planteado no pocos problemas de aplicación de la Ley sobre la base de la retroactividad de la más favorable. Además, a esto hay que añadir la inexistencia de disposición transitoria alguna y el caso de que puedan concurrir causas anteriores y posteriores a la LO 1/2015 de 30 de marzo.

No acaban ahí los problemas que plantea el texto del Código penal. El artículo 90.3 al contemplar la suspensión excepcional de la ejecución del resto de la pena establece que los penados han de encontrarse cumpliendo su primera condena. ¿Cómo ha de entenderse esta afirmación? Con buen criterio los Jueces de Vigilancia en su reunión de mayo de 2017 acordaron por unanimidad que esa primera condena era penitenciaria y que se refería a los siguientes supuestos:

- A los penados que nunca antes hubieran ingresado en prisión.
- A los que hubieran sido condenados previamente y tuvieran suspendida su condena.
- No cabría, sin embargo, en los supuestos de ingresos previos en prisión, aunque los antecedentes penales estuvieran cancelados. (3)

---

(3) *Vid. Criterios y Acuerdos sobre la especialización del Juez de Vigilancia penitenciaria, Problemas detectados en materia de Libertad condicional/suspensión de la ejecución de las penas y aplicación de medidas de seguridad tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo, aprobados en el Encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrado en Málaga los días 29 a 31 de mayo de 2017, publicado.*

Si nos fijamos en la redacción del artículo 90.7 del Código penal, sobre la suspensión de la ejecución y concesión de la libertad condicional, observaremos una elocuente contradicción que nos llevará a preguntarnos si el Juez de vigilancia penitenciaria actuará de oficio o a petición del penado, pues en el primer párrafo se dice una cosa y en el siguiente la contraria. No solo eso, el texto parece afirmar que el Juez de vigilancia resuelve dicha petición del penado. Pero en el caso de que no la estime, el Código penal se refiere al «juez o tribunal», sin que se alcance a entender de quien está hablando.

Por tanto, resulta necesario armonizar la normativa relativa a esta institución, para acabar con las contradicciones que presenta actualmente y que dan lugar, como no podía ser de otra manera a interpretaciones divergentes por parte de los Jueces de vigilancia.

## 2. La libertad vigilada

Como se sabe la libertad vigilada se incorporó al Código Penal en la reforma de 2010 y ha dado lugar a una enorme contestación por parte de la doctrina científica (4). Consiste en una medida de seguridad que el tribunal impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para su ejecución posterior a la excarcelación, que se hace efectiva en función de un pronóstico de peligrosidad acerca del sujeto que deriva del específico perfil de personalidad del mismo o del hecho cometido. Su contenido se concreta en una serie de obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, que se pueden aplicar de forma separada o conjunta y que pueden modificarse atendiendo a la evolución del sujeto. Su duración puede llegar hasta diez años. Con dicha previsión la libertad vigilada se convierte, según los casos, en una medida de seguridad de duración ilimitada, algo insólito hasta el momento en nuestro ordenamiento jurídico penal y que sin duda se someterá a juicio de constitucionalidad. La libertad vigilada inicialmente se aplicó a los autores de delitos contra la libertad e indemnidad sexual y a los de terrorismo, supuestamente sobre la base de dos argumentos: su consideración como infracciones gravísimas del ordenamiento jurídico penal y el alarmante aumento en los últimos tiempos de dichas formas de criminalidad. Con posterioridad y aprovechando la reforma introducida por LO 1/2015 de 30 de marzo, se ha ido aplicando a otros delitos como el homicidio y asesinato, las lesiones que tengan como

---

(4) Vid. por todos NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Las medidas de seguridad y reinserción social» en *Curso de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, 2011, pp. 921 ss.

víctima a alguno de los sujetos comprendidos en el artículo 173.2 del Código penal o los delitos de violencia doméstica habitual.

Tal decisión legislativa respondió, como se establecía en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/10, del 22 de junio, que introdujo esta medida en el Código Penal, a la gravedad de la conducta, al alarmante aumento de dichas formas de criminalidad y al perfil criminológico del autor, resistente al efecto rehabilitador de la pena, como se indicó anteriormente. Es una medida que supone que la intervención penal sobrepase el límite de la retribución en aras a la prevención especial (5). En este sentido, la libertad vigilada implica la privación de derechos del sujeto que ya ha cumplido la pena. Por tanto, cabe cuestionar su legitimidad, dado que el sujeto va a ver mermados sus derechos, no por el comportamiento que realizó, cuyo castigo ya ha cumplido, sino por las conductas delictivas que pudiera cometer en el futuro, cuyo acaecimiento es, por definición, incierto.

Sobre las competencias que el desarrollo de esta nueva medida atribuye a los Jueces de vigilancia, podemos plantearnos las siguientes:

– En los supuestos de libertad vigilada pospenitenciaria, la competencia territorial será para el Juez de Vigilancia de la propuesta inicial, que debe mantener su competencia, aunque el penado cambie de domicilio.

– En el caso de no mediar ingreso en prisión, será competente el Juez de vigilancia del domicilio. En caso de recibirse la comunicación del Tribunal sentenciador con anterioridad a la finalización del plazo de suspensión, se devolverá a aquel para que lo remita tres meses antes de la expiración del plazo, dada la posibilidad de que la competencia del Juez de Vigilancia o las circunstancias concurrentes (revocación) hayan variado. El mismo criterio se aplicará en el caso de que el Tribunal sentenciador haya remitido dicha comunicación sin que haya procedido suspensión previa (6).

En los supuestos que regula el artículo 98 del Código penal, es decir cuando se trate de aplicar la medida de libertad vigilada después del cumplimiento de la pena privativa de libertad, el Código penal obliga al Juez de vigilancia penitenciaria a elevar, al menos una vez al año, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para ello, deberá tener en cuenta los informes emitidos

---

(5) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Fundamentos de Derecho penal*, Universitas, 2010, p. 71.

(6) Vid. *Criterios y Acuerdos sobre la especialización del Juez de Vigilancia penitenciaria, Problemas detectados...*, cit., publicado.

por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a esta medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes.

Por lo que se refiere a las medidas de seguridad no privativas de libertad y en concreto a la custodia familiar, esta se llevará a cabo por el familiar que se designe y acepte la medida, quien la ejercerá junto con el juez de vigilancia penitenciaria. Su duración no podrá superar los cinco años.

### 3. La prisión permanente revisable

La pena de prisión permanente revisable se ha convertido en la protagonista de la reforma introducida por LO 1/2015 de 30 de marzo en el Código penal. Se ha aludido a razones de necesidad de una pena proporcional que se correspondiera con la especial gravedad de algunos delitos. También se ha hecho referencia a su regulación en países de nuestro entorno y a la posibilidad de revisión periódica de la misma. No se puede olvidar, por otro lado, que con anterioridad a la mencionada reforma, ya era posible una privación de libertad cercana a la prisión perpetua, pero eso sí, de determinada duración y que podía llegar a los cuarenta años. La pena introducida en la reforma es indeterminada, con un primer plazo de revisión a los veinticinco años, revisión que puede denegarse, convirtiendo su duración en una incógnita (7).

La mayoría de la Doctrina se ha mostrado contraria a la inclusión de esta nueva pena en el Código penal, por considerar que vulnera los principios de legalidad, seguridad, igualdad, proporcionalidad y humanidad y por ser contraria a la previsión preventivo especial contenida en el artículo 25.2 de la Constitución (8).

Su regulación se encuentra dispersa por el Código penal, siendo complicado entenderla, particularmente en lo relativo al proceso de revisión de la misma. Se trata de la pena privativa de libertad más grave de nuestro ordenamiento jurídico, de duración indeterminada, como se ha dicho, cuya naturaleza se asemeja a la de la medida de seguridad, al hacer depender la liberación del penado, de un pronóstico de peligrosidad.

Para que un condenado a la pena de prisión permanente revisable pueda acceder al tercer grado de cumplimiento, es necesario que se

---

(7) Vid. CASALS FERNÁNDEZ, A., «La prisión permanente revisable», *BOE*, 2019, *passim*.

(8) Vid. por todos, CÁMARA ARROYO, S.-FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La Prisión permanente revisable: El ocaso del humanismo penal y penitenciario*, Aranzadi, 2016, *passim*.

cumplan dos requisitos, a saber, el transcurso del tiempo (en este caso oscilará entre quince y treinta y dos años) y un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. La reforma de 2015, ha establecido que sea el tribunal sentenciador el que autorice el tercer grado, opción con la que están de acuerdo los Jueces de vigilancia que proponen que sea igualmente este órgano jurisdiccional el que autorice la progresión de primer a segundo grado de cumplimiento (9).

Bajo la denominación de «suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», se recoge el único mecanismo legal para revisar la pena de prisión permanente revisable. Por tanto, el proceso de revisión, como tal, no se recoge en el Código penal, aludiéndose al mismo en el artículo 36. 1, que a su vez remite al artículo 92 del mismo cuerpo legal, que regula la suspensión. Como se sabe, este precepto exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que el penado haya cumplido un período largo de condena, que va de los veinticinco a los treinta y cinco años.
- Que se encuentre clasificado en tercer grado de cumplimiento.
- Que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Respecto de este último requisito, conviene aclarar que cualquier método de predicción se realiza para un período de tiempo determinado, resultando imposible hacer dicha predicción con carácter permanente e indeterminado, por lo que resultará prácticamente imposible que este requisito se pueda cumplir, convirtiendo la pena en perpetua.

#### **4. La intervención de la víctima en la fase de cumplimiento de la pena**

No quiero terminar este apartado sin referirme a otra cuestión controvertida y relativa a la ejecución de la pena, fase en la que como sabemos, interviene de forma decisiva el Juez de vigilancia penitenciaria. No es otra que la intervención de la víctima en la fase de cumplimiento de la pena. Sobre esta cuestión, voy a señalar una serie de problemas.

La finalidad de la Ley del Estatuto de la víctima del delito es ofrecer una respuesta jurídica y social a las víctimas y no solo reparadora del daño, tal y como se recoge en el Preámbulo de la ley. Añade la

---

(9) *Vid. Criterios y Acuerdos sobre la especialización del Juez de Vigilancia penitenciaria, Propuestas legislativas...*, cit., publicado.

norma, que en la ley se recogen las Directivas de la Unión europea y la demanda de la sociedad española.

Los antecedentes del Estatuto se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que constituyó el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea. Con posterioridad se produjo la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento de Europa y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que estableció normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de delitos, por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

La Ley, en su Preámbulo, reconoce a la víctima su intervención en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, añadiendo que ello garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal. Así el artículo 13 del mencionado texto legal, permite recurrir los autos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que autoricen la posible clasificación del penado en tercer grado de cumplimiento, antes de que se extinga la mitad de la condena, conforme al contenido del artículo 36.2 del Código penal, cuando la víctima lo sea por alguno de los siguientes delitos: homicidio, aborto del artículo 144 del Código penal, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo cometido con violencia o intimidación, terrorismo o trata de seres humanos.

Por tanto y como ha quedado dicho, las víctimas de delitos graves van a poder ser oídas para que puedan oponerse a la concesión de la libertad condicional, lo que en opinión de algún muy relevante autor (10), constituye un despropósito poco meditado, como es dar intervención a los directamente ofendidos en materia de ejecución penitenciaria, cuando esta materia es de exclusiva competencia de Jueces y Fiscales de Vigilancia por un lado y por otro de la Administración penitenciaria. Controlar u otorgar posibles beneficios penitenciarios o el pase a un grado superior de tratamiento del penado, no debería ser negociable.

Pero es que además y respecto de la participación de la víctima en la ejecución, la Directiva ni siquiera se ocupa de estas cuestiones, que

---

(10) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Tres temas penales de actualidad», *La Ley Penal*, n.º 112, Wolters Kluwer, 2015, p. 4. Vid. una primera aproximación a este asunto en «Dos delicadas materias penales en proyecto», en *www.cuartopoder/soldeinvierno* de 4 de septiembre de 2014. Mi Maestro, con la claridad y agudeza que le caracterizan, se había pronunciado sobre esta materia hace ya algunos años.



no pertenecen al proceso penal propiamente dicho, sino a la ejecución y cumplimiento de la pena, no habiendo ningún precedente similar en el Derecho Comparado. Por tanto, dicha iniciativa ignora la realidad penitenciaria, confundiendo además ejecución (que corresponde a los Juzgados y Tribunales, conforme a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución) y cumplimiento (asunto exclusivo de Jueces y Fiscales de Vigilancia por un lado y de la Administración penitenciaria por otro) (11). El legislador español ha ido mucho más allá de lo que fijaba el legislador europeo, ya que la Directiva solo imponía la obligación de que se notificaran a la víctima determinadas resoluciones, si esta lo solicitaba, pero nada decía acerca de la participación de la víctima en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad, pudiendo interponer recursos frente a las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Esto supone interferir en el monopolio estatal del ejercicio del *ius puniendi* del Estado y en perjuicio de la finalidad reeducadora y resocializadora que consagra el artículo 25 de nuestra Carta Magna. Desde la entrada en vigor de la LO 1/79 de 26 de septiembre, General Penitenciaria, los legitimados para recurrir las resoluciones judiciales en fase de ejecución de la pena, han sido el Ministerio Fiscal y el penado, respondiendo a esa misma idea incluso la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003 de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que no reconoció legitimación al perjudicado personado como acusación particular, para recurrir en apelación los autos del Juez de Vigilancia penitenciaria (12).

El Estatuto de la víctima ha introducido sustanciosas novedades en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, al reconocer a las mismas el derecho a conocer el contenido de diversas resoluciones tanto del Tribunal sentenciador como del Juez de vigilancia penitenciaria o incluso de la Administración penitenciaria. Por tanto, se establece su intervención en el cumplimiento de la pena. La norma responde a la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico varias Directivas de la Unión Europea sobre protección de las víctimas de los delitos, en concreto la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, como se ha dicho.

Sin embargo, la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, va más allá en sus previsiones, reconociendo legitimidad a las

---

(11) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, n.º 8351, Editorial La Ley, 2014, p. 1.

(12) Vid. PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, n.º 8683, Editorial La Ley, 2016, p. 3.

víctimas para intervenir en la fase de ejecución de la pena y en el cumplimiento de la misma. Esto supone, como se dijo anteriormente, interferir en el monopolio estatal del ejercicio del *ius puniendi* del Estado y en perjuicio de la finalidad reeducadora y resocializadora que consagra el artículo 25 de la Constitución (13).

#### IV. LA NECESARIA ESPECIALIZACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Cuando en el año 1985 escribí mi tesis doctoral sobre el Juez de vigilancia penitenciaria, una de mis primeras preocupaciones fue la necesaria especialización de estos jueces. Y así lo hice constar en mis conclusiones (14). Además, consideraba que para su designación se debía tener muy en cuenta su experiencia y formación técnica y científica en general y sus conocimientos en materia penal y penitenciaria en particular, así como su vocación de entrega al trabajo a realizar y un enorme respeto hacia el recluso, proponiendo su dedicación exclusiva.

Pues bien, cuarenta años después esta misma demanda acompaña estas líneas, pues a pesar del tiempo transcurrido, la especialización no llega. Los Juzgados de vigilancia penitenciaria constituyen verdaderos órganos especializados dentro de la jurisdicción penal, que aplican la legislación penitenciaria. Por ello, el Juez de vigilancia del siglo XXI ha de tener una cualificación profesional especializada en Derecho penitenciario. Por otro lado, hay que poner de manifiesto que dicha materia tiene un escaso tratamiento en los planes de estudio de las distintas Facultades de Derecho de nuestro país, así como en los temarios de acceso a la carrera judicial, lo que hace también más difícil su evaluación. Y que solo su exhaustivo conocimiento puede servir de efectivo control de la administración penitenciaria, como establece la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Además de la especialización en materia penal y penitenciaria, también se ha de tener en cuenta el extenso marco legislativo internacional que se refiere a esta materia como las Normas de Naciones Unidas, las Reglas de Tokio, Reglas de Bangkok o Reglas Mandela, además de las normas de Derecho penitenciario europeo, en el marco del Consejo de Europa.

---

(13) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., *La intervención de la víctima en la fase de cumplimiento de la pena* (en prensa).

(14) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A., *El juez de vigilancia penitenciaria*, cit., p. 181.

Por si todo esto no pusiera de manifiesto la necesaria especialización, hace unos años se encomendó a los Jueces de vigilancia penitenciaria la competencia para tramitar el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, a través de la Ley 23/2014 de 29 de noviembre y de la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada. Lo que evidencia la dificultad y complejidad que entraña el desarrollo de su actividad.

Por todo ello, cabe concluir que cada día se hace más necesaria la tan demandada especialización, que pone de manifiesto la propia especialidad del Derecho penitenciario

Además, las ventajas de la especialización son evidentes y pueden resumirse de la siguiente manera:

- La especialización redundará en un mayor conocimiento de la materia y, en consecuencia, una mayor competencia en el desempeño de las funciones.

- La especialización también llevará a una cierta homogeneidad de las resoluciones y con ello a una mayor seguridad jurídica.

- La especialización también supone una mayor comprensión de la realidad que contempla.

Como conclusión, cabe afirmar que los Juzgados de vigilancia penitenciaria son órganos especializados dentro de la jurisdicción penal por razón de la materia de su competencia y que la selección de sus miembros ha de hacerse teniendo en cuenta la especialización que su función exige. El reconocimiento de esta especialización que tanto enfatizamos, ha sido una constante reivindicación en los encuentros de Jueces de vigilancia (15).

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ESCAMILLA, A., *El Juez de vigilancia penitenciaria*, Civitas, 1985.  
— La intervención de la víctima en la fase de cumplimiento de la pena, (en prensa).

ALONSO DE ESCAMILLA, A.-NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Fundamentos de Derecho penal*, Universitas, 2010.

CÁMARA ARROYO, S.- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanismo penal y penitenciario*, Aranzadi, 2016.

---

(15) Vid. *Criterios y Acuerdos sobre la especialización del Juez de Vigilancia penitenciaria, Conclusiones*, cit., publicado.

- CASALS FERNÁNDEZ, A., «La prisión permanente revisable», *BOE*, 2019.
- GARCÍA VALDÉS, C., «Tres temas penales de actualidad», *La Ley Penal*, n.º 112, Wolters Kluwer, 2015.
- «Dos delicadas materias penales en proyecto», en *www.cuartopoder/soldeinvierno* de 4 de septiembre de 2014.
- *La reforma de las cárceles*, Ministerio de Justicia, 1978.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, n.º 8351, Editorial La Ley, 2014.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Las medidas de seguridad y reinserción social» en *Curso de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, 2011.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, n.º 8683, Editorial La Ley, 2016.

Además, se han tenido en cuenta los *Criterios y Acuerdos adoptados en la reunión de Jueces de vigilancia penitenciaria, que se celebró en Málaga los días 29 a 31 de mayo de 2017*.

# Traslados, desplazamientos y conducciones de presos

ESTEBAN MESTRE DELGADO  
Catedrático de Derecho Penal. Abogado  
Universidad de Alcalá

## RESUMEN

*Los traslados, desplazamientos y conducciones de presos son, y han sido históricamente, un instrumento imprescindible, aunque de relevancia secundaria, en la ejecución penitenciaria. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, ha supuesto una importante modernización y dignificación de las condiciones en que se llevaban a cabo con anterioridad a su promulgación. No obstante, sus cuarenta años de vigencia exigen revisar si resulta necesario modificar, en este ámbito, alguna de sus previsiones o desarrollos, esencialmente pensando en los derechos de los internos. A tal fin, se estudian en el presente trabajo las causas que los pueden justificar (valorando incluso su empleo como sanción encubierta), la competencia para acordarlos, los medios técnicos disponibles para hacerlos posible, las medidas dirigidas a evitar la fuga de los penados, y la protección de los derechos (vida, integridad, salud, intimidad, propia imagen, y evitación de perjuicios innecesarios) de los trasladados, desplazados y conducidos.*

*Palabras clave: Conducciones de presos. Derechos de los internos penitenciarios. Desplazamientos de presos. Ley Orgánica General Penitenciaria. Traslados penitenciarios.*

## ABSTRACT

*Transfers, displacements and conductions of prisoners are, and have historically been, an essential instrument, although of secondary relevance, in prison execution. Organic Law 1/1979, of 26 September, General Penitentiary, has meant an important modernisation and dignification of the conditions in which they were carried out prior to its promulgation. However, its forty years of validity require a review of*

*whether it is necessary to modify, in this area, any of its provisions or developments, essentially thinking of the rights of inmates. To this end, this paper examines the causes that may justify them (including their use as a covert sanction), the power to agree on them, the technical means available to make them possible, the measures aimed at preventing prisoners from escaping; and the protection of the rights (life, integrity, health, privacy, self-image, and avoidance of unnecessary harm) of those transferred, displaced and conducted.*

Key words: *Displacement of prisoners. General Penitentiary Organic Law. Penitentiary transfers. Prisoner conductions. Rights of prison inmates.*

SUMARIO: I. *Laudatio* de la Ley Penitenciaria y de su redactor.–II. Conceptos, regulación vigente y problemas que suscitan.–III. Los antecedentes del sistema. 1. Los remotos: la búsqueda de la seguridad. 2. La regulación en la Dictadura: la prioridad de la eficacia y la rentabilidad.–IV. Las previsiones de la normativa en desarrollo de la LOGP. 1. Los principios rectores de traslados, desplazamientos y conducciones. 2. Sus categorías y procedimientos. 3. Sus condiciones materiales. 4. Las competencias de ejecución y control.–V. Las exigencias internacionales que deben orientar la interpretación de las normas vigentes y su eventual modificación. 1. Las Normas Mínimas para el trato de los reclusos, aprobadas el 30 de agosto de 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Trato de Delincuentes. 2. La Recomendación (2006) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Normas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006. 3. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). 4. La Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios. 5. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 6. La doctrina del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT).–VI. Valoración final.

## I. LAUDATIO DE LA LEY PENITENCIARIA Y DE SU REDACTOR

Este mes de septiembre se cumplen 40 años de vigencia de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP), y la efeméride es sin duda digna de destacar, tanto por la relevante significación, en sí mismo, de este periodo de tiempo (más prolongado, por ejemplo, que el régimen franquista que coadyuvó a superar), como por la trascendencia de los contenidos de esta Ley, que –como concuerda de forma unánime la doctrina especializada– permitió en su momento normalizar el conflictivo mundo de las pri-

siones españolas en el arranque de la Transición a la Democracia; configuró un Derecho Penitenciario propio de un Estado social y democrático de Derecho; e introdujo decididamente este sector del ordenamiento en la modernidad (1), consolidando un sistema que ha sido, y sigue siendo, referencia para muchos ordenamientos de nuestro entorno cultural, tanto en Europa como en Hispanoamérica.

Rendir homenaje a la LOGP, en este cuadragésimo aniversario, no solo supone ensalzar su contenido o su propia significación histórica en el momento en que se aprobó, y en los términos en que ha venido transformando la realidad penitenciaria española. Como norma vigente, y susceptible de cambios y adaptaciones a la evolución jurídica y social española, creo también necesario valorarla en su perspectiva dinámica, indagando en la validez actual de sus previsiones, en un mundo que –social, jurídica y materialmente– ha cambiado tanto y tan profundamente en estos cuarenta años, y su conformidad con las exigencias internacionales que marcan en la actualidad las líneas básicas del desarrollo futuro del penitenciarismo, y postulando, de ser necesarias, propuestas concretas de actualización de sus previsiones a estas nuevas realidades.

Homenajear a la LOGP es también ofrecer tributo de reconocimiento a su principal impulsor, aquel joven Carlos García Valdés, profesor universitario experto en Derecho Penitenciario (había elaborado y defendido su tesis doctoral sobre el «Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática») y Abogado que, con toda valentía, asumió la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en momentos trágicos (su antecesor, Jesús Haddad, acababa de ser asesinado por la exclusiva razón de ocupar ese cargo; y al poco tiempo él mismo sufrió también un atentado terrorista, del que resultó milagrosamente ileso). Con toda determinación, y en un tiempo realmente breve, se sumergió en la realidad penitenciaria española, visitando todos los Centros Penitenciarios entonces existentes, entrevistándose con funcionarios e internos para conocer sus concretas necesidades; y, convocando para ello a técnicos y profesionales de la máxima cualificación, procedió a elaborar el texto que finalmente ha pasado a la historia como la LOGP de 1979. Que fuera la primera Ley Orgánica aprobada en el nuevo periodo constitucional, y que lo fuera por aclamación de los Diputados y Senadores reunidos para ello

---

(1) Por todos, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «El Derecho penitenciario», en *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje* (Dir. de Vicente Martínez), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 41-42; y TAMARIT SUMALLA/SAPENA GRAU/GARCÍA ALBERO, *Curso de Derecho Penitenciario (adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 25.

en sesión conjunta, son sin duda signos visibles de la enorme trascendencia que en aquel momento se reconoció a este texto para la reforma (modernización e integración en el Estado social y democrático de Derecho) del sistema penitenciario.

Aprobada la LOGP, el Profesor García Valdés retornó a la vida universitaria, siguió publicando libros y artículos, e impartiendo innumerables cursos y conferencias, fue nombrado miembro permanente de la Comisión General de Codificación, intervino en la elaboración o asesoramiento de numerosos proyectos normativos, fue condecorado con las máximas distinciones jurídicas, gubernativas, judiciales y policiales, obtuvo la Cátedra en Derecho Penal en la Universidad de Alcalá, fue Decano de su Facultad de Derecho, fundó y presidió el Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Policiales de esta Universidad, formó numerosos discípulos, que integran la que se ha denominado «Escuela de Alcalá», y sigue impactando y cautivando a todos quienes le leen o le escuchan en los muy diversos foros académicos o profesionales en que participa. Fue también nombrado Director General de la Escuela de Estudios Judiciales, que rigió durante diez años, llenándose también de reconocimientos de quienes le conocieron en esta faceta. No obstante todo ello, la insignia que luce en el ojal de su chaqueta es, siempre, la Medalla de Oro al Mérito Penitenciario.

Puedo dar fe de que estos cuarenta años han sido fecundos y satisfactorios para él y para todos quienes hemos podido disfrutar de su magisterio, en tantos ámbitos de su prolífico saber (2).

## II. CONCEPTOS, REGULACIÓN VIGENTE Y PROBLEMAS QUE SUSCITAN

He escogido, como objeto de estudio en este volumen homenaje a la LOGP, un tema poco tratado monográficamente en la doctrina, y

---

(2) Fui su alumno, en la Universidad de Alcalá, en la asignatura de «Derecho Penitenciario» en el curso 1980/81, y en la de «Derecho Penal. Parte Especial» en el 1981/82. En el arranque del curso 1982/83 me propuso para recibir una Beca de Colaboración de las que entonces otorgaba el Ministerio de Educación, y comencé a colaborar con él en la organización de los fondos bibliográficos del Departamento de Derecho Penal. A partir de ahí, dirigió mi Tesis Doctoral, me apoyó en las oposiciones a Profesor Titular y a Catedrático de Universidad, y hemos colaborado en innumerables proyectos docentes, investigadores y prelegislativos. Hace así 39 años que le conozco, le trato y le admiro. Y estoy en permanente deuda de gratitud con él porque marcó mi vocación y la actividad profesional que se ha seguido de ello, y porque nunca ha dejado de enseñarme, apoyarme y confiar en mí.



que ha generado también una limitada atención jurisprudencial, pero que no por ello está exento de problemas: los traslados, desplazamientos y conducciones penitenciarias, que son, y han sido históricamente, un instrumento imprescindible, aunque de relevancia secundaria, en la ejecución penitenciaria (3). Aunque los tres términos hacen referencia a la misma realidad material, en el ámbito penitenciario se suele precisar que la expresión «traslado» designa el cambio de destino de un interno, que abandona el Centro Penitenciario en el que se encuentra para ser ingresado en otro; que la palabra «desplazamiento» indica una salida que realiza el recluso, con carácter episódico, para la realización de una concreta actividad, y con posterior retorno al mismo Centro; y que la acepción «conducción» define el transporte del preso que se instrumenta para llevar a efecto los traslados y los desplazamientos (4).

La única referencia que la Ley Orgánica General Penitenciaria dedica a esta materia se encuentra en su artículo 18, cuyo escueto enunciado establece:

«Los traslados de los detenidos, presos y penados se efectuarán de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción».

El análisis de la tramitación gubernativa y parlamentaria de este precepto (5) demuestra la escasa conflictividad que supuso la aprobación de su texto. Desde la más escueta redacción del Anteproyecto (que se limitaba a indicar que «los traslados de los detenidos, presos y penados se efectuarán de forma que se respete la dignidad de los internos»), el Proyecto interesó la adición de la referencia a «la seguridad

---

(3) La Exposición (de Motivos) del Real Decreto de 24 de noviembre de 1890 ya decía a este respecto que «los requisitos y formalidades para llevar a cabo el destino a las Penitenciarías correspondientes de los reos sentenciados a penas de privación de libertad, así como las medidas encaminadas a la eficaz conducción de toda clase de presos y penados, no obstante su modesta apariencia, encierran considerable interés por referirse a la ejecución fiel e inmediata de los fallos de los Tribunales de Justicia en materia criminal».

(4) Emplea también esta concepción CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho Penitenciario*, 3.<sup>a</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 164: «los traslados consisten en cambiar a un interno del Centro penitenciario donde se encuentre a otro, y las conducciones es el transporte que se ha de realizar para ello. Cuando la salida es eventual y por tanto con la finalidad de retorno, se trata de un desplazamiento». Asimilando los tres términos en uno, ZAPATERO SAGRADO, R., «Conducciones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, julio-septiembre de 1966, p. 566, entiende por «conducción» «la traslación vigilada de un punto a otro, de un sujeto privado de libertad, a los fines ordenados por la Dirección General de Prisiones, o de sus Delegados».

(5) Cuyo detalle puede verse en GARCIA VALDÉS, «La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio», Madrid, 1981, pp. 119-120.

de la conducción», y la Ponencia [condensando una enmienda del Grupo Parlamentario Socialistes de Catalunya (6)] dio la redacción que en definitiva se consagró (por inexistencia de observación alguna en la Comisión y en el Pleno) en el texto vigente.

Me parece así evidente que la Ley nunca pretendió regular esta materia desde una perspectiva técnica u operativa (contenido en todo caso impropio de una norma de este rango), sino establecer los dos principios que debían presidir la regulación de su práctica (el respeto a la dignidad y derechos de los internos, y la garantía de la seguridad de la conducción). E incluso podría discutirse si el concreto formato de su redacción pudiera significar que la Ley Penitenciaria también estaba marcando la pauta de su coordinación (el respeto a la dignidad y los derechos de los internos debería prevalecer sobre la seguridad de la conducción, pues el orden interno de sus respectivas menciones podría revelar una prioridad valorativa entre ellas).

El desarrollo de esta previsión legal lo efectúan en la actualidad los artículos 31 a 40 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el hoy vigente Reglamento Penitenciario, y que integran el Capítulo III («Conducciones y traslados») de su Título II («De la organización general»). Como referencia del nivel de detalle que contiene esta regulación (y que iré desgranando en las pp. que siguen), basta con señalar ahora que ese Capítulo se estructura en cinco secciones, en las que, ordenadamente, se analizan las «competencias», el «cumplimiento de los órdenes de autoridades judiciales y gubernativas», los «desplazamientos a hospitales no penitenciarios», los «medios y forma de la conducción» y los «tránsitos e incidencias».

Para la elección de este tema de estudio me ha incitado alguna vivencia personal como Abogado, y la consecuente preocupación de que en este aspecto casi secundario de la gran regulación de la LOGP pudieran encontrarse fisuras que terminaran por minar su estructura y credibilidad. Y me ha sorprendido comprobar que esta percepción mía, surgida de mi personal actividad profesional, coincidía con posturas muy críticas que especialistas en la materia han ido plasmando por escrito en muy distintos momentos históricos. Así, Zapatero Sagrado (funcionario entonces del Cuerpo Especial de Prisiones),

---

(6) Que proponía la desaparición de la palabra «dignidad», y su sustitución por la expresión «los derechos, salud e higiene de los internos», tanto porque se consideraba que aquella ya estaba incluida en estos, como porque pretendía reforzar que se respetasen «al máximo los derechos de los reclusos, quienes no deben sufrir mayores penas que las que comporta la falta de libertad, y en particular que no se omita la debida consideración a su salud e higiene».

en 1966, y con ocasión de comentar la situación en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 (7), llegó a decir: «Todos los funcionarios de prisiones sabemos que las conducciones solo agradan a los fuguistas. Sea cual fuere el tipo de delincuentes, del mejor al peor, del más sumiso al más rebelde, todos, absolutamente todos, las rehúyen, lo cual es natural mientras no se efectúen en vehículos celulares que impidan en absoluto toda publicidad. En las condiciones que actualmente se realizan, se producen daños morales indudables. Y si únicamente se trasladaran penados, todas las vejaciones de las traslaciones las podríamos considerar como males menores, o incluso como parte aflictiva de la misma pena. Pero desde el momento en que el cincuenta por ciento de las efectuadas en un año en todo el territorio nacional se deben a compareencias para juicios y diligencias, el problema adquiere unas dimensiones morales insoslayables. Ni el legislador, ni los Jueces, ni las Autoridades, ni nosotros mismos podemos comprender el inmenso daño y la gran vergüenza que se causa a estos individuos, y máxime en cualquier pequeña capital de provincia, donde todas las personas se conocen y donde todo se critica».

Más de cincuenta años después, Ríos Martín (profesor especializado en Derecho Penitenciario, y autor de numerosos trabajos científicos en este ámbito) plasmaba quejas semejantes contra traslados, desplazamientos y conducciones de internos: «¿el diseño de los vehículos en la búsqueda de la seguridad es incompatible con un mínimo de condiciones de habitabilidad y confortabilidad que hagan posible el respeto a las personas trasladadas? (../..) La casi totalidad de los autobuses o furgonetas, salvo algún modelo nuevo, tienen una escasísima o nula visibilidad al exterior, lo que genera, junto a la insuficiente iluminación, ventilación y climatización, un claro riesgo para la salud» (8).

Desde otro punto de vista, se formulan también dudas sobre la legitimidad de algunas decisiones de traslados de internos, que pudieran adoptarse de manera fraudulenta, para privarles de algunos derechos, o sustraerles de la competencia de algún concreto Juzgado de Vigilancia, o para instrumentar una sanción encubierta (en la medida en que, por ejemplo, se les aleja de su entorno familiar o geográfico de

---

(7) ZAPATERO SAGRADO, R., *Conducciones*, *op. cit.*, p. 571.

(8) RÍOS MARTÍN, «Una mirada sobre la posible reducción del sufrimiento humano en el sistema penal desde claves de política penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, número extraordinario dedicado al 40 aniversario de la LOGP, pendiente de publicación al cierre del presente trabajo.

referencia) (9). Por todo ello, tras revisar la bibliografía y jurisprudencia existentes en la materia, entendí que las cuestiones problemáticas que deben abordarse para comprender el significado y validez actual de la regulación de los traslados, desplazamientos y conducciones de los presos en la LOGP son:

- a) Las causas que los pueden justificar (valorando incluso su empleo como sanción encubierta);
- b) La competencia para acordarlos;
- c) Los medios técnicos disponibles para hacerlos posible;
- d) Las medidas dirigidas a evitar la fuga de los penados, y las sanciones aplicables a las conductas ilícitas que pudieran producirse en el desarrollo de esas conducciones;
- e) Y la protección de los derechos (vida, integridad, salud, intimidad, propia imagen, y evitación de perjuicios innecesarios) de los trasladados, desplazados y conducidos, valorando las condiciones higiénicas, de seguridad, y de dignidad personal en que se efectúan tales transportes.

Pero, antes de entrar en su análisis, conviene conocer sus antecedentes históricos, pues permiten contextualizar adecuadamente esos contenidos de la LOGP.

### III. LOS ANTECEDENTES DEL SISTEMA

#### 1. Los remotos: la búsqueda de la seguridad

Históricamente, la única preocupación que generaban los traslados de los penados era la seguridad de su conducción, y de ahí las férreas (nunca mejor dicho) condiciones en que se realizaban estos viajes (10). Frente al riesgo de fugas, la integridad, la salud y hasta la

---

(9) LÓPEZ MELERO, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, pp. 204 a 206.

(10) Téngase en cuenta que, en la historia española moderna, las conducciones de presos se efectuaban, básicamente, a Ultramar (siglo XV), a prestar servicio en galeras (siglo XVI), al norte de África (siglos XVII y XVIII) y a las minas de Almadén (siglos XVI a XVIII). *Vid.*, en extenso, LLORENTE DE PEDRO, «El traslado de reos al lugar de cumplimiento de condena durante el Antiguo Régimen», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 252, 2006, pp. 133 a 161, *passim*, y HERNÁNDEZ SOBRINO, *Los esclavos del Rey. Los forzados de Su Majestad en las minas de Almadén, años 1550-1800*, Ed. Fundación Almadén «Francisco Javier de Villegas», Almadén, 2010, especialmente pp. 47 a 124.

vida de los presos eran realmente aspectos secundarios. Y, obviamente, no eran tiempos para valorar que los trasladados fueran titulares de derechos subjetivos frente al Estado. Me parece ejemplo insuperable de esa situación el relato que Cervantes incorpora en el Capítulo XXII de la primera parte del libro que dedica a las andanzas del Quijote, donde dice:

«Don Quijote alzó los ojos y vió que por el camino que llevaba venían hasta doce hombres a pié, ensartados como cuentas en una gran cadena de hierro por los cuellos, y todos con esposas a las manos; venían asimismo con ellos dos hombres de a caballo y dos de a pie: los de a caballo, con escopetas de rueda, y los de a pie, con dardos y espadas; y que así como Sancho Panza los vido, dijo: –Ésta es cadena de galeotes, gente forzada del Rey, que va a las galeras».

En su trabajo sobre los aspectos penales de este libro, Arroyo Zapatero (11) ha vinculado la situación de estos galeotes (las cuerdas de presos más habituales y nutridas eran las que organizaban los desplazamientos a los puertos en los que debían embarcar para cumplir la pena de galeras) con la Pragmática (de Carlos V) de 19 de diciembre de 1544, que ordenaba que las conducciones de los forzados a galeras se llevasen «con todo recaudo, i guarda, de manera que no se puedan ir, ni huir, i se lleven con seguridad, i entreguen en las partes, i lugares, que está... ordenado». En afianzamiento de esta previsión, la misma disposición excluía al galeote del privilegio de inmunidad por refugio en lugar sagrado, y al guardián o vigilante que, por incuria o negligencia, hubiera resultado responsable de una fuga, se le imponía una multa de 100 ducados por cada galeote huido (que se aplicaba a la compra de un esclavo sustituto). Este sistema de conducciones y responsabilidades se mantuvo inalterado durante el siglo XVIII, y hasta 1834, incluso tras la supresión de las galeras reales en 1749, ya que en la misma Pragmática en que se suprime esta pena se ordena que los reos «se apliquen por los mismos años a las minas de Almadén» (siendo los primeros trasladados allí los presos que en ese momento estaban esperando para embarcar en Cartagena) (12), creándose, para el traslado de los galeotes a sus diversos destinos, la figura del Superintendente General de conduc-

---

(11) ARROYO ZAPATERO, *Delitos y penas en el Quijote*, publicado el 12 de enero de 2013, y disponible en <https://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/2013/01/12/el-derecho-penal-en-el-quiote/>. Sobre el particular, *vid.*, también, LLORENTE DE PEDRO, *El traslado de reos...*, *op. cit.*, p. 136.

(12) HERNÁNDEZ SOBRINO, *Los esclavos del Rey*, *op. cit.*, p. 47.

ciones, fugas y solturas de galeotes y condenados a Presidios, Campañas y Minas (13).

La Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834 (resultado del trabajo de una comisión especialmente designada para «poner término al estado de desorden en que por lo general se hallan los presidios del reino», y elaborar «un reglamento general que conciliase la vindicta pública y la corrección de los penados con las atenciones de humanidad y economía») intentó regular más detalladamente las conducciones de estos penados, y para ello dedicó su Título IV a «las conducciones de penados y de las cuerdas de presidiarios», estableciendo en su Sección Primera («De las conducciones de penados» –artículos 49 a 56–) diversas reglas para la organización de los ingresos de los penados en los Centros correspondientes a la clase de su condena, y siendo sus previsiones más relevantes que «las conducciones se harán por tránsitos de Justicia en Justicia, siendo cargo de la de los pueblos de donde salgan por la mañana, nombrar persona, bajo la responsabilidad de sus Ayuntamientos, que ejecute la traslación de los sentenciados al punto en donde deban hacer noche, facilitándole los auxilios necesarios para la custodia de los mismos» (art. 54) (14); y que «cada tránsito regular será de tres leguas, poco más o menos, y si no hubiese pueblo a esta distancia seguirán los penados al inmediato, siempre que no pasen de cinco a lo sumo, y en caso de no haberlo tampoco a esta distancia en la ruta señalada se elegirá el que se aproxime más a las tres leguas desde el punto de salida, aunque esté fuera de ella» (art. 55). Su Sección Segunda se titula «De las cuerdas de presidiarios», y entre sus preceptos destacan las previsiones que indican que «los presidiarios de África permanecerán en los presidios ocupados en los trabajos a que se les destine, siempre en el interior de los establecimientos, hasta que la Dirección General determine su conducción, que deberá verificarse una o dos veces al año, según su número, en los meses de abril y septiembre» (art. 57); que «se regularán las escoltas al respecto de un soldado por cada diez presidiarios», pudiendo aumentar o disminuir esta proporción (art. 60); que «se arreglarán las marchas a los itinerarios que expida el Director General y, en el caso en que por incidentes imprevistos ten-

---

(13) HERNÁNDEZ SOBRINO, *Los esclavos del Rey*, *op. cit.*, p. 51.

(14) Téngase en cuenta que el traslado de los galeotes, aunque muchas veces se desplazaban caminando, se hacían también «en carros vigilados por hombres a caballo, pero cuando el mal tiempo y la urgencia así lo aconsejaban, eran desplazados en cabalgaduras, “porque en carros no podrán yr con tanta brevedad respecto de las leguas y el mal tiempo”» (HERNÁNDEZ SOBRINO, *Los esclavos del Rey*, *op. cit.*, p. 51).

gan los Comandantes que variarlos, lo verificarán en términos de que cada jornada sea de tres a cuatro leguas, observándose lo que previene sobre el particular el artículo 55; en inteligencia de que deberán evitar a toda costa hacer noche en despoblado, a no ser por una de aquellas causas imprevistas que absolutamente no dejen otro arbitrio, en cuyo caso se ejercerá la debida vigilancia» (art. 64); que «se darán a los presidiarios dos ranchos cada día en los términos y a las horas que se juzguen más oportunas» (art. 65); que «las Justicias de los pueblos donde han de hacer tránsito facilitarán las cárceles, y a falta de éstas otros edificios en que alojarlos, siendo de cargo de las mismas Justicias la seguridad de éstas por la noche (.../...) sin que por lo referido exijan derechos de carcelaje ni otro bajo ningún pretexto» (art. 66); que «los Comandantes de las cuerdas a su regreso devolverán los grillos, cadenas y demás efectos que hubiesen sacado del peninsular para seguridad de los sentenciados» (art. 74) (15); y que, «por regla general no podrán acompañar a los presidiarios que conduzcan en las cuerdas sus mujeres, ni parientes de cualquier grado que sean, y menos pasar a las plazas de África a que fueren destinados» (art. 76).

Pocos años después, se publicó en la *Gaceta de Madrid* núm. 5469, de 3 de septiembre de 1849, una Real Orden, dada el 26 de agosto anterior, en la que la Reina, «para prevenir las fugas de los presos y penados al tiempo de ser trasladados de un punto a otro, asegurando la conducción, conciliando el servicio público de este ramo con las demás atenciones que rodean a la Guardia Civil, y haciendo efectiva la responsabilidad de las evasiones contra quien corresponda», prohibió «la conducción de presos y penados por tránsitos de Justicia en Justicia con escolta de paisanos armados» (exceptuándose las conducciones de los encausados por delitos leves autorizadas por la autoridad judicial); ordenó que las conducciones de presos y penados se hiciesen, «por regla general, por la Guardia Civil, bajo la responsabilidad del Jefe que la mande» (16), salvo que esta fuerza se hallase «comple-

---

(15) De la creciente necesidad de grilletes para el cumplimiento de estas conducciones da fé el anuncio de subasta, de fecha 14 de agosto de 1859, que se publicó en la *Gaceta de Madrid* (núm. 231) el siguiente día 19 de agosto, y en el que se decía: «Habiéndose de construir seis mil lazos de seguridad para la conducción de presos, por medio de subasta y con sujeción al modelo y pliego de condiciones que se hallan de manifiesto en la Secretaría de esta Dirección General, se hace saber al público que el remate tendrá lugar en la misma Secretaría a la una del día primero de octubre próximo ante la Junta de Jefes de la misma».

(16) El Cuerpo había sido fundado en 1844, y esta fue una de sus primeras encomiendas específicas, lo que planteó su eventual conversión en una guardia penitenciaria. Aunque finalmente no prosperó este criterio, una Circular de la Inspección General de la Guardia Civil de 20 de septiembre de 1855 (*Gaceta de Madrid*

tamente ocupada en otros servicios preferentes», en cuyo caso se ocuparía «cualquiera otra fuerza organizada» dependiente del Ministerio de la Gobernación, recurriéndose, en su defecto, a «las Autoridades militares para que faciliten la correspondiente escolta del ejército». Finalmente, se dispuso, incidiendo en la misma perspectiva prioritaria de la seguridad de las conducciones, que, si estas se hubieren de realizar «a largas distancias fuera de la provincia, cuiden las Autoridades civiles de la seguridad de los presos, poniéndose de acuerdo con las militares, combinando el modo de relevar la fuerza siempre que sea posible y se considere conveniente».

Como el Real Decreto de 1 de septiembre de 1879 (publicado en la *Gaceta de Madrid* núm. 247, del siguiente día 4) decidió efectuar una distribución territorial de los reclusos, en función de sus penas (17), la necesidad de efectuar traslados de presos se multiplicó. Por ello, y aprovechando los avances mecánicos de la época, se empezó a disponer la utilización de los ferrocarriles para el traslado de los presos. Una Ley de 3 de julio de 1880 (publicada en la *Gaceta de Madrid* del día siguiente) dispuso que «las concesiones de ferrocarriles de cualquier género que en lo sucesivo se otorguen, y las prórrogas de obras de las ya otorgadas, contendrán la obligación de conducir gratuitamente los presos y penados, a cuyo fin las empresas que exploten las líneas dispondrán del material móvil adecuado que el Ministerio de Fomento determine», si bien se previó también que, en caso de que las compañías no se prestaran voluntariamente a hacerlo, el Gobierno acordaría con ellas las condiciones en que debería hacerse, «procurando que sea lo más favorable posi-

---

núm. 1010, de 10 de octubre siguiente) decía: «Una de las obligaciones más sagradas e importantes del servicio en la Guardia Civil es la conducción de presos. (.../...) no hay disculpa alguna para la pareja que, olvidándose de lo que está prevenido en el Reglamento y Circulares vigentes, deja fugarse los presos cuya conducción se le ha confiado para entregarlos a los Tribunales encargados de aplicarles la ley. Tan grave falta solo puede atribuirse o a un exceso de confianza o a consideraciones que debiliten la seguridad con que la Guardia Civil debe desempeñar sus funciones, pero que en todo caso puede calificarse de falta de vigilancia y de cumplimiento a su deber. Uno de los cargos más grave que debe hacerse a una pareja es la fuga de un preso entregado a su custodia».

(17) Su artículo cuarto dispuso que «los condenados a cadena, reclusión y relegación perpetua serán destinados a los Presidios de Alhucemas, Ceuta, Chafarinas, Melilla y Peñón de la Gomera. Los de cadena, reclusión y relegación temporal, a los de Palma de Mallorca, Cartagena, Santoña, Tarragona y Zaragoza. Los de Presidio y Prisión mayores a los de Burgos y Valladolid. Los de Presidio y Prisión correccional, a Granada, Sevilla y Valencia. Las mujeres, cualquiera que sea su condena, serán destinadas a la Casa Correccional de Alcalá de Henares. El actual Presidio de hombres de Alcalá quedará exclusivamente destinado para los delincuentes menores de veinte años, cualquiera que sea su condena».



ble para el Estado». Sin embargo, esos Convenios llegaron a ser muy gravosos para las arcas públicas (18).

Pese al esfuerzo desplegado, no parece que ninguna de estas disposiciones llegara realmente a ser eficaz, ya que, por Real Decreto de 2 de enero de 1883 (publicado en la *Gaceta de Madrid* del 4 de enero siguiente), se dispuso establecer «un servicio regular y periódico de conducción de presos y penados a los establecimientos penitenciarios» (19), a cuyo fin «el territorio de la Península se dividirá (...) en líneas generales y parciales». En las primeras (que eran las concedidas o que fueran a concederse para la explotación de ferrocarriles), el transporte de los presos y penados debería efectuarse «en coches celulares de propiedad por ahora de las respectivas Compañías, construidos en un todo de conformidad al modelo que se les designe»; y en las segundas (que eran las de carreteras o caminos que más breve y directamente condujeran de unas cárceles a otras), se haría «como hasta aquí por jornadas a pié o en bagaje, pero con estricta sujeción a un bien estudiado cuadro de etapas». En todos los supuestos, se encomendaba a la Guardia Civil el servicio de escolta, asumiendo los gastos la Administración (el plus de una peseta por día a cada Guardia Civil que asumiera la escolta, y el coste del transporte por ferrocarril), las Diputaciones Provinciales (el «importe de los bagajes que se faciliten a los presos enfermos o imposibilitados») y los Ayuntamientos («los socorros de marcha a los presos y detenidos en su traslación de unas cárceles a otras»).

La solución tampoco resultó satisfactoria, pues el Real Decreto de 6 de noviembre de 1885 (publicado en la *Gaceta de Madrid* núm. 611, del día siguiente) reconoció «el coste onerosísimo para los intereses públicos de las conducciones de confinados por las vías férreas, ya para que ingresen en los Presidios de su destino, ya por razón de sus viajes al cumplimiento de diligencias judiciales del uno al otro extremo de la Península, cuando no desde las costas de Baleares o de África», y estableció que «la Dirección General de Establecimientos Penales, atendiendo la conveniencia y economía del servicio, ordenará las con-

---

(18) TÉLLEZ AGUILERA, «El crimen de la calle Fuencarral y la reforma penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 261, 2018, p. 12, describe cómo este sistema «ahogó económicamente a la Administración penitenciaria, dando con ello motivo a la creación del Negociado de Transporte de Presos, antecedente directo del actual Servicio de Traslados de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias».

(19) Con la declarada (en su breve preámbulo) finalidad de mejorar una atención «defectuosa y contraria al sentimiento de humanidad que debe imperar en pro de los desgraciados que se han hecho acreedores al rigor de las leyes», por lo que se hacía preciso «variarla por completo, convirtiéndola en ordenado y justo procedimiento».

ducciones de los penados a los establecimientos correspondientes, en el plazo más breve posible» (art. 21). Esto es, que buscara los sistemas de transporte que combinaran la mayor rapidez y economía.

Y solo fue con el Real Decreto de 24 de noviembre de 1890 (publicado en la *Gaceta de Madrid* núm. 332, de 28 de noviembre) cuando se dispuso un prolijo sistema administrativo para la documentación y tramitación de las conducciones a las Penitenciarías, buscando agilidad (20) y uniformidad operativa.

La preocupación prioritaria por la seguridad de las conducciones llegó hasta el siglo pasado, pues los artículos 529 a 534 del Reglamento Orgánico de 1930 señalaban la obligación de efectuar siempre la conducción por sitios de menor concurrencia, «siempre que la disposición de los accidentes no favorezca la fuga, y adoptando para evitarla las precauciones indispensables»; y la obligación de la fuerza conductora, al hacerse cargo de un preso o detenido, de «reconocerle minuciosamente para recoger las armas y otros objetos peligrosos que lleve, procurando siempre que tanto el acto de atarlo, si hubiere precisión de hacerlo, lo practiquen en sitio reservado». Y el artículo 536 de esa misma norma, relativo a los deberes de escolta de este servicio, disponía que «deben adoptar cuantas medidas y precauciones les sugiera su celo y experiencia para impedir que se les injurie o maltrate, y no deberán hacer uso de las armas hasta que, apurados todos los medios de persuasión, se vieran obligados a ello para defenderse y repeler la agresión».

## 2. La normativa en la Dictadura: la prioridad de la eficacia y la rentabilidad

La debilidad de la economía española tras la guerra civil de 1936-1939 y la segunda mundial de 1939-1945, y la realidad de los avances mecánicos, provocó un cambio de mentalidad respecto de las conducciones penitenciarias. Así, el artículo 26 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 5 de marzo de 1948 disponía que quedaban terminantemente prohibidas las conducciones a pié por carretera, sin distinciones de edades ni sexos; que, cuando no hubiera vía férrea que uniera las poblaciones en que estuvieran enclavados los Establecimientos Penitenciarios, tendrían lugar los tránsitos por el medio más rápido y

---

(20) Su artículo 12 establecía a este respecto que «Las órdenes de conducción de todo preso o penado, emanadas de la Dirección General de Establecimientos Penales, se ejecutarán sin dilación ni excusa alguna por las Autoridades o funcionarios encargados de su cumplimiento».

económico que se dispusiera; y que, en caso de que hubiera vías férreas en parte del trayecto nada más, se cubriría el resto de las distancias en la forma establecida anteriormente. Esta regulación se mantuvo con escasas modificaciones en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956. A la preocupación por la seguridad había seguido la obsesión por la eficacia y la rentabilidad. Desde luego, no eran tiempos para pensar en la dignidad de los conducidos (21).

La consideración de que los traslados de penados en ferrocarril conformaban un sistema más rápido y económico que el empleo de otros medios de transporte se mantuvo hasta el año 1967, en que se dispuso (mediante el Decreto 2355/1967, de 16 de septiembre, por el que se regularon las conducciones de detenidos, presos y penados) que tales conducciones se llevaran a cabo mediante el uso de vehículos automóviles. Los criterios determinantes para ello fueron económicos («una positiva economía tanto en los gastos generales de transporte como en los efectivos de la fuerza pública a emplear»), funcionales («una mayor rapidez en beneficio de la Administración de Justicia») y de seguridad («mayor comodidad y seguridad al efectuar las conducciones en vehículos debidamente acondicionados»). Y su valoración global llevó a concluir que aquel procedimiento de transporte por ferrocarril resultaba, en ese momento histórico, «inadecuado», pese a valorar muy positivamente el modo en que, en esas conducciones, la fuerza pública encargada de llevar a efecto tales traslados había procedido «a hermanar la necesaria vigilancia con la discreción exigida por el servicio».

Para plasmar normativamente este nuevo planteamiento, el artículo 1 de este Decreto fijaba que las conducciones de detenidos, presos y penados, civiles y militares (22) se realizarían normalmente por carretera, con vehículos adecuados a cargo de fuerzas del Cuerpo de la Guardia Civil (y asumiendo los gastos de funcionamiento del servicio la Dirección General de Prisiones), y su artículo 2 las clasificaba en las siguientes categorías:

a) Conducciones interprovinciales, que las autoridades judiciales (cualquiera que fuese su jurisdicción) y las gubernativas debían

---

(21) ZAPATERO SAGRADO, R., *Conducciones, op. cit.*, p. 569, se extrañaba de que esta reglamentación llegara a regular «hasta el detalle tan curioso del núm. de kilos que podrían llevar de equipaje los sujetos conducidos, y sin embargo no dispuso, por ejemplo, la norma de ir separados los presos del resto de los viajeros, aunque solo fuera por elementales razones de seguridad, discreción y cortesía».

(22) No obstante, el artículo 4 de este mismo Decreto establecía que sus disposiciones no afectaban «a las conducciones que conforme al Código de Justicia Militar las autoridades ordenen por los medios y en la forma que determinen».

solicitar directamente a la Sección de Clasificación de la Dirección General de Prisiones, que, a su vez, debía interesarlas, para su cumplimiento, de la Dirección General de la Guardia Civil, a quien competía la adquisición y custodia de los vehículos adscritos a este servicio.

b) Conducciones provinciales, que debían solicitarse directamente al Jefe del Establecimiento o lugar civil o militar donde se encontrase el detenido, preso o penado, quien, a su vez, debía interesar su realización al Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de la provincia. En este caso también la adquisición y custodia de los vehículos adscritos a este servicio competía a la Dirección General de la Guardia Civil.

c) Y conducciones municipales, que debían solicitarse directamente al Jefe del Establecimiento o lugar civil o militar donde se encontrase el detenido, preso o penado, quien, a su vez, debía interesar su realización a las fuerzas de Policía Armada, Jefe Superior de Policía o Comisario Jefe o, en su defecto, al Jefe de la Guardia Civil. En el caso de estas conducciones locales, los vehículos necesarios para ello eran los pertenecientes a la Guardia Civil o la Dirección General de Seguridad, según procediese.

Este era el panorama normativo que existía cuando comenzaron los trabajos de elaboración de la LOGP.

#### IV. LAS PREVISIONES DE LA NORMATIVA EN DESARROLLO DE LA LOGP

##### 1. Los principios rectores de traslados, desplazamientos y conducciones

El primer Reglamento que desarrolló las previsiones de la LOGP fue aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo (publicado en el *BOE* n.º 149, de 23 de junio de ese año), entrando en vigor, conforme a las previsiones de su Disposición Transitoria primera, a los treinta días de esa fecha.

Este Reglamento procedió a desarrollar la concisa regulación legal en materia de conducciones y traslados en doce artículos (77 a 88, ambos incluidos) integrados en el Capítulo VII («Conducciones y traslados») de su Título Segundo («Del régimen penitenciario»), agrupando previsiones de diversa índole, muy seguramente para plasmar normativamente criterios operativos resueltos previamente a la vista de problemas surgidos en la práctica de esos traslados. Desde luego,

su contenido es muy operativo, y en él no existen declaraciones principales.

Por el contrario, el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (publicado en el *BOE* núm. 40, de 15 de febrero, corrección de errores en *BOE* núm. 112, de 8 de mayo), por el que se aprobó el hoy vigente Reglamento Penitenciario, derogando el de 1981, sí plasma los principios que deben regir esta actividad, y que su artículo 36.1 resume, conforme al modelo legal que desarrolla, en el respeto a la dignidad y derechos de los internos, y la seguridad de su conducción. De nuevo, y entiendo que con mensaje implícito, el respeto a la dignidad y derechos antecede a la seguridad en la conducción.

## 2. Sus categorías y procedimientos

El Reglamento de 1981 preveía que, como medida estrictamente regimental (23), aplicable a todos los internos, las conducciones cumplían una función prevista legalmente, de entre las siguientes:

- a) La práctica de diligencias o la celebración del Juicio oral (arts. 77, para los internos preventivos, y 78, para los penados);
- b) La consulta e ingreso en Centros Hospitalarios no penitenciarios (art. 79);
- c) Y la reubicación de internos entre los distintos Centros, por razones de seguridad o buen gobierno de los establecimientos, o para la realización de actividades tratamentales (art. 80).

El artículo 81 establecía que los traslados de detenidos, presos y penados se llevarían a cabo, «generalmente, por carretera, en vehículos adecuados y bajo custodia de la fuerza pública». No obstante, en ese mismo precepto se preveían dos excepciones: de manera genérica, para los penados clasificados en tercer grado y en régimen abierto, se posibilitaba que pudieran realizar el traslado acordado a otro Establecimiento por sus propios medios, sin atenerse a aquellas condiciones; y, de manera excepcional, «y solo en casos de urgencia o necesidad perentoria», se posibilitaba también que ese traslado de internos se realizase a cargo de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias que el Director del Establecimiento designase de entre los que se hallaren de servicio.

---

(23) GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982 (reimpresión, 1995), p. 73.

Si los conducidos hubieren de pernoctar en el trayecto, el artículo 86 preveía que deberían hacerlo «en condición de tránsitos en un Centro Penitenciario», y ser alojados, siempre que fuera posible, en celdas o dependencias destinadas al efecto, con separación del resto de la población reclusa. En términos semejantes, el artículo 88 disponía que, si por causa de fuerza mayor, no pudiera la conducción llegar a su destino, el Jefe de la fuerza conductora podría instar, mediante suplicatorio, la admisión «de los reclusos» (debe entenderse los trasladados) en el Centro Penitenciario más próximo, cuyo Director quedaba obligado a dar cuenta de ello a la Dirección General y a la Autoridad que hubiera recabado el traslado del interno.

El Reglamento de 1996 (24) también determina, aunque con distinta redacción, los mismos tres motivos que pueden generar un desplazamiento de los internos: La decisión autónoma del centro directivo (25); el cumplimiento de órdenes de autoridades gubernativas o judiciales para la práctica de diligencias o la celebración de juicio oral (conforme detallan sus artículos 31.2 y 33) (26); y los

---

(24) Desarrollado, sucesivamente, y en lo que ahora interesa, por las Circulares 13/96 y 2/98, sobre suspensión de traslados si existen pruebas médicas pendientes; y las Instrucciones 23/1996, 6/2005 y 7/2009, para las conducciones de internos a órganos judiciales, hospitales y otros lugares con custodia de las Fuerzas de Seguridad del Estado, 4/2002, sobre comunicación de traslados para extradición o entrega temporal a otro país, y de las salidas hospitalarias, 6/2005 (que deroga la 23/96), 5/2007 (que deroga parcialmente la 6/2005), 7/2009, 3/2010 (que deroga parcialmente la 7/2009), y 12/2011, respecto de internos sujetos a medidas de especial seguimiento.

(25) Tres supuestos que expresamente se prevén para ello en el Reglamento son el traslado del recluso a otro establecimiento de similares características a aquel en que se encuentre, para posibilitar el levantamiento de las limitaciones regiminales que se hubieran impuesto para el aseguramiento de su persona (art. 75.3); el traslado de penados o preventivos, desde un establecimiento de régimen ordinario o abierto a otro de régimen cerrado (arts. 95 y 97, respectivamente); y el traslado de establecimiento por motivos educativos (art. 121).

(26) En estos casos, si el desplazamiento se efectúa dentro de la misma localidad o provincia, el procedimiento previsto requiere Orden previa de la autoridad judicial o gubernativa dirigida al Director del Establecimiento Penitenciario, con una antelación mínima de treinta días; que el Director del Establecimiento recabe la conducción del responsable de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tenga atribuido este cometido o, en su caso, de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas; y, una vez celebrado el juicio o la diligencia judicial, que el Director del establecimiento proponga el traslado del interno al lugar de procedencia, salvo que tuviese conocimiento de la existencia de otros señalamientos pendientes o fuese preceptiva su clasificación, siendo previsible su destino al propio centro. Y, si la salida es para ingreso en otro Centro Penitenciario, para asistir a la práctica de diligencias o la celebración de juicio oral en otra provincia, el procedimiento requiere que las autoridades judiciales o gubernativas recaben de la Secreta-

desplazamientos a hospitales no penitenciarios, para consulta o ingreso (cuya decisión también compete al centro directivo, conforme establecen sus artículos 35.1 y 218) (27). Los artículos 10 de la LOGP y 95.3 y 97.3 del Reglamento de 1996 prevén también el traslado de internos por motivos de seguridad o aplicación de medidas disciplinarias, disponiendo que será acordado por la Secretaría General a propuesta de las Juntas de Tratamiento, y se notificará al Juzgado de Vigilancia o la Autoridad judicial de que dependa el interno (28).

El Reglamento de 1996 también prevé los supuestos excepcionales de interrupción del viaje, que el artículo 39 limita a dos: los supuestos en que deba pernoctarse durante la conducción (en cuyo caso se dispone que los conducidos deberán ser alojados, siempre que ello resulte posible, en condición de tránsitos, en otro centro penitenciario, en celdas o dependencias destinadas al efecto, con separación del resto de la población reclusa); y los casos en que la conducción no pudiera llegar a su destino por causa de fuerza mayor (supuesto en el que el Jefe de la fuerza conductora podrá instar la admisión de los reclusos en el centro penitenciario más próximo).

Y, entre otras cuestiones ahora de menor trascendencia, esta norma también regula el régimen de transporte de los efectos personales de los internos sujetos a traslado, como consecuencia obligada de su propio desplazamiento. El artículo 318 dispone para ello, en su primer

---

ría General, con una antelación mínima de treinta días, la oportuna conducción; que, recibida esa comunicación, la Secretaría General recabe la realización de la conducción del órgano correspondiente; y que, una vez asistido al juicio o celebrada la diligencia judicial, el Director del establecimiento propondrá el traslado del interno al lugar de procedencia, salvo que tuviese conocimiento de la existencia de otros señalamientos pendientes o fuese preceptiva su clasificación siendo previsible su destino al propio centro.

(27) En estos supuestos, el procedimiento conlleva los siguientes trámites: La salida de internos para consulta o ingreso, en su caso, en centros hospitalarios no penitenciarios será acordada por la Secretaría General. Acordada la conducción, el Director del establecimiento solicitará al Delegado o Subdelegado del Gobierno o, en su caso, órgano autonómico competente, la fuerza pública que deba realizar la conducción y encargarse de la posterior custodia del interno en el centro hospitalario no penitenciario. En caso de urgencia, según dictamen médico, el Director del establecimiento Penitenciario procederá a ordenar la conducción e ingreso en el centro hospitalario, dando cuenta seguidamente a la Secretaría General.

(28) Las conducciones de presos clasificados en ficheros de internos de especial seguimiento (que se realizan de manera individual, y con estrictos controles, que incluyen cacheos) han generado una especial polémica doctrinal. *Vid.* ZAPICO BARBEITO/RODRÍGUEZ MORO, «La circular F. I. E. S. diez años después: el paradigma de la nueva cultura de la incapacitación», en *Política criminal y reformas penales* (dir. por Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 341 a 392).

apartado, que los reclusos tienen derecho a que la Administración penitenciaria lo realice hasta el peso de 25 kilogramos, en tanto que corresponde al interno asumir el cargo del traslado del material que exceda de ese peso. Además, en su segundo apartado dispone que, en los casos excepcionales en que los presos carezcan de medios económicos que les permitan asumir tales costes, la Junta Económico-Administrativa del Establecimiento penitenciario deberá estudiar medidas que puedan adoptarse para ello, y que deberán ser aprobadas por el centro directivo.

Sin embargo, la experiencia práctica pronto planteó problemas respecto del transporte de elementos frágiles, más fácilmente deteriorables, y por ello generadores de demandas de responsabilidades a la Administración. Por ello, en la Instrucción 6/2005, de 23 de mayo, sobre conducciones de internos, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, además de establecer límites a la posibilidad del traslado de pertenencias de los presos (29), dispuso que «el exceso de equipaje, televisión y los efectos susceptibles de sufrir deterioro no podrán ser trasladados en el vehículo de la conducción. En su caso podrán ser entregados a la persona que designe el interno, previa solicitud o remitido al Establecimiento de destino, contra recibo y conforme establece el artículo 318 del Reglamento Penitenciario». En complemento de esta previsión, la Instrucción 3/2010, de 12 de abril, sobre protocolo de actuación en materia de seguridad, dispuso que los internos deberían ser informados, en el momento en que se les autorizase la adquisición de un televisor, o un ordenador, de que, en el caso de que fuesen trasladados a otro Centro Penitenciario no podrían llevarlo consigo, «pudiendo serle enviado a través de agencia de transporte», y corriendo a su cargo los gastos derivados del mismo, salvo que acreditasen que no disponen de peculio, en cuyo caso se hará cargo la Administración. Finalmente, el Secretario General de Instituciones Penitenciarias emitió la Orden de Servicio 1/2014, de 5 de marzo, por la que se regulan los «procedimientos para la remisión de exceso de equipaje, televisores, ordenadores, efectos susceptibles de sufrir deterioro, así como objetos de valor, alhajas y joyas pertenecientes a aquellos internos que son trasladados a otros Centros Penitenciarios».

---

(29) Uno de peso, consistente en que el equipaje no puede exceder de 25 kilogramos, excepto en el caso de que el traslado se efectúe por vía aérea de más de una hora de duración, en cuyo caso, y por razones de seguridad, el peso máximo del equipaje por interno no podrá superar los 20 kilogramos; y otro de volumen, en cuya virtud el paquete en que se lleven los objetos no debe exceder del tamaño de un bolso de tipo familiar, a cuyos efectos se proveerá a los internos de un saco o similar, con dispositivo de cierre, de material que no suponga riesgo para ellos, los funcionarios o los responsables de la conducción.



La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 657/2018, de 14 de diciembre, dictada en recurso de unificación de doctrina (30), resolvió esta evidente contradicción normativa acordando que, «como regla general, la Administración Penitenciaria debe asumir el coste del transporte del televisor en los supuestos de traslado del interno de establecimiento penitenciario, cuando el total de sus pertenencias, incluido el televisor, no supere el límite de peso fijado (25 kgs), y ello con independencia del carácter forzoso o voluntario del traslado del interno, además de que la Administración asumirá todos los gastos cuando el interno carezca de recursos económicos».

### 3. Sus condiciones materiales

El Reglamento de 1981 solo destinaba a esta cuestión su escueto artículo 85, que preveía que a los internos debía proporcionárseles racionado en frío o, en su defecto, su importe en metálico. Respecto de las demás condiciones materiales de las conducciones, seguía vigente el Decreto 2355/1967, de 16 de septiembre, por el que se regulaban las conducciones de detenidos, presos y penados, que solo fue desarrollada (con carácter de provisionalidad, y ante «la imperiosa necesidad de mejora inmediata de los vehículos que a tal fin venían utilizándose»), por la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, de 6 de abril de 1990, que determinó las especificaciones técnicas a que debían ajustarse esos vehículos, «a fin de garantizar la adecuada prestación del servicio, tanto desde el punto de vista de las indispensables condiciones de seguridad, como en lo que concierne a la necesidad de evitar, en la mayor medida posible, los riesgos e incomodidades que de tales conducciones pudieran derivarse para los propios detenidos, presos y penados».

Esta norma expresamente provisional fue sustituida por la Orden del Ministro de Justicia e Interior de 15 de junio de 1995, por la que se determinaban las especificaciones técnicas que debían reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados, y que rigió durante veinte años. En ella se fijaron las condiciones técni-

---

(30) Analizada por NIETO GARCÍA, «Los gastos de transporte de televisores de internos entre centros penitenciarios a la luz de la regulación administrativa y de la STS 657/2018 de unificación de doctrina», *Diario La Ley*, núm. 9342, 22 de enero de 2019.

cas y de seguridad que, como mínimo, deberían reunir los vehículos destinados a ese transporte, y que distinguía a tal fin entre vehículos de más de nueve plazas –incluido el conductor– que realizasen conducciones interurbanas (cuyas especificaciones se detallaban en su Anexo I), y vehículos que no excediesen de nueve o diecisiete plazas –conductor incluido–, respectivamente en conducciones interurbanas, o si solo realizasen traslados urbanos o de recorrido no superior a los sesenta kilómetros. Se establecía también (art. 2) una cláusula de reconocimiento de los vehículos procedentes de un Estado miembro de las –entonces– Comunidades Europeas, construidos de conformidad con las especificaciones técnicas vigentes en él, siempre que garantizaran condiciones técnicas y de seguridad equivalentes a las previstas en esa Orden.

Con posterioridad, el Reglamento de 1996 determinó los medios con los que pueden realizarse las conducciones, que son esencialmente tres: vehículo adecuado para su transporte por carretera (art. 36.2), incluida la posibilidad de ambulancias –tanto para el ingreso en hospital como por traslado a otro establecimiento penitenciario– (art. 36.4); traslado a cargo de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias que el Director del establecimiento designe entre los que se hallen de servicio (art. 36.3, que remarca su carácter excepcional –«solo en casos de urgencia o necesidad perentoria»–); y desplazamiento por los propios medios de los internos, sin vigilancia, en los casos de penados clasificados en tercer grado, y de aquellos clasificados en segundo que disfruten de permisos ordinarios (art. 37.1, que posibilita que en estos casos la Administración facilite a los internos los billetes en el medio de transporte adecuado). Como previsión complementaria, el artículo 37.2 dispone que los niños serán entregados a sus familiares que estén en el exterior para que se encarguen de su traslado y que, de no ser posible, viajen con sus madres en vehículos idóneos para ello, acompañados por personal o colaboradores de Instituciones Penitenciarias, y con el propósito de «no herir la sensibilidad de los menores».

Finalmente, en esta evolución normativa, se aprobó la Orden INT/2573/2015, de 30 de noviembre, por la que se determinan las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados (*BOE* núm. 290, de 4 de diciembre de 2015), derogando las previsiones de la previa, del mismo título, de 1995. Su justificación estribaba, conforme figura expresamente en su breve Exposición de Motivos, en que, desde entonces, habían «entrado en vigor nuevas normas técnicas, tanto europeas como españolas», y en que, en este periodo de tiempo, se había produ-

cido «un importante desarrollo tecnológico en los materiales, equipos y elementos utilizados para la construcción de vehículos». Todo ello exigiría la revisión de esa normativa, si bien se añadía que ello también resultaba necesario por «la necesidad de conciliar la seguridad activa y pasiva de los vehículos y la seguridad de los traslados, en relación con los detenidos, presos y penados, por una parte, y de los componentes de la escolta, por otra».

Su objeto era establecer «las condiciones técnicas y de seguridad que, como mínimo, habrán de reunir los vehículos destinados al transporte de detenidos, presos y penados, utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», pero resaltando (art. 1) que solo respecto de los que se adquiriesen a partir de su entrada en vigor (lo que se preveía para el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»), pues los vehículos existentes a la entrada en vigor de esta orden podrían seguir en uso hasta su baja definitiva [según disponía la Disposición Transitoria Única de esta Orden (31)].

Y para ello distinguía entre los vehículos cuyo núm. de plazas (incluido el conductor y la escolta) excediese o no de nueve, estableciendo para cada una de esas categorías distintas normas específicas (contenidas en su Anexo II las del primero de esos casos, y en el I las del segundo).

Su contenido es rigurosamente técnico, pues establece básicamente reglas de homologación de los vehículos destinados a este tipo de transporte, desde una previa configuración, a su vez, de los automóviles que pueden ser habilitados para ello (32). No obstante, de su contenido resulta relevante (en orden al examen, que se hará más

---

(31) «La sustitución de estos vehículos por otros de nueva adquisición o su adaptación a lo establecido en los anexos de esta orden, cuando técnicamente sea posible, se realizará dentro de las disponibilidades presupuestarias o de los créditos extraordinarios que se habiliten al efecto, de acuerdo con las prioridades que determinen los órganos competentes».

(32) La norma 3 («Especificaciones generales») del Anexo I establece así que los vehículos que pueden emplearse para el transporte de detenidos, presos o penados, con capacidad de hasta nueve plazas, «corresponderán a la categoría M1, debidamente homologados de acuerdo con el Real Decreto 2028/1986, de 6 de junio, sobre normas para la aplicación de determinadas directivas de la Unión Europea, relativas a la homologación de tipo de vehículos automóviles, remolques y semirremolques, así como de partes y piezas de dichos vehículos, y el Real Decreto 750/2010, de 4 de junio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de vehículos de motor y sus remolques, máquinas autopropulsadas o remolcadas, vehículos agrícolas, así como de sistemas, partes y piezas de dichos vehículos»; en tanto que la norma 3 (con igual denominación) del Anexo II refiere que, en el caso de los vehículos con este destino, con capacidad de más de nueve plazas, han de corresponder a las categorías M-2 y M-3, y estar sujetas a las mismas reglas de homologación.

avanzado este trabajo, de su conformidad o no con las reglas europeas que disciplinan estas conducciones) destacar los siguientes extremos:

*a)* Los vehículos deben ir provistos de climatización que permita mantener una temperatura aproximada en los distintos habitáculos entre 18 y 28 grados Celsius; debiendo existir una renovación de aire en los compartimentos de, al menos, siete litros por segundo y por persona.

*b)* Cada habitáculo (la norma distingue entre el «compartimento de conducción y vigilancia», entendido como el «espacio ocupado por el conductor y los efectivos de la escolta», y el «compartimento de detenidos, presos y penados», que designa el espacio que estos ocupan en el vehículo) «deberá disponer de alumbrado interior suficiente, sin que se produzcan deslumbramientos, ni molesten indebidamente a los demás usuarios de la vía pública. El alumbrado del habitáculo de detenidos, presos y penados debe estar protegido contra agresiones o manipulación, y debe disponer de una intensidad suficiente que permita visualizar todo el interior, tanto a través de la ventana del tabique o puerta de separación, como mediante las cámaras instaladas».

*c)* La separación entre compartimentos debe efectuarse «mediante una estructura con puerta, construida con materiales anti-vandálicos que podrán ser transparentes, para que permitan la visualización de la escolta hacia los detenidos, presos y penados, u opacos, en cuyo caso dispondrá de, al menos, una ventana no practicable».

*d)* La estructura del compartimento de detenidos, presos y penados se regula con la evidente finalidad de impedir fugas mediante la rotura de sus laterales, techo y suelo. Para ello se prevé que los laterales y el techo «deben revestirse mediante materiales de suficiente resistencia», y que el suelo, «independientemente de los materiales que constituyan su estructura, deberá estar provisto de una chapa de acero que, como mínimo, cumpla con la norma UNE-108132:2002». Se establece igualmente que este compartimento debe disponer, al menos, de dos ventanas laterales, pero (por las mismas razones de seguridad) «no practicables, provistas de oscurecimiento para dificultar la identificación visual desde el exterior, con resistencia anti-vandálica y que no pueda pasar una persona a través de ellas». También se regulan sus dimensiones, que al menos han de ser de 12 centímetros en altura y 30 centímetros en longitud.

*e)* Igualmente por las ya citadas exigencias de seguridad, estos vehículos deben estar dotados de dispositivos electrónicos de visuali-

zación «que permitan, en todo momento, a los efectivos encargados de la conducción y vigilancia la observación del habitáculo de detenidos, presos y penados. Dicha observación podrá controlarse visualmente mediante la utilización de cámaras, a través de una o más pantallas instaladas en el habitáculo de conducción y vigilancia. Este sistema de vigilancia grabará las imágenes en un dispositivo de almacenamiento con capacidad suficiente».

f) Los asientos del compartimento de detenidos, presos y penados deben estar constituidos por una estructura metálica, y recubiertos por un material rígido, resistente y fácilmente lavable, con reposacabezas integrado del mismo material. Deben ir colocados en dirección de la marcha, con un sistema de retención homologado que se abra desde el puesto de vigilancia.

g) Se posibilita que, si las dimensiones de los vehículos lo permiten, se les dote de un maletero separado para el transporte de equipaje de los detenidos, presos y penados o equipo policial.

h) Si los vehículos se utilizan en distancias de largo recorrido, deben disponer de un habitáculo de dimensiones adecuadas, destinado a urgencias fisiológicas, cuyos elementos también se detallan pormenorizadamente.

Sin embargo, muchos presos se quejan de las condiciones de habitabilidad, confortabilidad y seguridad de los traslados que se efectúan por carretera, alegando que tienen escasa o nula visibilidad al exterior, e insuficiente iluminación, ventilación, climatización y limpieza, lo que les genera un sentimiento de degradación personal (33).

---

(33) Un preciso relato de estos testimonios, en la perspectiva personal de quienes han sufrido las deficiencias denunciadas, puede verse en RÍOS MARTÍN, «Una mirada sobre la posible reducción del sufrimiento humano en el sistema penal desde claves de política penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extraordinario dedicado al 40 aniversario de la LOGP, pendiente de publicación al cierre del presente trabajo. En términos muy coincidentes se había manifestado el Defensor del Pueblo, *Informes, estudios y documentos. Situación penitenciaria en España*, Madrid, 1988, pp. 97 a 100, denunciaba deficiencias en las condiciones generales de los traslados (sistemas de ventilación inadecuados e insuficientes; condiciones higiénicas limitadas; ausencia de espacio suficiente para el desarrollo de largos desplazamientos); en la organización de los traslados (falta de una adecuada organización y racionalización de los itinerarios); en la coordinación con las Fuerzas de seguridad que deben realizar el traslado (que impiden en ocasiones que los traslados por motivos extraordinarios puedan cumplir tempestivamente su función); y deficiencias que repercuten en la situación procesal de los internos (pues a veces la demora en el traslado impide la presencia del acusado en un juicio).

#### 4. Las competencias de ejecución y control

##### a) Competencia para ordenar los traslados y desplazamientos

El artículo 80 del Reglamento de 1981 establecía que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias era el órgano competente «para decidir con carácter ordinario o extraordinario la clasificación y destino de los reclusos en los distintos Centros Penitenciarios». Por tanto, le competía ordenar los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por los Equipos de Observación o de Tratamiento, o, en su caso, por el Director o la Junta de Régimen y Administración, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que le fueran requeridos por las Autoridades judiciales o gubernativas a cuya disposición se encontrasen.

El Reglamento de 1996 también establece (art. 31, apartados 1 y 2) que el centro directivo tiene competencia exclusiva para acordar, con carácter ordinario y extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio, obviamente, de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en materia de clasificación de los internos, por vía de recurso; y que decide en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección.

Habitualmente, los motivos de estos traslados radican en el buen orden, la seguridad del establecimiento y la protección de funcionarios y reclusos, además de la búsqueda –para cumplir con el principio de vinculación familiar– de una mayor cercanía a los lugares donde estos tienen a sus familias o personas relacionadas (34). El traslado de presos que –en expresión del CPT– «resultan extremadamente difíciles de manejar» ha sido también admitido por la doctrina, si bien recomendando una valoración en términos proporcionales al riesgo planteado (35). Y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

---

(34) Defensor del Pueblo, *Informes, estudios y documentos, op. cit.*, p. 88, denunciaba que «actualmente, se encuentran pocos internos cumpliendo la pena en un establecimiento próximo al lugar donde reside su familia», y que ello genera desarraigo familiar, además de incidir desfavorablemente en la prestación continuada y regular de los servicios sociales locales o autonómicos, en relación con las familias de los internos. De manera coincidente, LÓPEZ MELERO, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, p. 205, considera que si «el cumplimiento de la pena se produce en una prisión alejada del lugar en el que la persona tiene su trabajo, su familia, su residencia, su entorno social, puede dar lugar, incluso, a una desocialización».

(35) VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,

Humanos (como muestra su reciente Decisión de 7 de mayo de 2019) ratifica habitualmente la adecuación al Convenio Europeo de las decisiones de traslado de internos cuando ejecutan una previsión «prevista por la Ley», persigue un «objetivo legítimo» y la injerencia es proporcional a tales objetivos legítimos.

b) *Competencia para realizar las conducciones*

El artículo 32 del Reglamento de 1996 establece que las órdenes de conducción de los reclusos dictadas por la Secretaría General se llevarán a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tengan a su cargo este cometido, sin perjuicio, en su caso, de las competencias de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas.

c) *El control sobre las decisiones de traslado*

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 5 de diciembre de 1986, estableció la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en el control jurisdiccional de los traslados, con exclusión del Juez de Vigilancia Penitenciaria. En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Frente a ello, es criterio unánime de los Jueces de Vigilancia en sus Reuniones, que, si bien la competencia para traslados reside en el Centro Directivo, compete a estos Juzgados el control en la forma de su realización, pudiendo dejarlos sin efecto cuando haya existido fraude, abuso o desviación de poder por parte de la Administración penitenciaria, en virtud de los artículos 76.1 y 2 g) de la LOGP, que les otorga la salvaguarda de los derechos de los internos que cumplen condena, y 106.1 de la Constitución, que prescribe el sometimiento de las actuaciones administrativas al control judicial de su legalidad. De este modo, el Auto 568/98, de 14 de mayo, de la Audiencia Provincial de Madrid, reconoció la competencia del Juez de Vigilancia cuando el traslado afecte a derechos fundamentales (36); y el Auto de 27 de septiembre de 2003, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Ocaña,

---

p. 406, considera que debe considerarse «el impacto negativo que el traslado va a implicar, tanto sobre el preso afectado como sobre el alejamiento de la familia, las redes sociales, la interrupción de programas concretos de actividades, así como las mayores dificultades que todo ello va a implicar en la preparación para la reinserción».

(36) «El Tribunal establece que los recursos contra las resoluciones administrativas que anulan o deniegan los traslados de los internos son los propios de la jurisdicción contencioso-administrativa, con una excepción: cuando esa resolución afecta a los Derechos Fundamentales, en cuyo caso la tutela de los mismos corresponde al

determinó que un Juez puede dejar sin efecto un traslado cuando su finalidad sea ilegítima (si se sustrae a la persona presa de la competencia de un determinado Juzgado encargado de la resolución de petición, queja o recurso presentada por aquella; o si el traslado produce un empeoramiento de la situación del interno respecto de los beneficios penitenciarios, la aplicación del tratamiento o la posibilidad de desempeñar un trabajo en régimen abierto).

Sin embargo, en el particular relativo a las malas condiciones higiénicas, y de seguridad, de los vehículos en que se realizan los transportes, y que han generado numerosas quejas de internos ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no pueden pronunciarse, pues carecen de competencias respecto del control de los traslados de los presos, y tan solo están facultados para «trasladar la queja que recibiera del interno al organismo competente de esos traslados» (Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 332/2018, de 14 de junio, resolviendo un recurso en que el interno planteaba «que los vehículos en el que se realizan los traslados de los internos carecen de las condiciones necesarias, no tiene higiene, huelen mal, no tienen cinturón de seguridad»).

Además, como cláusula de cierre del sistema de garantías (pues permiten activar mecanismos de seguimiento y control de la decisión de traslado), los artículos 52.3 de la LOGP y 41.3 de su Reglamento de 1996 reconocen el derecho de los internos a comunicar inmediatamente a su familia y Abogado su traslado a otro Establecimiento Penitenciario en el momento del ingreso del mismo.

d) *El control sobre los incidentes que se produzcan en el transcurso del traslado o desplazamiento*

Cuestión distinta es la exigencia de responsabilidades a consecuencia de la comisión de infracciones, por los presos o los funcionarios encargados, durante el transcurso de la conducción, que dan lugar a los correspondientes procedimientos penales, por quebrantamiento de condena, resistencia, lesiones, daños o torturas, según los casos (37). La Orden de Servicio 1/2019, de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social de la Secretaría General de Instituciones Peniten-

---

Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme al artículo 76 g) LOGP, y en vía de apelación a las Audiencias Provinciales».

(37) Como, a puro título de ejemplo, muestran las Sentencias 792/2017, de 13 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, y de 13 de febrero de 2018, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España*).



ciarias, estableció que, como el Reglamento Penitenciario de 1996 acota como fines y motivos del régimen disciplinario y de la imposición de sanciones el «garantizar a la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada», y por tanto «solo se considerará infracción susceptible de sanción aquello que atente contra la seguridad y el buen orden regimental», es difícil que ello suceda «si la conducta acaece en el exterior del establecimiento penitenciario».

## V. LAS EXIGENCIAS INTERNACIONALES QUE DEBEN ORIENTAR LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS VIGENTES Y SU EVENTUAL MODIFICACIÓN

### 1. **Las Normas Mínimas para el trato de los reclusos, aprobadas el 30 de agosto de 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Trato de Delincentes**

La Norma 45 se dedica a los traslados de los presos, estableciendo para ello tres reglas generales, en sus distintos apartados, conforme al siguiente detalle:

a) «Cuando los presos sean trasladados hacia o desde una institución, se los expondrá a la vista del público lo menos posible, y se adoptarán las garantías adecuadas para protegerlos de insultos, curiosidades y publicidad de cualquier tipo» (apartado 1).

b) «Se prohíbe el traslado de presos en medios de transporte con ventilación o luz inadecuadas, o por cualquier medio que los someta a sufrimiento físico innecesario» (apartado 2), y

c) «El traslado de los reclusos se llevará a cabo a cargo de la Administración y en condiciones de igualdad para todos» (apartado 3).

### 2. **La Recomendación (2006) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las Normas Penitenciarias Europeas, de 11 de enero de 2006**

La regla 32 de esta Recomendación (38), que sustituye a la núm. (87) 3, sobre el mismo tema, insiste en que, «en el curso de un

---

(38) Estudiada por TÉLLEZ AGUILERA, *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Ed. Edisofer, Madrid 2006, quien echa en falta en p. 87 que esta normativa no contenga previsiones sobre

traslado hacia una prisión o hacia otros establecimientos, como un tribunal o un hospital, los internos deben estar expuestos lo menos posible a la vista pública, y las autoridades deben hacer lo posible por proteger su anonimato». Además, se impone la prohibición del «traslado de internos en vehículos mal aireados o mal iluminados, o en condiciones que impliquen un sufrimiento físico o una humillación evitable». Finalmente, impone que estos traslados estén sufragados por las autoridades públicas, y se realicen bajo su dirección.

### 3. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)

La Asamblea General de Naciones Unidas, en sesión celebrada el 17 de diciembre de 2015 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/70/490)] aprobó su Resolución 70/175, por la que se establecen unas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, rotuladas también como Reglas Nelson Mandela. En relación con los problemas que se suscitan con ocasión de los traslados de los internos, estas Reglas contienen las siguientes cinco referencias de alcance:

a) Que debe prohibirse «el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor» (Regla 47, apartado 1), si bien pueden emplearse «otros instrumentos de coerción física», cuando la ley los autorice y en casos excepcionales, entre los que se cuenta su uso «como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa» (Regla 47, apartado 2). En estos supuestos, la siguiente Regla 48 dispone que deberán observarse los siguientes principios:

a.1) «E emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad»;

a.2) «Optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión»;

---

determinados aspectos que la práctica penitenciaria ha demostrado que son problemáticos, citando en especial «los supuestos en los que la Administración debe costear el transporte de enseres cuando un interno, por razones penitenciarias ajenas a su voluntad, se ve obligado a trasladarse a otro Centro Penitenciario».

a.3) «Y aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad».

Además, y en todo caso, el segundo apartado de esta Regla 48 prohíbe la utilización de instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.

b) Que todo recluso tiene derecho a informar inmediatamente a su familia, o a cualquier otra persona que haya designado como contacto, y entre otros sucesos, de su traslado a otro establecimiento, debiendo recibir «la capacidad y los medios para ejercer ese derecho» (Regla 68).

c) Que, en los traslados de los reclusos, «se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán las disposiciones adecuadas para protegerlos de los insultos y de la curiosidad del público e impedir toda clase de publicidad» (Regla 73, apartado 1).

d) Que se prohíbe «transportar a los reclusos en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les imponga un sufrimiento físico innecesario» (Regla 73, apartado 2).

e) Y que «el transporte de los reclusos se hará a expensas de la administración penitenciaria y en condiciones de igualdad para todos» (Regla 73, apartado 3).

#### **4. La Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios**

Contiene dos referencias vinculadas al objeto del presente estudio. Con carácter más taxativo, «condena la política penitenciaria de alejamiento que aplican algunos Estados miembros, ya que constituye un castigo añadido para las familias de los reclusos; insta a elaborar medidas que permitan el acercamiento de todos los reclusos que estén lejos de sus hogares, salvo si la autoridad judicial se pronuncia en contra por razones justificadas desde el punto de vista legal; recuerda que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recluir a una persona en una cárcel situada tan lejos de su familia que las visitas de los familiares sean muy difíciles o incluso imposibles puede constituir una violación del artículo 8 del CEDH (el derecho al respeto de la vida privada y familiar)» (epígrafe 29); e insiste en la necesidad de mantener a los menores separados de los adultos «en todo momento, incluso durante los traslados penitenciarios» (epígrafe 30).

## 5. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Hay pocas Sentencias de este Tribunal que hayan abordado alguna cuestión de fondo en relación con los traslados, desplazamientos y conducciones penitenciarias, y siempre se han referido a las condiciones materiales de los furgones policiales en que se realizaban. La más reciente (y que recoge muchos de sus planteamientos precedentes) es la de 30 de octubre de 2018 (caso J. contra Estonia), en la que el Tribunal no estimó que las condiciones materiales de transporte del demandante en un furgón policial (por el pequeño tamaño del compartimento –el demandante fue ubicado en un compartimento individual que tenía 0.51 metros cuadrados de suelo– y la falta de un cinturón de seguridad o agarraderas) constituyeran, en ese caso concreto, condiciones inhumanas y degradantes. Para ello, la Sentencia parte de una declaración general, consagrada en su doctrina previa (en la que establece que, «aunque el traslado de presos conlleva inevitablemente ciertas restricciones en comparación con el transporte de personas que no están recluidas, en vista de los posibles riesgos de seguridad, las condiciones básicas para el traslado de presos no deben caer injustificadamente por debajo del estándar mínimo que las autoridades estatales se comprometieron a proporcionar a la población en general») (39) y dos premisas valorativas, igualmente resultantes de su propia jurisprudencia (que «el Estado debe garantizar que una persona esté detenida en condiciones compatibles con el respeto por la dignidad humana, que la forma y el método de ejecución de la medida no lo sometan a angustia o dificultades de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados»; y que, para determinar la existencia de la violación del Convenio denunciada, «el sufrimiento y la humillación en cuestión deben ir más allá del elemento inevitable de sufrimiento y humillación relacionado con la detención»). Por ello, analizando las condiciones concretas de esa conducción [que deben

---

(39) Téngase en cuenta a este respecto que el anexo III de la Directiva 2001/85/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, relativa a las disposiciones especiales para vehículos utilizados para el transporte de pasajeros que comprende más de ocho asientos además del asiento del conductor, que modifica las Directivas 70/156/CEE y 97/27/CEE, establece criterios para las dimensiones de los asientos de pasajeros y espacio para los pasajeros sentados, y en concreto dispone que el ancho mínimo de un asiento debe oscilar entre 40 y 45 centímetros, dependiendo del tipo de autobús (si está construido con áreas para pasajeros de pie o construido principalmente o exclusivamente para el transporte de pasajeros), y que los pasajeros deben tener al menos 70 centímetros de espacio para las piernas.

valorarse en su conjunto, a los efectos de determinar si existe o no un maltrato (40)], el Tribunal desestimó la reclamación, tanto porque «el demandante pasó poco tiempo en el compartimento del furgón», y en una sola ocasión, como porque «la ausencia de un cinturón de seguridad por sí solo no puede dar lugar a una violación del artículo 3».

En sentido opuesto, en sus Sentencias de 14 de diciembre de 2006 (caso «Trariyeva v. Rusia»), 14 de noviembre de 2002 (caso «Mouisiel v. Francia») y 27 de noviembre de 2003 (caso «Hénaf V. Francia»), el Tribunal estimó que constituían tratos inhumanos, en el primer caso, el traslado de un recluso enfermo «en una furgoneta estándar», por un tiempo y un camino que contribuyeron a agravar su dolencia; y, en los otros dos, la sujeción con cadenas o esposas, por mera rutina, y durante una conducción, a un preso que, por su debilidad o enfermedad, no presentaba ningún riesgo de fuga.

## 6. La doctrina del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) (41)

Las condiciones del traslado de presos han sido abordadas por este Comité en varios informes, resultantes de sus visitas periódicas de inspección a diferentes países. Sus criterios más relevantes en esta materia se refieren a los siguientes temas:

a) Medidas de seguridad para los transportados: el Comité recomienda que los vehículos destinados a este transporte dispongan de cinturones de seguridad en los compartimentos para personas detenidas, pues su ausencia representa un peligro para la seguridad (42), así

---

(40) Dice esta misma resolución que «la evaluación de si ha habido una violación del artículo 3 no puede reducirse a solo un cálculo numérico de los metros cuadrados asignados a un detenido», ya que «solo un enfoque integral de las condiciones particulares puede proporcionar una imagen precisa de la realidad para la persona que está siendo trasladada». Entre los criterios que para ello analiza el Tribunal se encuentran la frecuencia y la duración de los viajes, el espacio físico destinado a asiento, si se cumplió con la capacidad de diseño del furgón policial, la oportunidad que tuvieron los presos de hacer ejercicio y tener una comida decente en los días del trayecto, y si los compartimentos estaban mal iluminados y con ventilación insuficiente.

(41) La interesantísima labor de este Comité, que no puedo considerar en el limitado espacio de este artículo, puede apreciarse en CRUZ ROS, *El Comité para la Prevención de la Tortura. Fijación de los estándares para mejorar la protección de las personas privadas de libertad*, Ed. Ene ediciones, Valencia, 2001.

(42) Informes CPT (2002), sobre la visita realizada a Eslovenia del 16 al 27 de septiembre de 2001, y (2017) 1, sobre la visita realizada a los Países Bajos del 2 al 13 de mayo de 2016. El CPT generalmente recomienda que los furgones estén equipados

como agarraderas y barandillas que eviten que los presos pierdan el equilibrio cuando el vehículo se mueva (43).

b) Medidas de habitabilidad del compartimento destinado a los presos: el Comité recomienda que un compartimento de 1.7 m<sup>2</sup> no debe alojar a más de cuatro presos, y valora que los compartimentos individuales de 0.4, 0.5 o incluso 0.8 metros cuadrados no son adecuados para transportar a una persona, independientemente de su duración (44).

## VI. VALORACIÓN FINAL

La LOGP ha propiciado un relevantísimo cambio de mentalidad en la realización de los traslados, desplazamientos y conducciones penitenciarias, pues ha incorporado el valor «dignidad» y los derechos de los internos como principios orientadores de su ejecución, al mismo nivel formal (y a mi juicio en prioridad valorativa) sobre «la seguridad de la conducción», que durante varios siglos fue el único criterio rector para ello. Además, ha optado por no priorizar los condicionantes económicos que se precisan en esa gestión, y que también han inspirado muchas decisiones históricas en esta materia.

La precisa determinación normativa de los supuestos que justifican un traslado o desplazamiento, la asignación concreta de las competencias para su adopción y ejecución, y la existencia de mecanismos judiciales de control de todo ello (en vía contencioso-administrativa, o por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria) son mecanismos adecuados para impedir (y, en otro caso, para reprimir) la utilización de los traslados como sanciones encubiertas.

En estos ámbitos principales y competenciales, la LOGP y su normativa de desarrollo cumplen satisfactoriamente todas las exigencias y recomendaciones que los organismos internacionales han ido estableciendo respecto de las conducciones penitenciarias.

No obstante, la situación actual presenta algunas disfunciones que deben ser corregidas. A nivel formal, no se entiende que la normativa vigente simplifique las referencias a sus contenidos en esta materia reduciéndolos a las expresiones «los traslados» (art. 18 LOGP) o

---

con asientos y accesorios adecuados que eviten que los reclusos pierdan el equilibrio cuando un vehículo se mueve.

(43) Informe CPT (2002), sobre la visita realizada a Eslovenia del 16 al 27 de septiembre de 2001.

(44) Informe CPT (2002), sobre la visita realizada a Eslovenia del 16 al 27 de septiembre de 2001.

«conducciones y traslados» (rótulo del Capítulo III del Título II del Reglamento vigente), cuando en su desarrollo se regulan diferentemente traslados, desplazamientos y conducciones. De manera semejante, no tiene sentido ya que esta normativa siga refiriéndose, como destinatarios de tales actividades, a «detenidos, presos y penados», cuando la Administración penitenciaria carece de competencias sobre personas detenidas, y la voz «presos» no designa unívocamente a los preventivos, de modo que pudiera emplearse dicotómicamente junto a «penados». Los conceptos «presos» y «recluidos» son mucho más precisos, a mi juicio, para designar a las personas que pueden ser trasladadas, desplazadas o conducidas.

Y también se siguen produciendo graves déficits de cumplimiento de las previsiones nacionales e internacionales respecto a las condiciones materiales de las conducciones. La ausencia en casos determinados de cinturones de seguridad, y los problemas, igualmente esporádicos, de higiene en los vehículos son defectos fácilmente superables. Tampoco debería ser costoso mejorar la organización de los centros, para evitar la reubicación en departamentos de ingresos de los internos que van a ser conducidos, y corregir los numerosos casos en que, por la anticipación o retraso del traslado o desplazamiento, pierden la posibilidad de realizar alguna de las comidas en el Centro Penitenciario, o incluso de ducharse. Más costoso, pues implica reformas materiales de mayor calado, es corregir los problemas (más significativos en la práctica cotidiana de estos transportes) de ausencia de luz y espacio suficiente, sobre todo en los viajes largos, que han ocasionado serios problemas de claustrofobia en algunos internos.

Pero el principio de dignidad que instauró la LOGP en esta materia, hace ya cuarenta años, y tras un periplo histórico tan complejo y esforzado, nos sigue obligando a mejorar.

# La Ley Orgánica General Penitenciaria 40 años después

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Castilla-La Mancha

## RESUMEN

*El 40 aniversario de la Ley penitenciaria es un buen momento para reflexionar si es o no necesaria una nueva Ley. El presente trabajo realiza un recorrido por las modificaciones llevadas a cabo en la Ley y por los intentos de reforma para, finalmente, proponer algunos cambios necesarios en el texto de la Ley como consecuencia del tiempo pasado desde su aprobación.*

Palabras clave: *sistema penitenciario; ley penitenciaria; proyectos de reforma; propuesta de modificaciones.*

## ABSTRACT

*The 40 Anniversary of the prison legislation is a good time to reflect whether or not a new Law is necessary. The present work takes a tour of the modifications carried out in the Law and by the attempts of reform to finally propose some necessary changes in the text of the Law as a result of the time passed since its approval.*

Key words: *Penitentiary System; prison legislation; reform projects; legal changes.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los «leves» retoques dados.–III. Los intentos de reforma.–IV. ¿Es necesaria una nueva Ley Orgánica General Penitenciaria?



## I. INTRODUCCIÓN

Hace ya cuarenta años que fue aprobada la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP), primera Ley Orgánica que desarrolló la Constitución española de 1978. En efecto, un año después, en 1979, se aprobaba por todos los grupos parlamentarios en las Cortes la LOGP que vino a «pacificar» el mundo penitenciario tras los conflictos que habían tenido lugar en las prisiones surgidas de la transición.

La existencia de presos políticos era la prueba más palpable de la represión y la ausencia de libertades que se daban en España, por lo que estos fueron los destinatarios de intensas campañas de apoyo y denuncia de su situación, cuando no los propios protagonistas de huelgas de hambre, plantes o cartas colectivas. Mientras los presos comunes eran testigos de excepción de la movilización ciudadana en defensa de sus compañeros. Como narra Bueno Arús, las razones de la crisis de 1977 fueron complejas. De un lado, las expectativas de libertad y las exigencias de los derechos fundamentales que generó el estrenado régimen democrático. De otro lado, las malas condiciones físicas de los establecimientos, la inexistencia de tratamiento, el deterioro de la disciplina, la sindicación clandestina de los internos, la impotencia de los funcionarios y el sentimiento de discriminación originado por la concesión de amnistías a los delincuentes políticos que no beneficiaron en cambio a los delincuentes comunes responsables de infracciones de menor gravedad (1).

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. Tras estos graves sucesos, el 29 de julio se publicó el Real Decreto 2273/1977, por el que se modificaba el Reglamento de Instituciones Penitenciarias y un año después, en 1978, se comenzó a

---

(1) BUENO ARÚS, «La reforma de la Ley y del Reglamento Penitenciarios», en *Eguzkilore*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 7, 1993, p. 30.

trabajar en la creación de la futura LOGP bajo la dirección del entonces Director General, D. Jesús Haddad Blanco, y con los objetivos de hacer frente a los numerosos conflictos latentes en el interior de la prisión y solventar las graves deficiencias que sufría nuestro sistema penitenciario. El motín de Carabanchel fue el desencadenante de una consecución fatídica e incontenible de hechos violentos (2). El 14 de marzo de 1978 muere, tras una agresión a manos de funcionarios de prisiones, Agustín Rueda, militante anarquista, que había cavado un túnel en la prisión de Carabanchel con intención de fugarse y que fue descubierto el 13 de febrero de ese año. La violencia más cruel se manifestó también el 22 de marzo de 1978, martes santo, cuando miembros de los GRAPO asesinaron en la puerta de su casa, a la vista de su familia, a D. Jesús Haddad, Director General de Prisiones, que ya había puesto en marcha la Comisión redactora.

Tras este terrible hecho, D. Carlos García Valdés (3) aceptó el cargo de Director General de Instituciones Penitenciarias y continuó la labor de su predecesor en la reforma del sistema penitenciario y en la creación del Anteproyecto de la LOGP, cuya redacción se hizo de manera paralela a la elaboración de los trabajos preparatorios de la Constitución. El primer objetivo fue devolver el orden a las prisiones e implantar unas condiciones óptimas para la vida de los internos, a la vez que se recuperaba el prestigio social de la institución penitenciaria. El 13 de abril de 1978, García Valdés promulgaba la primera Circular en la que se concedían algunas de las peticiones solicitadas por los internos: supresión de la censura en libros o prensa, despenalización de las huelgas de hambre y las autolesiones pacíficas, respeto al físico de los internos y la autorización a utilizar dinero de libre circulación exterior, entre otras.

En el Preámbulo del Proyecto de Ley General Penitenciaria se puede leer: «La necesidad de una Ley general penitenciaria en nuestro

---

(2) *Vid.* más extensamente, ADÁMEZ CASTRO, «Formación y evolución del Derecho Penitenciario moderno», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 258, 2015, pp. 67 ss.

(3) *El País* de 31 de marzo de 1978, bajo el título «una acogida unánime», señalaba: «En medios relacionados con las instituciones penales y judiciales, el nombramiento de Carlos García Valdés ha sido acogido con entusiasmo, al menos entre los sectores más progresivos, que han hecho saber a *El País* la agradable sorpresa que supone el nombramiento de la persona idónea, la que tanto los penalistas como los familiares y amigos de los presos comunes hubieran elegido. Han hecho hincapié estas fuentes en la intachable trayectoria política, el arrojo de que ha hecho gala Carlos García Valdés y la capacidad profesional para un puesto para el que está sobradamente preparado. Se han hecho eco asimismo de su independencia demostrada y de su honestidad pública y conocida».

ordenamiento había sido puesta de relieve desde hace largo tiempo por la doctrina, al no constituir el Código penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para una regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, y al no revestir las normas reglamentarias la fijeza que demanda la consagración positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos (...)), para añadir en el tercer párrafo: «Las prisiones son un mal necesario y, no obstante, la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo» (4).

Como recuerda el propio García Valdés, en los trabajos de elaboración se tuvieron en cuenta las más modernas tendencias del penitenciarismo mundial, a la vista de las posibilidades reales de las ciencias criminológicas. Su normativa está informada por las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, los Pactos Internacionales sobre derechos humanos, las leyes penitenciarias de los países más avanzados y el Anteproyecto de la Constitución Española (5).

La Ley fue elaborada en poco tiempo, de enero a mayo de 1978, y aprobada por unanimidad apenas un año después de la aprobación de la Constitución española. La votación final sobre el conjunto de la Ley General Penitenciaria –que requería mayoría absoluta de votos afirmativos, esto es, 176–, obtuvo 284 votos favorables, ninguno en contra y dos abstenciones. Tras varias Circulares, la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre, se publicó en el BOE de 5 de octubre de 1979.

García Valdés, padre y artífice de dicho texto, se impuso nada más tomar posesión de su cargo, las siguientes tareas: pacificar las prisiones, muy convulsionadas durante la transición, consensuar un texto legal definitivo y comenzar a dotar a la Administración del ramo de los medios que lograran el propósito de desarrollarlo (6). Las tres tareas se saldaron con éxito.

Entre las cosas dignas de elogio de la Ley recién promulgada, destaca García Valdés las siguientes: el establecimiento de unos principios generales como frontispicio de la norma, la separación entre régimen y tratamiento y la aparición de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Todo parte de una reflexión que figura en la propia

---

(4) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 148, de 15 de septiembre de 1978, p. 3201.

(5) GARCÍA VALDÉS, *Derecho penitenciario (escritos 1982 – 1989)*, Ministerio de Justicia, 1989, p. 251.

(6) GARCÍA VALDÉS, «Breve historia del Derecho penitenciario español», en De Vicente Martínez (Dir.) *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 25.

Exposición de Motivos: las prisiones son un mal necesario y toda la filosofía del texto responde a ese postulado (7). La Ley ponía en funcionamiento un sistema considerado ejemplar en nuestro círculo cultural, tendente a la reeducación y la reinserción social de los condenados y que se basaba en el respeto a los derechos humanos enmarcados en la relación jurídica-penitenciaria.

La LOGP no solo fue la primera de las Leyes Orgánicas que se promulgaron con carácter estatal, sino que además fue la primera vez en España que la materia penitenciaria en su conjunto se regulaba por una Ley y no por una Ordenanza o un Reglamento, adquiriendo de esta forma el reconocimiento de que la normativa penitenciaria incide sobre los derechos fundamentales de la persona (8).

La LOGP tiene una triple importancia: en primer lugar, la histórica, ya que desde que en 1849 se publicara la Ley de Prisiones, no había vuelto a promulgarse ninguna otra ley reguladora del ámbito penitenciario. Por otro lado, la importancia política de la LOGP, que radica en el consenso mostrado por los grupos parlamentarios y en la unanimidad con que fue aprobada en el Congreso y en el Senado. Por último, es fundamental la importancia jurídica, porque aporta los razonamientos en que se apoya la autonomía de este sector del Derecho penal, al disponer de unos elementos diferenciales del resto, esto es, la ejecución de la pena privativa de libertad como objeto de la LOGP y la autonomía jurisdiccional con el Juez de Vigilancia Penitenciaria (9).

## II. LOS «LEVES» RETOQUES DADOS

Tras 40 años de vida la Ley Orgánica General Penitenciaria apenas ha sufrido modificaciones. Hasta el momento tan solo ha sido modificada en cuatro ocasiones (10) y en tres de ellas las modificaciones fueron de «baja intensidad».

---

(7) GARCÍA VALDÉS, «Breve historia del Derecho penitenciario español», ob. cit., p. 27.

(8) Cfr. BUENO ARÚS, «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 252, 2006, p. 19.

(9) Vid. GARCÍA VALDÉS, «Derecho Penitenciario Español: notas sistemáticas», en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Universidad de Alcalá de Henares, 1985, p. 37.

(10) Sobre estas reformas Vid. más ampliamente ANDRÉS LASO, *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 355 ss.

En primer lugar, en 1995. La Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, sobre modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, reducía la edad máxima de mantenimiento de los niños en prisión junto a sus madres de seis a tres años, introducía las llamadas comunicaciones de convivencia en su artículo 38.3 y otorgaba la misma licencia por maternidad a las madres trabajadoras internas que a la madres trabajadoras en libertad, y, por tanto, se pasó de la previsión de las seis semanas anteriores al parto más ocho posteriores al alumbramiento previstas en la redacción anterior del precepto, al régimen general de dieciséis semanas ininterrumpidas o dieciocho en caso de parto múltiple, distribuyéndose a opción de la madre con la única salvedad de que al menos seis semanas fuesen posteriores al parto.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica de 1995 se puede leer: «El artículo 38.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé que las internas puedan conservar consigo a sus hijos hasta alcanzada la edad de escolarización obligatoria.

En los últimos años se ha incrementado el número de mujeres reclusas, pasando entre 1980-1994 de 487 a 3.997, lo que representa un incremento del 800 por 100. La mayoría de estas mujeres tienen entre veintiuno y treinta y cinco años de edad, siendo la media de treinta y dos años, lo cual aumenta la posibilidad de que haya niños en prisión. En la actualidad permanecen con sus madres reclusas 221 niños, de ellos el 83 por 100 menores de tres años y solo el 17 por 100 de más edad.

El legislador hizo en su momento un esfuerzo importante para facilitar la vida de los niños en las prisiones. Sin embargo, esta posibilidad de permanencia del niño en el interior del centro hasta la edad de seis años puede llegar a comportar graves disfuncionalidades en su desarrollo emocional y psicológico, dado que se hace consciente de la privación de libertad que afecta a su madre y vincula la conformación de su personalidad inicial a tal hecho.

Cierto es que, lejos de cualquier confrontación, debe buscarse un sistema de equilibrio que permita la correlación de los derechos de la madre y los del hijo, pero no menos cierto resulta que ha de darse –en último caso– una prevalencia natural de los inherentes a la parte más débil, por cuanto que sobre ésta el ordenamiento jurídico debe ejercer una especial protección. Por otra parte, los cambios en la organización del sistema educativo permiten la escolarización de los niños a partir de los tres años y los servicios sociales de atención a la infancia abren la posibilidad de formas de vida más adecuadas para su desarrollo. Por todas estas razones los países de nuestro entorno han reducido ya el tiempo de permanencia de los niños con sus madres presas.

Estas consideraciones, junto con el ya experimentado incremento de la población penitenciaria femenina y la previsible evolución de la misma en los próximos años, aconsejan impulsar una reforma del citado precepto tendente a reducir el tiempo máximo de permanencia del niño en el establecimiento penitenciario, demanda esta que viene siendo requerida de modo coincidente desde ámbitos amplios y diversos.

Igualmente, parece conveniente incluir una expresa orientación para que la Administración penitenciaria promueva los convenios necesarios con entidades públicas y privadas a fin de dotar de un mejor soporte institucional y social a las internas con hijos y de facilitar el mejor desenvolvimiento de la relación materno-filial dentro de las especiales circunstancias que se derivan del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Por último, los cambios en la protección por maternidad hacen necesario que las internas embarazadas puedan disfrutar del mismo período de descanso que el resto de las mujeres. De ahí que se proponga la ampliación del tiempo en que se las exime del trabajo a lo previsto en la legislación laboral».

La Ley Orgánica 13/1995 daba una nueva redacción a la letra e) del apartado uno del artículo 29 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que quedaba redactada como sigue:

«e) Las mujeres embarazadas durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de excepción se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto».

Asimismo, daba una nueva redacción al apartado dos del artículo 38 que quedaba con la siguiente redacción:

«Dos. Las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil.

La Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad».

Y se añadía un apartado tres al artículo 38, con la siguiente redacción:

«Tres. Reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos».

En segundo lugar, en 2003. En este año se aprobaron tres modificaciones a la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Primera modificación: 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, para incluir la posibilidad de colaboración con los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en la competencia de visitas a los establecimientos penitenciarios por parte del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional. A partir de la reforma el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria puede recabar el auxilio de los Jueces de Vigilancia del lugar en que radique el establecimiento que haya de ser visitado por aquel.

Como señalaba la Exposición de Motivos «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».

La Ley Orgánica 5/2003, además de las modificaciones introducidas en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, modificaba la redacción originaria del artículo 76, apartado 2, párrafo h) de la Ley Orgánica General Penitenciaria en los siguientes términos:

«h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el

auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado».

Segunda modificación: La Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, sobre el acceso de los internos a la enseñanza superior y que modifica el artículo 56 que atribuye a la Administración la organización de las actividades educativas, culturales y profesionales. A partir de su entrada en vigor los estudios realizados por los internos son canalizados preferentemente por la UNED.

Como resalta la Exposición de Motivos: «La experiencia y la aplicación práctica de esta normativa durante más de dos décadas aconsejan introducir algunas modificaciones concretas en ella, en línea con lo ya establecido en el artículo 124 del Reglamento Penitenciario, al objeto de precisar las condiciones y garantías de los internos en el acceso a la enseñanza universitaria, de forma que, sobre la base de las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario, se aseguren las condiciones de calidad inherentes a este tipo de enseñanzas».

El artículo 56 queda redactado como sigue:

«1. La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes.

2. Para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración penitenciaria suscriba, previos los informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes, los oportunos convenios con universidades públicas. Dichos convenios garantizarán que la enseñanza se imparte en las condiciones y con el rigor y la calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario. La alteración del régimen y estructura de la enseñanza o de la asistencia educativa a los internos prevista en los convenios aludidos, así como cualesquiera otras modificaciones, prórrogas o extensión de aquellos a nuevas partes firmantes o sujetos, deberán ser autorizados por la Administración penitenciaria.

En atención a la movilidad de la población reclusa y a la naturaleza no presencial de los estudios a los que se refiere este artículo, los convenios aludidos en el párrafo anterior se suscribirán, preferentemente, con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. No obstante, las Administraciones penitenciarias competentes podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito en los términos establecidos en el párrafo anterior».



Añadiendo la Disposición transitoria única. Régimen de los convenios vigentes: «Tras la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, solamente producirán efectos los convenios suscritos con anterioridad a la misma por la Administración penitenciaria, que, en todo caso, deberán adaptarse a lo dispuesto en esta ley en un plazo no superior a un mes.

La Administración penitenciaria informará a los internos de todos los requisitos necesarios para que puedan trasladar sus expedientes académicos a las universidades con las que aquella tenga suscrito un convenio ajustado a esta ley y que surtirán efectos a partir del curso 2003-2004».

Tercera modificación: La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que instaura el denominado «periodo de seguridad» y establece una serie de nuevos requisitos para acceder al tercer grado penitenciario. La Ley Orgánica 7/2003 introduce dos nuevos apartados en el artículo 72 de la LOGP, en cuya virtud la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por la Ley, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito (11) y que muestre signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo.

Como indica la Exposición de Motivos: «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

---

(11) Sobre la responsabilidad civil derivada del delito, *Vid.* los recientes trabajos de SOLAR CALVO, «¿Es correcta la exigencia de la responsabilidad civil en el medio penitenciario? La implementación de la STS 53/2018, como justa oportunidad para el cambio», en *Legaltoday*, de 5 de febrero de 2019; ARRIBAS LÓPEZ, «Pago de la responsabilidad civil derivada del delito, libertad condicional y régimen abierto penitenciario», en *La Ley*, núm. 9378, 2019.

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.

En el segundo apartado, la clasificación en el tercer grado penitenciario en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales exige que los terroristas hayan satisfecho su responsabilidad civil en los términos del apartado anterior, así como que hayan abandonado la actividad terrorista y hayan colaborado activamente con las autoridades para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo».

Los nuevos apartados, el 5 y el 6, del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, tienen la siguiente redacción:

«5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades».

Como relata García Valdés «la inmediata y consecuente respuesta social y de los medios de comunicación a la LOGP se puede calificar como excelente. No hubo editorial ni artículo firmado que no abogara por la bondad de la norma. Ni grupo profesional competente que no dejara de entender el trascendente paso dado en lo relativo a la humanización de nuestro sistema carcelario, a su avance democrático, en definitiva. Su vigencia actual, con apenas retoques, parece confirmarlo» (12).

### III. LOS INTENTOS DE REFORMA

Las escasas reformas no han supuesto más que leves retoques en una Ley que, como afirma Téllez Aguilera, ha permanecido, así, casi intacta. Y ello se explica porque la evolución experimentada por nuestro Derecho Penitenciario lo ha sido no en la letra de la Ley sino en el del Reglamento (13).

---

(12) GARCÍA VALDÉS, «La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia», en *La Ley Penal*, núm. 56, 2009, p. 8.

(13) TÉLLEZ AGUILERA, «La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 2006, p. 377.

No obstante, ha habido algunos intentos de reformar nuestra Ley penitenciaria. En 2004, tras 26 años de vigencia de la LOGP, era elaborado por una Comisión de expertos, presidida por D. Carlos García Valdés, un Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, que fue entregado el 6 de junio de 2005, con la finalidad de dar respuesta a las modificaciones y exigencias surgidas desde la publicación de la misma en 1979. No era intención del Gobierno cambiar drásticamente una Ley que, vigente ya durante 26 años, no había necesitado ninguna modificación esencial para seguir cumpliendo su papel de guion de actividades para las Administraciones y funcionarios penitenciarios y el estatuto de los derechos y deberes de los internos, junto con las garantías de su cumplimiento, entre la cuales destacaba la implantación de la Jurisdicción de Vigilancia. No obstante, dado el tiempo transcurrido, era por lo menos conveniente realizar una nueva lectura de la LOGP para actualizar su contenido, añadiendo o suprimiendo lo que durante años se hubiera revelado que faltaba o sobraba, teniendo en cuenta la experiencia penitenciaria, los cambios doctrinales y las nuevas tendencias de las instancias internacionales (14).

Los fines pretendidos por este intento de reforma quedaban claramente expuestos en la Exposición de Motivos: «Reafirmando la vigencia de sus principios inspiradores, de las finalidades que persigue, de los instrumentos que articula y, en general, de su utilidad para la regulación de la vida penitenciaria española, se ha efectuado un proceso de relectura de esta Ley para incorporar en ella los últimos avances de la Ciencia Penitenciaria, pero también para ratificar la vigencia del principio de legalidad respecto de aquellos ámbitos en los que la práctica penitenciaria, y también el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprobó el Reglamento Penitenciario, han ido abriendo, en los últimos tiempos, caminos útiles, pero no imaginados por el Legislador de 1979».

Los principales hitos de este Anteproyecto eran básicamente: la eliminación de la labor asistencial de la Administración Penitenciaria a los liberados; el deber de los internos de comunicar cualquier incidencia que pudiera suponer un peligro para la vida o la salud; mantener una higiene y aseo adecuados, la celda ordenada y limpia y los objetos cuidados; la regulación básica de los ficheros penitenciarios para dar cobertura a los FIES; la reducción de la clasificación de los establecimientos en ordinarios y especiales. Los primeros se concebían como centros polivalentes y los especiales son establecimientos donde prevalece el carácter asistencial; la cobertura legal a las Unida-

---

(14) *Vid.* BUENO ARÚS, «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *ob. cit.*, p. 27.

des Dependientes para internos en tercer grado; la prohibición de cumplir la pena de localización permanente en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal de detenidos; la inclusión de los Centros de deshabitación y los Centros educativos especiales; la ampliación de las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria al atribuirseles la labor de aprobación de la excarcelación de los internos por libertad condicional o licenciamiento definitivo; la división del régimen disciplinario en dos secciones: la primera bajo la rúbrica «Del régimen disciplinario» en sí mismo y la segunda «De los medios coercitivos»; nuevo catálogo de infracciones y sanciones que incluye, por ejemplo, la nueva sanción consistente en la pérdida del puesto de trabajo o destino e imposibilidad de obtener uno por un plazo máximo de dos meses; el aumento de la población penitenciaria extranjera hacia necesario la introducción de nuevas técnicas que permitieran la comunicación con estos internos por ello el artículo 49 establecía que se facilitará a los internos extranjeros la información sobre sus derechos y deberes en el idioma que les sea comprensible.

Por otro lado, el Anteproyecto trataba de desvincular los aspectos tratamentales de la clasificación penitenciaria en grados, modificando la rúbrica del Título III que pasaba a denominarse «Del tratamiento y la clasificación penitenciaria». Respecto a la definición de tratamiento, se pretendía sustituir la acepción clínica de carácter estricto que todavía hoy permanece en la LOGP (15).

El Anteproyecto finalmente no vio la luz por lo que hubo que esperar a 2018 para asistir a otro nuevo intento de modificación de la LOGP, pero, en este caso, parcial.

En abril de 2018, el Grupo Parlamentario Popular presentaba la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, para el reconocimiento del carácter de Agentes de la Autoridad a los funcionarios de cuerpos penitenciarios en el ejercicio de sus funciones. La Proposición fue aprobada con 254 votos a favor de la modificación, 73 votos en contra y 17 abstenciones. El alcance de la reforma afectaba a un solo precepto de la LOGP, en concreto a su artículo 80, en el que se hace referencia a los funcionarios. Como dice la Exposición de Motivos: «Por una parte, se modifica su apartado 2, a efectos de incluir en el ámbito de las funciones de dichos funcionarios el reconocimiento de los mismos como agentes de la autoridad, a todos los efectos legales. E, igualmente, se añade un nuevo párrafo en el que se hace remisión al Código Penal, a fin de solucionar cualquier tipo de incidente que derive en atentado que

---

(15) *Vid.*, más extensamente en RODRÍGUEZ YAGÜE, *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 162 ss.

ponga en peligro grave la integridad física de los funcionarios penitenciarios, de idéntica forma a lo que actualmente está regulado para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por otra parte, se añade un nuevo apartado –el quinto– al artículo 80 referido, con objeto de incluir –en la misma línea que también se contempla para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad– medidas específicas de internamiento para los funcionarios penitenciarios que deban cumplir condena en centros penitenciarios ordinarios.

En definitiva, la modificación contemplada pretende reforzar uno de los pilares básicos del sistema penitenciario, que son los funcionarios de prisiones, razón por la cual se hace preciso abordar esta cuestión con carácter urgente.

Disponer de un colectivo de funcionarios penitenciarios que cuente con prestigio social, con reconocimiento institucional a su labor y con respaldo legal a su autoridad es condición esencial para avanzar en un sistema penitenciario de calidad que dispense a la sociedad española un servicio público altamente eficaz» (16).

El artículo 80 pasaba a tener la siguiente redacción:

«1. Para el desempeño de las funciones que le están encomendadas, la Administración penitenciaria contará con el personal necesario y debidamente cualificado.

2. Los funcionarios penitenciarios tendrán la condición de funcionarios públicos, con los derechos, deberes e incompatibilidades regulados por la legislación general de funcionarios civiles de la Administración del Estado.

En el ejercicio de sus funciones se atenderá al principio de imparcialidad política, de conformidad con las normas constitucionales y el Estatuto Básico del Empleado Público. Teniendo a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad y pudiendo identificar tal condición por su número de registro profesional, en procesos administrativos y judiciales que sean consecuencia de su actividad profesional. Los informes que emitan tendrán presunción de veracidad, en los mismos términos que otros agentes que ostenten esta condición.

Cuando se cometa delito de atentado que pueda poner en peligro grave la integridad física de los funcionarios penitenciarios que se hallen en el ejercicio de sus funciones, o con ocasión de ellas, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de Autoridad.

3. La selección y, en su caso, la promoción profesional de los funcionarios penitenciarios se ajustarán a los mismos procedimientos

---

(16) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, núm. 249-1, de 20 de abril de 2018, pp. 3 y 4.

establecidos en el Estatuto de la Función Pública y normas que lo desarrollen.

4. Antes de iniciar su actividad, los funcionarios penitenciarios deberán recibir la formación específica, tanto teórica como práctica, en el Centro oficial adecuado que reglamentariamente se determine.

5. En los procedimientos penales seguidos contra funcionarios penitenciarios se garantizará su separación del resto de los detenidos, en caso de detención, y en el supuesto de ser ingresados en prisión y en los traslados bajo custodia, se realizarán con separación de otros reclusos; con el fin de salvaguardar su integridad física».

En la presentación de la iniciativa el señor Martín-Toledano Suárez dijo: «hoy traemos a debate la aceptación de la tramitación de una proposición de ley del Grupo Popular que tengo que calificar como proposición histórica, porque viene a reconocer los derechos como agentes de la autoridad de los funcionarios de prisiones, que ha sido una reclamación histórica de este colectivo y que nunca nadie antes había presentado como una proposición de ley, sino como meras PNL, meras sugerencias o meras preguntas. (...). Creo que nos acompañan algunos representantes de los funcionarios de prisiones y los quiero saludar, porque esta proposición de ley es también en gran parte suya. El Grupo Popular se ha reunido con todos ellos en numerosas ocasiones, también todos nuestros diputados se han reunido en todas las provincias y hemos considerado que era imprescindible atender esta reivindicación histórica porque se estaba produciendo una situación de inseguridad laboral dentro de los centros penitenciarios. Con esta proposición, si no se entorpece su tramitación y puede ser aprobada rápidamente, tendrán una mayor protección ante las agresiones.

Quiero decir que lo que proponemos es una modificación puntual de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en concreto del artículo 80, y se hacen cinco modificaciones. La primera es que se les reconoce a los funcionarios de prisiones a todos los efectos como agentes de la autoridad, exactamente igual que Policía Nacional y Guardia Civil. La segunda es que a los funcionarios de prisiones, en un expediente administrativo, en una declaración judicial, podrán ser identificados por su número profesional y no por su nombre y apellidos. La tercera es que además sus informes tendrán presunción de veracidad, igual que los del resto de los agentes. La cuarta es que si sufren una agresión grave, esa agresión será tramitada como delito a la autoridad, exactamente igual que Policía Nacional y Guardia Civil. Y la quinta es que, al igual que Guardia Civil y Policía Nacional, si tienen una condena penal, en su ingreso en prisión estarán separados del resto de los internos, así como en los traslados que se produzcan desde los centros de deten-

ción al juzgado o a cualquier centro médico; para garantizar su seguridad física, estarán separados en todo momento del resto de los internos.

Hay que reconocer el trabajo importante, esencial, de los funcionarios de prisiones. Creo que la población española no conoce suficientemente la importancia del trabajo de los funcionarios de prisiones, que tienen una tarea esencial dentro de lo que es un buen funcionamiento del Estado de derecho. ¿Por qué? Porque no solo se limitan a custodiar a las personas que han ingresado en prisión, sino que también tienen una tarea esencial en la reinserción social de los penados, y quiero insistir en que esta tarea no es suficientemente conocida y valorada por los ciudadanos españoles, que la desconocen. Espero que hoy no se produzcan declaraciones de algunos grupos que en intervenciones anteriores, cuando han hablado de los funcionarios de prisiones, han sembrado una duda sobre todos ellos, como si fueran personas que sistemáticamente vulneraran los derechos de los internos, incluso se les ha llegado a calificar en esta Cámara, en Comisión, de torturadores; espero que esas declaraciones no se produzcan porque el Grupo Popular no lo va a tolerar. (Aplausos). Vamos a defender a los funcionarios de prisiones de esos ataques e injurias que se producen contra los empleados públicos que trabajan en las prisiones españolas.

Insisto en que el Grupo Popular valora muy positivamente que esta proposición de ley pueda salir adelante con el concurso de todos los grupos. Es importante y el Grupo Popular se siente muy orgulloso de haber sido nuevamente el que resuelva una reclamación histórica. Pasó con la equiparación salarial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y ahora vuelve a ocurrir con el reconocimiento como agentes de autoridad de los funcionarios de prisiones. Señorías, el Grupo Popular solicita que todos los grupos colaboremos en algo tan sencillo. No se trata de una modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria en otros aspectos –que puede ser necesaria su modificación–, sino solamente de reconocer a los funcionarios de prisiones como agentes de la autoridad. No interrumpamos, no creemos demasiados problemas, pues están esperando que se apruebe rápidamente porque es una garantía más en su trabajo. Esta proposición de ley es una garantía laboral para los funcionarios de prisiones, que tienen una tarea difícil, ya que tratan con ciudadanos que han sido condenados y parte de ellos –no todos, pero sí parte de ellos– tienen un agravante de cierta violencia; no han ingresado voluntariamente y algunos han sido condenados a penas complicadas, difíciles, también tienen que tratar con terroristas yihadistas, personas que están radicalizadas. Por tanto, merecen una protección adicional.



Es cierto que esta no es su única reivindicación, pero esta es una de las principales y es una reivindicación histórica. Y esta proposición no la presenta el Grupo Popular desde la oposición, sino que fue registrada hace cuatro meses, cuando estábamos gobernando. No es la típica proposición que se hace cuando estás en la oposición y pides lo que no estás dispuesto a hacer cuando estás gobernando. Eso es muy típico, pero no, aquí estamos proponiendo algo que ya teníamos negociado y acordado con el Ministerio del Interior y su ministro, el señor Zoido. E insisto en que hay más reclamaciones del sector de funcionarios de prisiones. En concreto, el Grupo Popular se había comprometido a impulsar, a forzar, a intentar conseguir la apertura de una mesa de negociación para mejorar sus condiciones laborales y salariales. Era complicado el proceso porque los Presupuestos Generales del Estado estaban ya aprobados o a punto de aprobarse y también porque hace falta una mesa de negociación ya que hay posturas diferentes entre las centrales sindicales, unas pidiendo unas cosas y otras pidiendo otras. Deberían unificarse las peticiones y empezar una negociación, pero eso es el futuro, que habrá que acometer. Igualmente, teníamos un compromiso para hacer una oferta pública de empleo lo más ambiciosa posible, muy superior al 100 %, porque es necesario mejorar el número de funcionarios de prisiones, aumentar y rejuvenecer las plantillas. Por tanto, el Grupo Parlamentario Popular va a seguir en esa vía» (17).

No obstante, finalmente la Proposición de Ley caducó.

Unos meses después, en septiembre de 2018, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentaba una Proposición no de Ley relativa a la actualización de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, para su debate en el Pleno. En su Exposición de Motivos se leía: «La Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, fue la primera de las leyes orgánicas que desarrolló la Constitución del 78. Dicha Ley fue aprobada por un amplísimo consenso, pues solo registró, en su votación final, dos abstenciones y el resto de votos fueron a favor.

Esta Ley General Penitenciaria, que ha sido una ley muy útil posibilitando que en España tengamos un buen Sistema Penitenciario, reconocido internacionalmente, debería ser reformada por tanto con el mayor acuerdo posible, tal y como manifestó el Ministro del Interior, Juan Ignacio Zoido, en su comparecencia en el Congreso de los Diputados el pasado 21 de diciembre.

---

(17) *Boletín de las Cortes Generales*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. XII Legislatura, núm. 129, de 19 de junio de 2018, pp. 20 y 21.

Y es que varios factores aconsejan la revisión y actualización de esta Ley, así como la sistematización y armonización de las normas que la desarrollan, en especial, el Reglamento Penitenciario y el extenso cuerpo de Instrucciones y Circulares habidas, pues en la actualidad resultan de difícil manejo y laborioso conocimiento por su extensión y su complejidad.

Aspectos como: la nueva concepción que de la libertad condicional hace el vigente Código Penal, así como la modalidad de suspensión de la ejecución de la pena que resta por cumplir, incurriendo en claras contradicciones con el tratamiento que la propia Ley General Penitenciaria hace de esta institución como tiempo efectivo de cumplimiento del último periodo de la condena; la regulación con rango de ley tanto de las infracciones disciplinarias como de las sanciones a imponer a los internos; la introducción de medidas destinadas a incrementar la protección de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias frente a eventuales agresiones por parte de los internos; la clarificación de la naturaleza jurídica de algunas iniciativas legales que se han ido incorporando en normas reglamentarias; o simplemente, la incorporación, después de varias décadas, de las opiniones más autorizadas de jueces de vigilancia y de actores penitenciarios, de lo que podríamos denominar la «mejor doctrina» en materia penitenciaria, y de la experiencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, única con competencia exclusiva en esta materia; pues bien, todos estos aspectos hacen necesario comenzar a trabajar en una reforma de la Ley que no pudo ser abordada en la pasada legislatura, en la que sí entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por tanto, no dejaría de ser un símbolo que en una legislatura protagonizada por el consenso, fuera posible trabajar para llegar a un acuerdo amplio para actualizar precisamente esta ley (18).

La situación de esta Proposición no de Ley es igualmente: caducado.

Unos meses después, en diciembre de 2018, remitida por el Senado se presentaba la Proposición de Ley Orgánica de modificación de los artículos 38 y 51 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en los que se regulan las comunicaciones entre las personas presas en un centro penitenciario y sus familiares.

Según la Exposición de Motivos: «La ignorancia del legislador y del aplicador hacia esta realidad y hacia estas personas menores y sus particularidades y necesidades ha de tornarse en un reto presente a

---

(18) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, núm. 426, de 5 de octubre de 2018, p. 12.

transformar, ya que estas situaciones aberrantes chocan frontalmente con el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar.

El resultado de esta regulación es especialmente dramático si nos ponemos en la piel de un niño o una niña de tres años que, tras haber permanecido con su madre desde que nació, sale de prisión al cumplir dicha edad. Dado que su madre ha sido su único contacto emocional durante esos tres primeros años de vida, la salida del centro penitenciario una vez cumplidos los tres años genera una ruptura con su única y principal figura de apego, con el único ser vivo que ha conocido íntimamente hasta la fecha. Un niño o una niña de tres años no tiene la capacidad para comprender por qué un día sale del único espacio que ha conocido en sus primeros tres años de vida para, a partir de entonces, abrazar a su madre o recibir sus besos racionados unas horas al mes, ni puede entender por qué ha de hablar con su madre o con su padre a través de un teléfono que le priva del lenguaje no verbal, el más importante a esa edad: el lenguaje afectivo, el de los abrazos y el contacto. (...) Pudiera pensarse que la redacción precedente permite que los hijos e hijas menores de once años puedan ver a sus madres cuanto quieran y sin la barrera de cristal de los locutorios destinados a las comunicaciones orales. La realidad es, sin embargo, muy distinta. Ese «régimen específico» continúa hoy –más de veinte años después de la aprobación del art. 38 LOGP– pendiente de ese anunciado desarrollo reglamentario por lo que, en la práctica, la modalidad y la frecuencia de estas comunicaciones va a depender del centro en el que esté recluida la madre presa y de quién lo dirija. No hay uniformidad al respecto y por lo tanto no hay igualdad para todas las madres e hijos e hijas en las visitas de prisión.

Por lo que se refiere a los padres de hijos e hijas menores de once años, la desigualdad es absoluta: según la regulación actual, el padre de las personas menores de once años no puede relacionarse con ellas en los mismos términos en los que la madre de los menores comunica con ellas. Y, al respecto, no parece que puedan obviarse los cambios sociológicos y normativos que, en las últimas décadas, se han producido en España en relación con la deseable implicación de los padres en la educación y cuidado de sus descendientes menores. Es cierto que falta todavía mucho trecho por recorrer en la necesaria equiparación y corresponsabilización del padre y de la madre en la educación de hijos e hijas, pero no es menos cierto que, en esta materia, los poderes públicos están obligados a remover todos los obstáculos que se presentan en el largo camino hacia la igualdad y, muy en concreto, los que continúan existiendo en el ordenamiento jurídico y, en particular, en el ordenamiento jurídico penitenciario que, como se deduce del artículo 38.3

LOGP transcrito, parte de la base de que únicamente merece la pena preservar la relación de apego del menor con la madre, con absoluto olvido de la que haya tenido, tenga o pueda llegar a tener con el padre.

Además, y como ya se ha expuesto, una vez superados los diez años, la regulación actual asimila las comunicaciones de la persona menor con sus progenitores presos a las de las adultas. ¿Acaso una persona menor de doce o trece años no necesita el contacto directo, frecuente y normalizado con su padre y madre? La situación empeora cuando hay varios hermanos y hermanas y unos u otras son menores de once años y otras no. Los menores no pueden entender que unos tengan una serie de «privilegios» frente a otros. También resulta difícil de cohonestar con el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) la imposibilidad de que los hermanos estén simultáneamente con su madre o con su padre si son más de tres, limitación derivada de la restricción a cuatro del número de personas que –según las normas de régimen interno de todas las prisiones– se permiten en cualquier comunicación «vis a vis».

Las desigualdades descritas no pueden consentirse en nuestro Estado de Derecho ni en nuestro actual marco social. No puede haber ningún niño o niña que solo pueda abrazar a su madre o a su padre una vez al mes y los vea el resto del tiempo mediando una barrera física insalvable» (19).

La Proposición de Ley Orgánica derogaba el apartado tercero del artículo 38 de la LOGP y modificaba el artículo 51 de la misma al introducir un nuevo apartado sexto con el siguiente tenor literal:

«6. El régimen de visitas que reglamentariamente se establezca deberá en todo caso respetar el superior interés de las personas menores de edad. Por tanto, las comunicaciones de los y las menores de catorce años con sus progenitores no se llevarán nunca a cabo a través de locutorios con barreras físicas entre los comunicantes, debiendo celebrarse siempre "vis a vis" y en dependencias adecuadas. Salvo en los supuestos de intervención o suspensión a los que se refiere el apartado anterior, las referidas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad. Su periodicidad no podrá ser nunca inferior a una comunicación por semana y su duración mínima será de dos horas, debiendo programarse de forma que resulten siempre compatibles con el horario escolar de los menores. Además, mensualmente se concederá al menos una visita de convivencia entre los referidos menores y sus progenitores de seis horas de duración».

---

(19) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. XII Legislatura, núm. 362-1, de 11 de enero de 2019, pp. 2 ss.

La situación actual de esta Proposición de Ley Orgánica es como las anteriores: concluido (caducado).

#### IV. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA?

La celebración este año del cuarenta aniversario de la entrada en vigor de la LOGP, recomienda aprovechar la misma para reflexionar sobre si es necesario o no, bien modificar o reformar la misma o bien plantear un nueva Ley.

El éxito de la LOGP se manifiesta, sin necesidad de otros argumentos, porque esta Ley ha formado parte del ordenamiento español durante 40 años sin sufrir prácticamente ninguna reforma y desde luego ninguna reforma de fondo. La LOGP ha sabido no envejecer, ha sobrevivido, pero 40 años después de su aprobación las numerosas reformas habidas al Código penal han abierto una brecha importante entre el sistema dibujado por la Ley penitenciaria y el sistema de cumplimiento contemplado en el Código penal (20) como sucede, por ejemplo, con la distinta regulación de la libertad condicional en el Código penal y en la LOGP, que impide una aplicación homogénea de la misma y provoca ciertos desajustes. Por lo que el primer retoque iría dirigido a adaptar la LOGP al Código penal. A pesar de ello, se impone, como afirma Solar Calvo, un reconocimiento al contenido de la propia Ley, pues si la realidad de la ejecución de la condena ha evolucionado desde principios de los años ochenta hasta el momento actual en una clara tendencia al aumento de la protección de los derechos de los internos, es justamente por aplicación de la LOGP que contiene un progresismo revolucionario si atendemos a su momento de elaboración, y su articulado ha permitido un avance en materia de ejecución de condena sin precedentes y de alta calidad si se compara con los sistemas de ejecución de otros países de nuestro entorno europeo (21).

En segundo lugar, a la LOGP se le ha reprochado que defiera el desarrollo de sus preceptos al Reglamento Penitenciario en más de veinte ocasiones. Es particularmente sensible que la LOGP, que se reserva el establecimiento de las sanciones disciplinarias, haya defe-

---

(20) Advierte SOLAR CALVO, «¿Hay que modificar la LOGP?», en *Legaltoday*, de 21 de marzo de 2019, que las modificaciones que se realicen sobre la LOGP no claudiquen ante las nuevas tendencias penales, sino que sirvan para recordar, reivindicar y reafirmar la filosofía normativa que la caracteriza.

(21) SOLAR CALVO, «¿Hay que modificar la LOGP?», en *Legaltoday*, de 21 de marzo de 2019.

ruido al Reglamento la tipificación de las infracciones, defraudando para algunas opiniones (22) el principio de legalidad que proclama también para las infracciones administrativas el artículo 25.1 de la Constitución. A mayor abundamiento hay que tener presente que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entró en vigor el 2 de octubre de 2016, en su artículo 128.2 establece que los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán tipificar faltas o infracciones administrativas. Asimismo, la LOGP debe dar cobertura a los FIES, como preveía el artículo 6: «Ficheros penitenciarios» del Anteproyecto de Reforma de la Ley penitenciaria de 2005, o legalizar las limitaciones reglamentales del artículo 75 del Reglamento Penitenciario que permiten la limitación del derecho a la libertad por vía meramente reglamentaria y no legal.

Se trataría de reformas, que como se ha señalado (23), vendrían impuestas por el principio de legalidad. La LOGP debe recuperar la regulación de materias hoy dejadas al Reglamento Penitenciario o incluso a Circulares o Instrucciones.

En tercer lugar, una mejor regulación del tratamiento, seguramente inviable por falta de medios. Pero, como expone Mapelli Caffarena, es preciso extender el tratamiento también a los preventivos a la vez que limitar las aspiraciones de los programas terapéuticos, así como revestir de máximas garantías el consentimiento del interno para aceptar el tratamiento y sobre todo diseñar un modelo de régimen independiente, al menos en sus aspectos nucleares, del éxito o no del tratamiento (24).

En cuarto lugar, haciéndome eco de las propuestas que en su día realizase Téllez Aguilera, se debería abordar otras reformas tendentes a ahondar en el fin reinsertador proclamado constitucionalmente como el prioritario al que debe aspirar la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad. En este sentido, al principio de flexibilidad recogido en el artículo 100 del Reglamento Penitenciario, se le debería dotar de una mejor y detallada regulación que garantice la seguridad jurídica; la Ley debería contemplar las nuevas formas de cumplimiento del régimen abierto que los medios telemáticos de con-

---

(22) En este sentido, BUENO ARÚS, «La reforma de la Ley y del Reglamento Penitenciario», ob. cit., p. 34.

(23) En este sentido, entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, «La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria», ob. cit., pp. 378 ss.

(24) MAPELLI CAFFARENA, «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», en *Eguzkilo*. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, núm. 2 extraordinario, 1989, pp. 99 ss.; *Vid.* asimismo sobre el replanteamiento de la concepción tratamental y mejoras en materia de clasificación, TÉLLEZ AGUILERA, «La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria», ob. cit., pp. 383 ss.

trol permiten en la actualidad; se debería asimismo potenciar las formas especiales de ejecución, con especial incidencia de aquéllas que suponen una auténtica alternativa a la forma de cumplimiento clásico de la prisión en las que las nuevas tecnologías también deberían tener un importante protagonismo (25).

Algunas de estas reformas fueron señaladas en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados, por el entonces Ministro del Interior, Juan Ignacio Zoido, que marcó la siguiente ruta: la actualización de la Ley Orgánica General Penitenciaria y «llegar a un acuerdo amplio para actualizar la ley así como la armonización de las normas que la desarrollan, el reglamento penitenciario y el extenso cuerpo de instrucciones y circulares a día de hoy de laborioso conocimiento y difícil manejo por su extensión y la propia complejidad que tiene».

Para el exministro del Interior «es preciso regular con rango de ley tanto las infracciones disciplinarias como las sanciones a imponer a los internos con un reglamento penitenciario nuevo». Otro objetivo importante «debe ser introducir medidas destinadas a incrementar también la protección de los funcionarios frente a eventuales agresiones por parte de los internos en línea con la proposición no de ley avalada por los Grupos Socialista, Ciudadanos y Popular. Asimismo, se debe dar rango de ley al régimen flexible de cumplimiento, al control telemático de recursos en tercer grado y un largo catálogo que sería preciso abordar integrando las opiniones más autorizadas de jueces de vigilancia, actores penitenciarios, la mejor doctrina y, cómo no, también a la Generalitat de Catalunya, que tiene competencias ejecutivas en materia penitenciaria».

También señaló que «en el ámbito de Instituciones Penitenciarias se hace imprescindible acordar el comienzo del proceso de transferencia de la sanidad penitenciaria al Sistema Nacional de Salud, la cual trae causa de las previsiones tanto de la Ley General de Sanidad como de la Ley de Calidad y Cohesión del Sistema Sanitario, contemplado ya en el año 2003» (26).

Sobre quién debe pagar los ingresos en hospitales de los internos, en dos recientes sentencias (sentencia 222/2019, de 21 de febrero y 223/2019, de 21 de febrero) la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha establecido que la Administración Penitenciaria debe pagar los gastos sanitarios de los reclusos ingresados en hospitales públicos, y no Sanidad. Para el Tribunal Supremo es Insti-

---

(25) TÉLLEZ AGUILERA, «La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria», ob. cit., pp. 386 ss.

(26) *Boletín Oficial del Estado*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Comisiones, núm. 83, de 21 de diciembre de 2016, p. 5.

tuciones Penitenciarias quien debe hacer frente a los costes de la prestación sanitaria en los hospitales públicos de las comunidades autónomas a internos en centros penitenciarios que tienen la condición de asegurados, afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social.

Las sentencias dan la razón a los servicios de salud madrileño y andaluz que giraron esos costes a Instituciones Penitenciarias, dependiente del Ministerio del Interior. Para el Tribunal Supremo «a falta de convenio de colaboración entre ambas administraciones, la normativa aplicable abona que sea Instituciones Penitenciarias quien satisfaga esos costes, por la relación de sujeción especial que liga al interno con tal Administración, por la obligación *ex lege* de garantizar su salud y por la inexistencia de precepto alguno que permita excluir aquella financiación por la sola condición del preso como beneficiario de la Seguridad Social».

Ambas sentencias cuentan con el voto particular del Magistrado Maurandi Guillén, que considera que eran los servicios de salud de Madrid y Andalucía, y no la Administración Penitenciaria, quienes debían asumir los costes de la asistencia sanitaria a los internos en establecimientos penitenciarios de ambas comunidades cuando se trata de personas que son afiliadas y beneficiarias en el Régimen General de la Seguridad Social. Respecto a los no afiliados en el sistema de Seguridad Social, cree que la Administración Penitenciaria tiene la condición de usuario privado indirecto del sistema; y, en consecuencia, el correspondiente Servicio de Salud sí podría exigir y facturar el importe de la asistencia dispensada.

Por su parte, el actual Ministro del Interior, Fernando Grande-Marlaska, también ha señalado las líneas de actuación en materia penitenciaria en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados para explicar el tema del traslado de presos de ETA, refiriéndose al aumento de planes con más programas de tratamiento o a la Instrucción para internas e internos enfermos (27).

También los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria entre las conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria que tuvieron lugar en 2017 hicieron constar, entre otras, las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, deja en evidencia un desajuste más de la normativa penitenciaria, que impone una inaplazable reforma del régimen disciplinario de los internos.

---

(27) *Boletín Oficial del Estado*. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Comisiones, núm. 735, de 21 de febrero de 2019.



En segundo lugar, por lo que se refiere al catálogo de conductas infractoras, la necesidad de la reforma se evidencia en que en la actualidad quedan impunes graves conductas infractoras contrarias a los valores de la seguridad y de la convivencia ordenada, debido al arcaísmo de los preceptos reglamentarios, que datan de 1981, ya que ignoran nuevas realidades.

En tercer lugar, la necesidad de adaptar el procedimiento a la nueva regulación contemplada en la Ley 39/2015, por ejemplo, al amparo de los artículos 1 y 64 de la citada Ley debe ponderarse la posibilidad de mantener en el sistema penitenciario la figura del pliego de cargos, sin absorberse en el acuerdo de incoación del procedimiento disciplinario, así como la de conservar la preceptiva propuesta de resolución de sobreseimiento por parte del instructor para su resolución final a cargo de la Comisión disciplinaria.

Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria también han aportado sus propuestas legislativas que fueron aprobadas en el encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebrado en Málaga los días 29 a 31 de mayo de 2017. Entre ellas destacan:

1. Instar al legislador para que se incluya literalmente la RPS como pena susceptible de ser suspendida dada que la forma de ejecución de la pena de prisión y la RPS es la misma.
2. Que la libertad condicional de enfermos terminales no se sujete a requisito alguno distinto del propio padecimiento acreditado.
3. Instar al legislador en orden a que la revocación de la prisión permanente revisable sea competencia del tribunal sentenciador que es quien la concede e impone los deberes o prohibiciones.
4. Instar al legislador en orden a que la progresión del primer al segundo grado en la pena de prisión permanente revisable sea competencia del tribunal sentenciador que es quien tiene la competencia para la concesión del tercer grado.
5. Instar al legislador en orden a modificar la remisión en bloque en los casos de violencia de género al art. 83.2 CP porque lleva al absurdo de imponer condiciones como el cumplimiento de programas que el interno ha realizado con aprovechamiento o los supuestos en los que haya que imponer prohibiciones de comunicación o aproximación cuando el interno ha disfrutado de comunicaciones y permisos con la víctima al haberse extinguido la pena de prohibición de comunicación o aproximación.
6. Solicitar que se regule expresamente la solución a adoptar ante el ingreso del liberado condicional por hechos anteriores al objeto de poder hacer efectivo el principio de unidad de ejecución, para poder refundir la nueva causa.

Asimismo, un grupo de trabajo de Jueces de Vigilancia Penitenciaria se constituyó el 27 de julio de 2017 para colaborar en el Proyecto de reforma de la legislación penitenciaria. En enero de 2018 entregaban su informe de conclusiones al Secretario General de Instituciones Penitenciarias. El informe se centró en los permisos de salida o la competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para conocer las quejas, a los que se ha añadido una serie de propuestas de modificaciones legislativas que se incluyen en el citado informe.

Muchos son los pasos que se han dado. Ahora solo falta concluir el camino.

# El Consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario. Especial referencia a la huelga de hambre\*

CARMEN JUANATEY DORADO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Alicante

*A Juan José Martínez Zato*

*In memoriam*

## RESUMEN

*En este trabajo se realiza un comentario crítico de los límites al consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario. En concreto, el objetivo es analizar lo dispuesto en el artículo 210 RP, que impone la obligatoriedad del tratamiento en contra de la voluntad del interno en caso de peligro inminente para su vida, y la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la huelga de hambre penitenciaria. La tesis que se defiende es que, conforme a lo establecido en el artículo 25.2 de la Constitución, la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede justificar el establecimiento de una restricción adicional a los derechos fundamentales del recluso, quien en relación con su vida y su salud y como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano. La conclusión es que la restricción del derecho fundamental a la libertad y a la autonomía que imponen la legislación penitenciaria y la doctrina del Tribunal Constitucional en este ámbito no superan el control de proporcionalidad.*

Palabras clave: *Tratamiento médico penitenciario; consentimiento del paciente; huelga de hambre penitenciaria; derechos de los reclusos.*

---

\* Las líneas fundamentales de este trabajo las he desarrollado en un trabajo anterior publicado bajo el título: «Límites al consentimiento del paciente en el ámbito penitenciario» en *Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro* (en prensa).

## ABSTRACT

*This article carries out a critical commentary about the limits on the patient's consent in the prison system. Specifically, the objective is to analyse article 210 RP's content which imposes that treatment against the inmate's will is compulsory in case of an imminent threat on their life, as well as to analyse the Constitutional Court's doctrine with regard to the prisoner hunger strike. The defended thesis states that in accordance with article 25.2 of the Constitution, the Prison Administration's obligation to look after the prisoner's life and health cannot justify the establishment of an additional restriction on the inmate's fundamental rights, who as far as his life and health is concerned, possesses the same rights and liberties as any other citizen. The conclusion is that the restriction of the fundamental right of liberty and autonomy imposed by the penitentiary legislation as well as the Constitutional Court's doctrine in this realm does not overcome the control of proportionality.*

*Key words: Medical treatment in prison; patient's consent; prisoner hunger strike; prisoners' rights.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los límites a los Derechos Fundamentales de los internos.–III. Los límites penitenciarios al consentimiento del paciente. 1. Introducción. 2. Normativa penitenciaria (artículos 3.4 y 36 a 40 LOGP, y 207 a 220 RP). 3. La obligatoriedad del tratamiento en caso de riesgo vital. 4. Especial referencia a la huelga de hambre.–IV. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

He querido dedicar este artículo a Juan José Martínez Zato, Director General de Instituciones Penitenciarias entre los años 1982 y 1985, fallecido en febrero de este año 2019, por su esencial contribución a la implantación del sistema penitenciario previsto en la *Ley Orgánica, de 26 de diciembre, General Penitenciaria de 1979* (en adelante, LOGP) y la consiguiente regeneración democrática de la institución. La Ley había sido redactada por Carlos García Valdés, primer Director General de Instituciones Penitenciarias de la democracia y se aprobó bajo su mandato (1). La transformación del sistema peniten-

---

(1) Sobre el proceso de elaboración de la Ley Penitenciaria y las difíciles circunstancias que rodearon su aprobación véase, GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria española: orígenes y la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *ADPCP*, Vol. LXVIII, 2015, pp. 63-78.

ciario que tuvo lugar a partir de los años de la transición debe mucho a Martínez Zato, por su enérgica y firme decisión de mejorar la situación de los internos en centros penitenciarios, persiguiendo los malos tratos, renovando las instalaciones, y mejorando en general la vida en las cárceles.

Del mismo modo que durante la dictadura Martínez Zato, desde su puesto en la Fiscalía de Peligrosidad Social, trató de obstaculizar la aplicación de la ignominiosa Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, como Director General de Instituciones Penitenciarias se propuso hacer uso de todas las posibilidades que le ofrecían la Constitución de 1978 y la nueva Ley General Penitenciaria para reformar y democratizar la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.

Este año 2019 se cumplen cuarenta años de la aprobación de esta LOGP que sentó las bases para permitir el pase de una institución penitenciaria propia de una dictadura a una institución penitenciaria democrática que reconoce y garantiza los derechos de los reclusos, y establece un sistema de control judicial de la actividad penitenciaria. Es cierto que hay algunos aspectos de la ley que deberían ser revisados, pero son los principios en los que se inspira, que continúan vigentes, los que han permitido democratizar y humanizar el sistema penitenciario.

Sin embargo, en estos cuarenta años se han llevado a cabo reformas legislativas que han introducido quiebras importantes en los pilares sobre los que se asienta esta LOGP. Esto es lo que ha ocurrido con las modificaciones introducidas por, entre otras, la LO 7/2003, de 30 de junio (2) o la LO 1/2015, de 30 de marzo (3), que establecen impor-

---

(2) *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*. Las reformas introducidas por esta Ley se dirigieron, en términos generales, a restringir el alcance del principio de reinserción social. Con esa finalidad, la Ley de reforma introdujo medidas específicas en materia de clasificación en tercer grado, revocación de la libertad condicional, concesión de beneficios penitenciarios, etc., que limitaron abiertamente los derechos de los reclusos respecto de lo dispuesto hasta ese momento en la Ley General Penitenciaria. Sobre el tema puede verse, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Xuridica Galega*, n.º 38, 1.º trimestre, 2003, pp. 13-38; SANZ MORÁN, A. J.: «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 11, enero, 2004, pp. 11-40; JUANATEY DORADO, C.: «La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de la pena, y los principios constitucionales del Derecho Penal», en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 9, año 1, 2004, pp. 5-30.

(3) *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Esta Ley, entre otras muchas reformas, ha introducido la prisión permanente revisable, lo que representa la previsión en el Ordenamiento español de una pena de privación de libertad de duración

tantes restricciones al sistema de reinserción social no previstas inicialmente en la Ley Penitenciaria.

Pero también el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP) (4) ha impuesto limitaciones a los derechos de los reclusos no expresamente previstas en la LOGP que representan un exceso en el uso de la autorización que para el desarrollo y ejecución de la LOGP prevé la disposición final segunda de esta misma Ley. Y es precisamente de los límites al consentimiento del paciente que se prevén en el artículo 210 del RP de lo que me voy a ocupar en las páginas que siguen. Para ello, en un primer momento, haré una referencia general a los posibles límites a los derechos fundamentales de los internos que se derivan de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución española; y a continuación, me centraré ya en los límites penitenciarios al consentimiento del paciente.

## II. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS

En relación con los límites a los derechos fundamentales de los internos, el artículo 25.2 de la Constitución, junto a la declaración general sobre la orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, establece que el condenado a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, y tendrá derecho en todo caso al desarrollo integral de su personalidad.

---

indeterminada y que puede suponer una reclusión a perpetuidad. Esto significa un cambio trascendental en nuestro sistema de penas privativas de libertad que difícilmente puede superar el criterio de proporcionalidad, si se hace una interpretación mínimamente garantista de los principios constitucionales sobre los que se asienta nuestro Derecho penal y penitenciario. Igualmente, la Ley de reforma ha modificado profundamente la institución de la libertad condicional que ha pasado a ser una forma de suspensión de la condena; este cambio ha modificado lo dispuesto en la LOGP, que concibe la libertad condicional como el último grado de cumplimiento de las penas privativas de libertad mediante el sistema de individualización científica interpretado como un modelo orientado esencialmente hacia la reinserción social– (art. 72.1 LOGP); con esta reforma la libertad condicional ha dejado de ser una fase del cumplimiento de la condena, lo que se contraponen a los presupuestos filosófico-jurídicos que inspiran la LOGP. Sobre el tema puede verse, JUANATEY DORADO, C.: «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», en *ADPCP*, Vol. LXV, 2012, pp. 127-153.

(4) *Real Decreto, 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.*

El precepto, pues, garantiza *prima facie* el ejercicio de los derechos fundamentales a todos los condenados y solo como excepción admite la posibilidad de establecer restricciones a los mismos.

De acuerdo con este precepto son tres las vías a través de las cuales pueden establecerse límites a los derechos fundamentales de los penados: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Ahora bien, delimitar cuáles son las restricciones que vienen impuestas por cada una de estas tres vías no resulta sencillo.

Así, por lo que respecta al contenido del fallo condenatorio y al sentido de la pena, habrá aspectos que resulten claros. Si el fallo condena a una pena de prisión de cinco años, es obvio que, salvo circunstancias especiales, supone la reclusión en un centro penitenciario con la restricción del derecho fundamental a la libertad ambulatoria que ello conlleva. Pero lo que ya no resulta tan evidente es qué alcance ha de tener esa privación de la libertad ambulatoria dentro del centro penitenciario, esto es, si el sentido de la pena justifica, además, las posibles restricciones a la libertad ambulatoria que una vez dentro del centro penitenciario puedan producirse [como ocurre, por ejemplo, con el aislamiento en celda (5)]. En mi opinión, en principio, habría que entender que el sentido de la pena de prisión es la privación de la libertad ambulatoria del condenado y el ingreso en un centro penitenciario. Las restricciones añadidas a ese derecho que en el concreto cumplimiento penitenciario de dicha pena puedan producirse vendrán determinadas por «la ley penitenciaria» tal y como establece el artículo 25.2 CE, con lo que nos encontraríamos ya ante esa tercera vía para la restricción de los derechos fundamentales de los internos.

Ahora bien, para que las restricciones procedentes de la ley penitenciaria se mantengan dentro de los límites constitucionales, han de vincularse a los fines propios de la Institución. Esto es, tales restricciones vendrán impuestas para atender a dichos fines y dependerán de las necesidades derivadas del cumplimiento de los mismos.

---

(5) Sobre el carácter o no de privación de libertad de la sanción de aislamiento en celda puede verse la STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2. Y en relación con los límites al cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, puede verse la STEDH *Ketreb v. Francia*, de 19 de julio de 2012, en la que se condena a Francia por violación del artículo 3 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952 (en adelante, CEDH), que prohíbe las torturas y los tratos inhumanos o degradantes, al haber impuesto el cumplimiento de una sanción de 45 días de aislamiento en celda a un interno, enfermo mental, que sufría de depresión y de gran excitación, y que tenía antecedentes por dos intentos de ahorcamiento. El Tribunal consideró que la enfermedad y el estado psíquico del interno (que le llevaron al suicidio durante el cumplimiento de la sanción), resultaba incompatible con la estancia en prisión y con el rigor del aislamiento en celda.

En concreto, esos fines propios de la Administración penitenciaria que justificarían tales limitaciones vienen señalados en el artículo 1 LOGP en el que se 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.

De este modo, por una parte, para lograr los fines de reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, el medio que prevé la LOGP es el tratamiento penitenciario (artículos 59 a 72). Pero la aplicación del tratamiento conlleva o puede conllevar la restricción de «derechos fundamentales» cuya justificación en ocasiones puede plantear dificultades. Por ello, se trataría de delimitar tales restricciones mediante una interpretación del principio de reeducación y reinserción social acorde con el respeto del contenido esencial de los derechos afectados (6).

Por otra parte, para alcanzar los fines de retención y custodia de detenidos, presos y penados la legislación penitenciaria prevé toda una serie de medios dirigidos a evitar posibles evasiones y a mantener la seguridad y el orden dentro –y en algunos casos fuera– del establecimiento, así como a tratar de garantizar el libre ejercicio de los derechos de los internos en el ámbito penitenciario. Pero la aplicación de estos medios puede conllevar también restricciones de los derechos fundamentales de los internos, lo que requiere una concreción del alcance de estas limitaciones y una valoración de su adecuación a la Constitución.

En consecuencia, a la hora de 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 habrá que determinar cuáles son esos fines penitenciarios que las justifican y si resultan razonables –proporcionadas– para lograr dichos fines.

---

(6) Sobre el tema puede verse, por todos: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», en *ADPCP*, T. XXXII, 1979, p. 678; del mismo: «Funciones y fines de las instituciones penitenciarias», en *Comentarios a la legislación penal*, T. VI, V. I; MUÑOZ CONDE, F.: «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», en *CPC*, 1979, p. 93; también en *Libro homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios Fundamentales del Derecho Penitenciario Español*, Barcelona (Bosch), 1983; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. y SAPENA GRAU, F.: *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, pp. 48-52; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho Penitenciario*, 4.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 41-45; JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid (Iustel), 2016, pp. 85-88.



Ese ha sido el criterio del Tribunal Constitucional cuando en el año 1990 declara que, efectivamente, «en relación con el condenado a pena de prisión, el artículo 25.2 de la Constitución, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes» (7). No obstante, también ha indicado que cuando se trata de restringir el derecho fundamental de un preso y ese derecho no es de los que están limitados expresa o implícitamente en el fallo que le condujo a prisión, la primera exigencia constitucional es que tal previsión se haga mediante ley (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1 CE (8) –para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo Segundo del Título Primero– y en el artículo 25.2 CE –en referencia concreta a la limitación de los derechos y libertades de los penados–), pero sin que las exigencias constitucionales en esta materia se detengan ahí; esto es, «no se trata –matiza el Tribunal– de limitaciones de pura configuración legal... Con independencia de las exigencias materiales de proporcionalidad a las que está sometido el tratamiento normativo y aplicativo de los derechos fundamentales, el propio adjetivo «penitenciaria» de la Ley es rico en sugerencias relativas al necesario contenido material de la finalidad de la limitación, que tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria» (9).

Así pues, a juicio del Tribunal, se deberá comprobar, en primer lugar, si la limitación concreta de un derecho fundamental está prevista en la ley –control puramente formal– y, en segundo lugar, habrá que verificar que la interpretación que se hace de la previsión legal es constitucional por respetar el contenido esencial de los derechos afectados –control material– (10).

Pues bien, centrándome ya en el objeto de este trabajo, la legislación penitenciaria prevé expresamente algunos límites al derecho de los internos a rechazar un tratamiento médico y, por tanto, a su autonomía y a su libertad de decisión que difícilmente pueden pasar el control de constitucionalidad por las razones que trataré de expresar en las páginas que siguen.

---

(7) STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6.

(8) El artículo 53.1 CE dispone: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1, a)».

(9) STC 58/98, de 16 de marzo, FJ 3.

(10) Véase la STC 58/98, de 16 de marzo, FJ 3.

### III. LOS LÍMITES PENITENCIARIOS AL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

#### 1. **Introducción**

Es evidente que uno de los derechos que puede verse afectado como consecuencia de la entrada en prisión es el derecho a la vida y a la salud. Con el ingreso en un centro penitenciario la persona pasa a estar bajo una especial dependencia de la Administración penitenciaria y ve reducida sus posibilidades de autoprotección, lo que determina un correlativo deber de aquella de velar por su vida y su salud. El problema surge a la hora de delimitar el alcance de este deber, esto es, de establecer cuáles son los límites al mismo derivados del derecho a la autonomía o libertad de decisión de la persona privada de libertad; se trataría de valorar qué actuaciones para proteger su vida o su salud está obligada a aceptar como consecuencia de su situación penitenciaria y cuáles no.

A continuación, pues, me ocuparé del análisis de la constitucionalidad de los límites al consentimiento del paciente previstos en la legislación penitenciaria. Para ello, comenzaré con una breve referencia a la normativa sobre la materia prevista en la LOGP y en el Reglamento que la desarrolla, para seguidamente centrarme en concreto en las hipótesis de obligatoriedad del tratamiento en caso de riesgo vital, con especial referencia a los supuestos de huelga de hambre.

#### 2. **Normativa penitenciaria (artículos 3.4 y 36 a 40 LOGP, y 207 a 220 RP)**

El artículo 3.4 de la LOGP establece que «la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos». Y uno de los medios a través de los cuales se protegen tales intereses es la prestación de la necesaria asistencia sanitaria que se regula en los artículos 36 a 40 de dicha Ley y se desarrolla en los artículos 207 a 220 del RP.

El Reglamento Penitenciario, su artículo 208, garantiza a todos los internos una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población, que incluye la prestación farmacéutica, a través de los propios medios de la Administración o por medio de con-

ciertos celebrados con las Administraciones sanitarias (11). A su vez, tanto la LOGP (arts. 36 a 38) como el RP (arts. 209 y 213) establecen, por un lado, la dotación con que ha de contar cada centro para la prestación de dicha asistencia sanitaria (enfermería, dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos y unidad para enfermos contagiosos); y, por otro lado, el equipo sanitario de atención primaria encargado de dicha prestación (integrado, al menos, por un médico general, un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería) que se completará con la asistencia de forma periódica de un psiquiatra, un médico estomatólogo u odontólogo, así como, en su caso, un ginecólogo y un pediatra. En todo caso, la prestación de la asistencia sanitaria ha de ser de carácter integral y ha de comprender tanto la prevención, como la curación y la rehabilitación, estableciéndose como prioridad la prevención de enfermedades transmisibles (art. 207 RP).

Para la prestación de la debida asistencia sanitaria a los internos, el Reglamento establece que, dentro de las primeras veinticuatro horas a partir del ingreso en el establecimiento, los internos deberán ser reconocidos por un médico. Del resultado de dicho reconocimiento ha de dejarse constancia en el libro de ingresos y en la historia clínica individual que ha de ser abierta a cada interno y cuyos datos tendrán carácter confidencial (arts. 214 y 15 RP).

El aspecto más problemático surge de la regulación del consentimiento del interno. Así, el Reglamento, en su artículo 210, establece:

*«1. El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Solo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuere preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial». 2. La intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad Judicial. 3. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un Centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Peniten-*

---

(11) El artículo 208 RP establece: «1. A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención. 2. Las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias».

*ciaria solicitará de la Autoridad judicial competente la autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un Centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata».*

Es decir, la regla general es que el interno, al igual que cualquier ciudadano libre, solo será sometido a tratamiento médico cuando voluntariamente lo acepte y tras haber sido debidamente informado acerca de los posibles riesgos de dicho tratamiento y de las consecuencias que para su salud pueda tener el rechazo del mismo (12).

Sin embargo, el mismo artículo 210 RP, una vez establecida esa regla general, regula tres excepciones a la misma, de las cuales, la primera de ellas conlleva una restricción del derecho a la autonomía individual del interno de dudosa constitucionalidad (13).

Así, dicha excepción prevé la obligatoriedad del tratamiento médico «en contra» de la voluntad del paciente en caso de peligro inminente para la vida del mismo. Esta disposición, además de una serie de problemas de carácter formal y de falta de coherencia con las otras dos excepciones, suscita un problema de fondo que, en mi opi-

---

(12) El artículo 8.1 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*, establece que «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso». En general, sobre el consentimiento informado véase, por todos, CORCOY BIDASOLO, M.: «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos* (Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López), Granada (Comares), 1999, pp. 261-284; JORGE BARREIRO, Ag. «El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico-penal», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, V. 7, núm. 12, 2001, pp. 209-240; LAURENZO COPELLO, P.: «Relevancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario», en MUÑOZ CONDE (Dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pp. 417-446; MUÑOZ CONDE, F.: «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pp. 447-478; MORILLAS CUEVA, L.: «Aspectos penales del consentimiento informado», en Octavio De Toledo y Ubieta, Gurdíel Sierra y Cortés Bechiarrelli (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pp. 765-802.

(13) Sobre el tema puede verse, GARCÍA GUERRERO, J.: «El consentimiento informado en los pacientes privados de libertad», *La Revista de Responsabilidad Médica, AEDEME*, enero, 2015, pp. 5-28; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: «Sanidad penitenciaria y tutela judicial del derecho a la salud de los internos. Especial referencia a la atención a la hepatitis C y a la enfermedad mental», en <http://fiscal.es>.

nión, impide que pueda considerarse compatible con la Constitución. Se trata de lo siguiente:

A. En primer lugar, desde el punto de vista formal, estamos ante una limitación de los derechos fundamentales del interno que se establece por vía reglamentaria, sin que lo dispuesto en el artículo 3.4 LOGP permita deducir la existencia de una autorización para un desarrollo reglamentario que establezca una restricción de tales características de los derechos a la libertad y a la integridad física y moral, así como de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad de los internos.

En segundo lugar, el precepto no requiere la autorización judicial para la imposición coactiva del tratamiento. La norma hace referencia únicamente a la posibilidad de solicitar autorización judicial cuando eso «fuese preciso», pero no parece que tenga sentido que en unos casos sea preciso y en otros no; y, en todo caso, habría que saber en qué casos sería preciso (14), quién debería decidir y conforme a qué criterios.

En tercer lugar, no se especifica cuál ha de ser «la autoridad judicial correspondiente». Cabe pensar que podría serlo el juez de vigilancia en el caso de penados y la autoridad judicial a cuya disposición se encuentren cuando se trate de preventivos; o bien, el juez de vigilancia tanto en el caso de penados como en el caso de preventivos. En la práctica, es la primera de las opciones la que suele ser utilizada (15).

En cuarto lugar, el Reglamento 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. Esto no parece coherente con lo dispuesto en las otras dos excepciones previstas en la norma. De hecho, en la segunda de las excepciones se autoriza a actuar «sin el consentimiento» –pero no en contra de la voluntad del interno– y en la tercera solo «cuando no se cuente con la autorización» del recluso.

---

(14) Hace referencia, precisamente, a la inconcreción del término el Auto de 12 de septiembre de 2008, de la AP de Santa Cruz de Tenerife.

(15) Así se hizo en el caso de un interno en situación de prisión preventiva por delitos de terrorismo. En ese caso fue el Juzgado central de instrucción el que autorizó la medida y la Audiencia Nacional el órgano que autorizó el ingreso en un centro hospitalario y mantuvo la decisión de alimentar forzosamente (AJCI núm. 1, de 14 de septiembre de 2006; Providencia de la Audiencia Nacional, de 2 de octubre de 2006; y Auto de la Audiencia Nacional, de 25 de enero de 2007). Igualmente, en el caso de dos presos preventivos en huelga de hambre fue la Audiencia Provincial a cuya disposición se encontraban la que adoptó la decisión de ordenar su ingreso en un centro hospitalario (Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de septiembre de 2008).

De este modo, por lo que respecta a la segunda excepción, la expresión «sin el consentimiento» podría ser interpretada en sentido restrictivo y, por tanto, y como contraposición a la primera (que habla de actuar «contra la voluntad»), referida únicamente a los supuestos en los que el sujeto no esté en condiciones de emitir un consentimiento válido. Pero tal interpretación no parece tener mucho sentido. El supuesto aquí previsto acoge un conflicto entre los intereses del interno, su libertad a decidir si se somete o no a un tratamiento médico, por un lado, y el derecho a la salud de terceros, por el otro lado; de manera que en este caso parecería justificado imponer un tratamiento médico en contra de la voluntad del interno, dado que su negativa a ser tratado genera un «riesgo evidente» para terceras personas. No se trata en estos supuestos de una restricción aplicable únicamente a internos en centros penitenciarios y en atención a dicha situación, sino de una limitación aplicable a todos los ciudadanos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2. a) de la Ley 41/2002 (16) que permite a los facultativos llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley Orgánica 3 /1986, de 14 de abril, *de medidas especiales en materia de salud pública*.

En relación con la tercera excepción, esto es, cuando a criterio del facultativo se precise el ingreso en un centro hospitalario, tampoco se autoriza a realizar el ingreso «en contra» de la voluntad del interno, sino que únicamente se hace referencia a la necesidad de solicitar autorización judicial cuando «no se cuente con la autorización del interno». La expresión aquí utilizada permite una interpretación restrictiva respetuosa con el derecho a la autonomía del interno como la comentada respecto de la segunda excepción: solo estaría permitido el ingreso en un centro hospitalario sin la voluntad del interno, en los supuestos en los que este no esté en condiciones de emitir un consentimiento válido. Pero, precisamente en este caso, creo que también

---

(16) El artículo 9.2 de la Ley 41/02, establece: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. 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.

b) 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».

podría justificarse el ingreso incluso «en contra» de la voluntad del interno, cuando existan razones médicas o penitenciarias debidamente razonadas –distintas a las previstas en la segunda excepción– que aconsejen la permanencia del interno en el centro penitenciario.

B. Por lo que respecta al problema de fondo a que da lugar lo dispuesto en el artículo 210.1 RP, el aspecto más controvertido radica en la discutible constitucionalidad de la restricción de los derechos del interno que ahí se prevé. En este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con las excepciones anteriores, se permite a la Administración imponer el tratamiento «en contra» de la voluntad del interno. Pero ni veo que existan razones fundadas para ello, ni me parece que del tenor literal del precepto pueda desprenderse una interpretación restrictiva que sea respetuosa con los derechos afectados. Estamos, pues, ante una restricción de los derechos fundamentales de los internos, impuesta por vía reglamentaria, que no puede ampararse, en mi opinión, en el artículo 25.2 CE. No me parece posible encontrar en este caso razón alguna derivada del contenido del fallo condenatorio, del sentido de la pena o de los fines de la ley penitenciaria, que permita justificar esta restricción del derecho a la autonomía del interno como paciente, que le diferencie de cualquier ciudadano libre.

Quizás los redactores del Reglamento estaban pensando en supuestos de huelga de hambre de internos en centros penitenciarios, pero la realidad es que la norma –tal y como está redactada– parece extenderse a cualquier tipo de tratamiento médico. Y, en todo caso, aun en el supuesto de huelga de hambre tampoco encuentro un fundamento razonable que justifique esa limitación respecto de cualquier ciudadano libre. Analizaré estas cuestiones separadamente (17).

### 3. La obligatoriedad del tratamiento médico en caso de riesgo vital

El fundamento de la obligatoriedad del tratamiento solo puede encontrarse en el deber de la Administración de velar por la vida y la salud de los internos (artículo 3.4 LOGP). Esta sería la razón prevista en la ley penitenciaria que podría aducirse como justificación del límite a los derechos del interno, puesto que ni del sentido de la pena, ni del contenido del fallo condenatorio –sea cuál sea– puede derivarse tal restricción para los condenados.

---

(17) Sobre el tema puede verse, JUANATEY DORADO, C.: «La vida y la salud frente a la autonomía en el Derecho Penal Español. Análisis de algunos supuestos», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, pp., 9-13.

Efectivamente, como ya he señalado, el ingreso en un Centro penitenciario sitúa al interno en una posición de especial dependencia de la Administración penitenciaria y ve disminuidas sus posibilidades de autoprotección; de ahí que corresponda a esta última asumir la tutela de su vida y su salud. Esta circunstancia es la que justifica ese especial deber jurídico de la Administración –y, por tanto, de la posición de garante del funcionario penitenciario– que podría dar lugar en caso de incumplimiento a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración (18) e, incluso, podría fundamentar, en su caso, la responsabilidad penal del personal penitenciario a título de comisión por omisión, siempre que concurren los presupuestos del artículo 11 CP (19).

Esto es, la Administración está obligada a prestar la asistencia sanitaria necesaria en caso de enfermedad del interno, así como a evitar las posibles agresiones entre internos. Incluso, en principio, estará obligada a adoptar las medidas necesarias para evitar las agresiones de los internos hacia sí mismos y prevenir el riesgo de suicidio (20). El ingreso en un Centro penitenciario puede producir en el recluso un estado depresivo que la Administración estará obligada a tratar de controlar a fin de impedir que pueda desembocar en un suicidio.

Lo anterior ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha declarado que el artículo 2 del CEDH (21), implica, bajo determinadas circunstancias, «la obligación positiva para las autoridades de adoptar preventivamente medi-

---

(18) Véase, por todas la STSJCIV, de 28 de febrero de 2012, en la que se confirma la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por el homicidio de un interno, cometido por otros dos internos en los aseos de un módulo de máxima seguridad, al haberse constatado un déficit en el sistema de vigilancia. Igualmente la STSJC, de 10 de mayo de 2013, declara la responsabilidad patrimonial de la Administración por el intento de suicidio de un interno que se encontraba cumpliendo una sanción de aislamiento en celda, a pesar de que tal situación resultaba totalmente contraindicada en su caso debido, entre otras circunstancias, a la existencia de un intento de suicidio y de dos episodios de autolesiones previos.

(19) Precisamente, la STS, de 2 de febrero de 1995, ratificó la condena al director en funciones de una prisión por no impedir, pudiendo hacerlo, el rigor innecesario, con resultado de lesiones, empleado por los funcionarios para vencer la resistencia de un interno a cumplir las órdenes recibidas.

(20) Acerca las restricciones injustificadas a la autonomía de los internos en materia de prevención de suicidio puede verse, LACAL CUENCA, P. y SOLAR CALVO, P.: «Suicidio en prisión», *Diario La Ley*, 8254, de 19 de febrero de 2014.

(21) En el artículo 2 del CEDH, se garantiza el derecho a la vida. Este precepto establece:

«1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.



das de orden práctico para proteger a las personas frente a los hechos de los demás o, en ciertas circunstancias particulares, contra sí mismas», pues, como este mismo Tribunal admite, los internos están en situación de vulnerabilidad y las autoridades tienen el deber de protegerlos. Si bien esta obligación debe interpretarse, según el Tribunal, de forma que no imponga a las autoridades una carga excesiva o insostenible (22).

Ahora bien, cuando el interno, aun en caso de riesgo vital, decide libre y responsablemente rechazar el tratamiento, no me parece posible justificar la imposición de un tratamiento en contra de su voluntad (23); por ejemplo, un tratamiento de quimioterapia para tratar un cáncer, aunque parece que no era esto en lo que estaba pensando el legislador cuando se introdujo esta norma en el Reglamento penitenciario.

Desde el punto de vista material, la norma no respeta los criterios de proporcionalidad en la ley establecidos por el Tribunal Constitucional, el cual, con motivo de la resolución de numerosos recursos de amparo interpuestos por reclusos en centros penitenciarios, ha ido estableciendo su doctrina general en relación con los límites a la restricción de derechos fundamentales de los internos. Así, de acuerdo con su criterio, sobradamente conocido, es exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho funda-

---

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.

c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección».

(22) STEDH *Jasinska v. Polonia*, de 1 de junio de 2010, ap. 58-60. Véase también *Ketreb v. Francia*, 19 de julio de 2012.

(23) Sobre la relevancia jurídico-penal de la actividad médico-quirúrgica y el derecho a la autodeterminación del paciente, JORGE BARREIRO, Ag.: «Aproximación al estudio del Derecho penal sanitario», en Silva Sánchez, Queralt Jiménez, Corcoy Bidasolo, Castiñeira Palou (Coords.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo (B de F), 2017, pp. 629-632. Sin embargo, la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de octubre de 2005, declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de un interno a causa de síndrome de inmunodeficiencia adquirida, por no haber impuesto coactivamente el tratamiento médico necesario que el interno se había negado a recibir.

mental supera el juicio de proporcionalidad (en sentido amplio), es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de alcanzar 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– (24).

En mi opinión, no es posible encontrar un objetivo legítimo que justifique ese diferente tratamiento respecto de los ciudadanos libres; 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. Además, los costes de la restricción son mayores que los beneficios: se protege la vida, pero se lesiona la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Incluso se vería 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.

En este orden de cosas, el TEDH ha afirmado que las autoridades penitenciarias han de desempeñar sus funciones de protección de los reclusos de forma compatible con los derechos y libertades de la persona, y ha precisado textualmente: «Se pueden tomar medidas y precauciones generales al objeto de reducir el riesgo de automutilación sin interferir en la autonomía individual» (25).

#### 4. Especial referencia a la huelga de hambre

Los supuestos de huelga de hambre dentro del ámbito penitenciario suscitan un difícil conflicto entre, por un lado, la dignidad y el derecho a la autonomía de los internos que deciden utilizar su derecho a la huelga de hambre para realizar sus reivindicaciones y, por otro lado, la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los mismos, y evitar, en consecuencia, que la huelga pueda conducir a la muerte del huelguista.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 210 RP, este problema estaría resuelto en favor del deber de la Administración de alimentar

---

(24) STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

(25) STEDH *Jasinska v. Polonia*, ap. 61.

coactivamente al interno cuando exista un «peligro inminente para su vida». Esa obligación de intervenir, por tanto, no sería en cualquier circunstancia, sino a partir del momento en que según el criterio médico peligrase su vida, y estaría prevista, no para cualquier ciudadano, sino únicamente para las personas privadas de libertad y sometidas al régimen penitenciario, lo que hace dudar de su conformidad con la protección de derechos que se desprende de la Constitución.

En general, en relación con la cuestión sobre si existe o no el deber jurídico de intervenir en contra de la voluntad en caso de huelga de hambre, podría afirmarse que la doctrina penal española mayoritaria niega la obligación jurídica de imponer un tratamiento coactivo siempre que la decisión del huelguista sea libre y responsable (26). Sin embargo, algunos autores matizan que en el momento en el que el huelguista pierda la conciencia, o esta se encuentre de tal forma debilitada que la persona no esté en condiciones de decidir libremente habría obligación de intervenir porque, en esa circunstancia, su voluntad o bien no es jurídicamente relevante o bien no se puede conocer con certeza (27); a ello se añade el que un respeto a ultranza de la voluntad del huelguista puede ser un cómodo expediente para cualquier gobierno con el fin de desembarazarse de sus más temidos adversarios políticos: «bastaría con colocarlos en una situación desesperada o excesivamente opresiva en prisión, para, aún de un modo indirecto, inducirles a la huelga de hambre, dejando luego simplemente en un «escrupuloso y democrático» respeto a la libertad individual que esta llegue hasta el final» (28). Otros autores, entre los que me encuentro, entienden, por el contrario, que la no exigibilidad del deber de alimentar coactivamente subsiste incluso cuando el sujeto haya entrado en una fase de inconsciencia, siempre y cuando hubiese

---

(26) Por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 624-625 y 628; LUZÓN PEÑA, D.: «Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis», en *REP*, núm. 238, 1987, pp. 49-50; CERVELLÓ DONDERIS, V.: «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 19, 1996, pp. 98-164; GARCÍA-GUERRERO, J.: «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario: aspectos éticos, deontológicos y legales», *Revista española de sanidad penitenciaria*, V. 15, núm. 1, 2013, pp. 1-10.

(27) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 20.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 62-63. De esta misma opinión, BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Agresión médica y consentimiento del paciente», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, p. 138, nota 15.

(28) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18.<sup>a</sup> ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 67.

manifestado hasta el último momento de consciencia su voluntad de no ser alimentado (29).

Y, por lo que respecta a la posición jurisprudencial, el problema sobre la obligación o no de intervenir coactivamente fue objeto de diversos pronunciamientos judiciales, con ocasión de la declaración en huelga de hambre, a finales de 1989, de varios presos pertenecientes a los Grupos Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO). En términos generales, las posiciones de los diferentes órganos jurisdiccionales respecto de ese caso pueden agruparse en las dos siguientes: 1) obligación de la Administración penitenciaria de alimentar a los huelguistas, aun cuando estos se encuentren en estado de plena consciencia y expresen su voluntad contraria a ser alimentados; y 2) obligación de la Administración de alimentar forzosamente a los huelguistas, pero únicamente en el caso de que estos se encuentren en estado de inconsciencia. Esta última ha sido la posición del Tribunal Constitucional en tres sentencias en las que tuvo que decidir sobre tres casos que afectaban a presos del GRAPO y que han marcado las decisiones de los órganos judiciales que han tenido que resolver con posterioridad casos semejantes (30).

Las tres sentencias se dictaron en resolución de otros tantos recursos de amparo planteados por presos en huelga de hambre, en los que se aducía que la alimentación forzosa, de la que estaban siendo objeto por parte de la Administración penitenciaria, vulneraba los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 de la Constitución. El Pleno del Tribunal Constitucional a lo largo de sus sentencias va descartando uno a uno los diversos motivos de impugnación, reconociendo, sin embargo, que la alimentación coactiva supone

---

(29) SILVA SÁNCHEZ, J.: «Aspectos de la comisión por omisión», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989, p. 403; JUANATEY DORADO, C.: *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid (Ministerio de Justicia e Interior. Centro de Publicaciones), 2004, pp. 331-333.

(30) La huelga de hambre de los GRAPO tuvo una gran repercusión pública y motivó, por un lado, el pronunciamiento, en primera instancia, de diversos juzgados de vigilancia penitenciaria y, en segunda instancia, de varias audiencias provinciales –órganos competentes para conocer en materia penitenciaria–. Por otro lado, dio lugar a tres sentencias del Tribunal Constitucional, que conoció del caso por la vía del recurso de amparo (SSTC 120/90 de 27 de junio, 137/90 de 19 de julio y 11/90 de 17 de enero). Un comentario sobre estas resoluciones judiciales puede verse en ATIENZA, M.: «La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO», en *Jueces para la democracia. Información y debate*, abril, 1990, pp. 31-36; y en *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona (Ariel), 1993, pp. 89-116. También sobre el tema, JUANATEY DORADO, C.: *Derecho, suicidio y eutanasia*, ob. cit., pp. 357-367; y *El Derecho y la muerte voluntaria*, México D. F. (Fontamara), 2004, pp. 100-109.

una vulneración del derecho a la integridad física y moral garantizada en el artículo 15 CE. No obstante, el Tribunal declara que tal vulneración se encuentra justificada por la necesidad de preservar el bien de la vida humana. Y, a su vez, frente al conflicto entre el valor de la vida y el valor de la libertad, resuelve en favor del primero, en virtud de una serie de argumentos –no compartidos siempre por todos los miembros del Tribunal– que, en mi opinión, resultan inaceptables.

Muy resumidamente, en su sentencia 120/90 (31), el Tribunal afirma que «no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente» (FJ 7). Y, en concreto, a fin de justificar la alimentación forzosa en el caso concreto que trata de resolver, la sentencia se apoya en dos argumentos más que son, sobre todo el primero, los que le llevan definitivamente a adoptar tal resolución: la «relación especial de sujeción» en que se encuentran los reclusos en relación con la Administración penitenciaria y la «ilicitud» de la huelga de hambre (32). Pero, como vamos a ver, el propio Tribunal sugiere –aunque solo como mera hipótesis– que las cosas podrían ser diferentes si se tratase de ciudadanos libres o de presos en una situación distinta, pero sin llegar a decir nada acerca de qué pasaría en tales situaciones.

Así, por lo que se refiere al argumento de la «relación especial de sujeción» (concepto importado de la doctrina administrativista alemana) (33),

---

(31) Me centraré en esta sentencia cuyos fundamentos jurídicos se reproducen en las dos posteriores.

(32) Una reflexión sobre la licitud o ilicitud moral de la huelga de hambre puede verse en GIMBERNAT, J. A.: «Consideraciones éticas en torno a la huelga de hambre de los "grapo"», *Jueces para la democracia*, núm. 9, 1990, pp. 40-41.

(33) Esta relación se suele describir en la doctrina administrativista como «una relación de dependencia del individuo respecto a un fin específico de la Administración pública, que se añade a la relación de dependencia jurídica en que como súbdito se encuentra frente al Estado». El ejemplo más característico es el de los funcionarios públicos, los cuales, además de a una relación de dependencia como ciudadanos, están sometidos de manera especial al Estado en virtud de su condición de funcionarios, lo que conlleva para ellos deberes específicos. Y, por lo que respecta al ámbito penitenciario, esos fines específicos de la Administración penitenciaria, que justificarían la existencia de una relación especial de sujeción de los internos respecto de la Administración Penitenciaria, no pueden ser otros que los previstos en el artículo 1 LOGP, esto es, la reeducación y la reinserción social de los condenados y de los sometidos a medidas privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Pero existe una diferencia fundamental entre la situación del funcionario público y la del preso en una institución penitenciaria: la condición de funcionario se adquiere de forma voluntaria, mientras que esto no ocurre con la de recluso en un centro penitenciario. Y esta diferencia dificulta notablemente que se

el Tribunal afirma que dicha relación permite, «en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas» (FJ 6). Igualmente, acepta que la asistencia médica coactiva supone una vulneración del derecho constitucional a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a no ser que tenga justificación constitucional. Y esta justificación constitucional parece encontrarla el Tribunal, en el caso concreto que trata de resolver, en la existencia de esa especial «relación de sujeción», en virtud de la cual la Administración Penitenciaria tiene el deber de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, deber recogido en el artículo 3.4 LOGP en virtud de la habilitación que le confiere el artículo 25.2 CE para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos (34).

Sin embargo, la «relación especial de sujeción» es, en términos generales, una institución muy polémica (35). Y, en concreto, como se

---

puedan justificar determinados límites a los derechos de los internos basándose precisamente en ese tipo de relación. Sobre las relaciones especiales de sujeción puede verse, GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución española*, Madrid (Tecnos), 1992; LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid (Cívitas), 1994; VALENCIA MARTÍN, G.: «Derecho Administrativo Sancionador y Principio de Legalidad», en *El principio de legalidad, Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 2000, pp. 78-153; del mismo, «El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo», en: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dir.), *Comentarios a la Constitución española (XL aniversario)*, Madrid (Wolters Kluwer), 2018, Tomo I, pp. 930 a 947; MAPELLI CAFFARENA, B.: «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario» *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 16, 1992-1993, pp. 281-326.

(34) Este argumento no es compartido por dos de los miembros del Pleno del Tribunal Constitucional, los magistrados Rodríguez Piñero y Leguina Villa que, en consecuencia, emitieron un voto particular a la Sentencia 120/90 (a estos argumentos me referiré en la conclusión a este trabajo).

(35) Como ha señalado VALENCIA MARTÍN: «La teoría de las llamadas relaciones especiales de sujeción o relaciones de sujeción especial es, sin duda, una teoría antipática ya por su propia denominación. Tuvo, además, históricamente una justificación y unas consecuencias que hoy ha perdido, pues no se ajustan al marco constitucional ni del país donde se elaboró (Alemania) ni, por supuesto, a nuestro marco constitucional», en «Derecho Administrativo Sancionador...», ob. cit., p. 136. De hecho, son muchas las controversias que suscita su aplicación pero, fundamentalmente, resultan problemáticas tanto la determinación de los límites a la potestad normativa de la Administración en el ámbito de estas relaciones de sujeción, como la misma concreción de los supuestos que caen bajo esta categoría administrativa.

ha apuntado en la doctrina administrativista, la relación jurídica existente entre la Administración y el interno en instituciones penitenciarias presenta características muy peculiares que condicionan notablemente la aplicación de la institución de la relación especial de sujeción en este ámbito (36). No hay que olvidar, como advierten algunos autores, la excepcionalidad de la forma de inserción, que está presidida por la nota de la coacción y la profunda afectación de derechos fundamentales del individuo que dicha relación jurídica conlleva (37). A ello deben sumarse las particularidades de la situación jurídica del recluso que, por un lado, impiden que pueda afirmarse un papel central de la Administración penitenciaria como parte activa, dadas las competencias de los juzgados de vigilancia; y, por otro lado, obligan a prever actuaciones drásticas sobre las libertades más primarias del individuo que impiden la aplicación automática del régimen de las relaciones especiales de sujeción en aspectos tales como la introducción de excepciones al principio de reserva de ley orgánica (38).

Precisamente, aunque el propio Tribunal Constitucional ha calificado la relación de los internos con la Administración penitenciaria como una «relación de sujeción especial» (39), afirmando que «el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su autoridad sobre aquellos que, aparte 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» (40), no obstante, admite que «el ejercicio de dicha vigilancia está sometido a normas legales de estricto cumplimiento, con un concreto control judicial a través de la jurisdicción de

---

(36) De hecho, como indica Reviriego, durante la elaboración del Reglamento de 1996, a pesar de que inicialmente se reconocía expresamente la existencia de esta relación de sujeción especial en el artículo 5 del Anteproyecto, se optó finalmente por su no inclusión en el texto definitivo, al considerarla poco conveniente «por tratarse de una locución creada en su origen histórico para justificar tres privilegios de la Administración regia: la relajación del principio de legalidad, la limitación de los derechos fundamentales de ciertos súbditos y la ausencia de tutela judicial de determinados actos administrativos», en REVIRIEGO PICÓN, F.: «Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios», *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, T. I., Navarra, 2006, p. 1596.

(37) TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. y SAPENA GRAU, F.: *Curso.. ob. cit.*, p. 78.

(38) *Ibíd.*, p. 78.

(39) Véanse, STC 2/87, de 21 de enero, FJ 4.º y STC 120/90, de 27 de junio, FJ 6.º, entre otras.

(40) STC 2/87, de 21 de enero, FJ 2.º

vigilancia penitenciaria», subrayando que la vigilancia del interno se encuentra limitada por la finalidad propia de la relación especial de sujeción (artículo 1 LOGP) y por el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso, que el artículo 25.2 CE expresamente reconoce (41). E, igualmente, ha reconocido que el uso abusivo de esta teoría ha dificultado enormemente la delimitación de los supuestos subsumibles bajo tales relaciones de sujeción (42). De hecho, ha manifestado que no solo es imprecisa la distinción entre las relaciones de sujeción general y especial, sino que ni siquiera aquellas relaciones que se incluyen de manera pacífica bajo esta última categoría han de tener el mismo tratamiento normativo (43).

Pues bien, a pesar de todo lo anterior y aun reconociendo que se trata de un concepto impreciso, ha utilizado esta institución para justificar la alimentación coactiva a los internos en caso de huelga de hambre, limitando así su derecho a la autonomía. Dado que, en este caso, la restricción del derecho de los internos a decidir sobre su vida y su salud no puede sustentarse en razones de seguridad, mantenimiento del orden o de tratamiento, ha recurrido a la institución de la relación especial de sujeción, lo que no se compadece bien con lo que este mismo Tribunal ha declarado al afirmar que «la relación de sujeción especial debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales» (44).

En cuanto al argumento de la ilicitud de la huelga, el Tribunal sostiene que es ilícita «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, pues en este caso la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger» (FJ 7) (45). Frente a este argumento hay que señalar que, aunque la finalidad de la huelga se pueda considerar no amparada por la ley, no es una conducta prohi-

---

(41) STC 141/1999, de 22 de junio, FJ 4.º

(42) STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 6.º

(43) STC 141/1999, de 22 de junio, FJ 4.º

(44) STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 4.º

(45) También discrepan de este argumento los magistrados Rodríguez Piñero y Leguina Villa.



bida, de manera que no se puede considerar esta una razón legítima para limitar la libertad de quienes actúan conforme a esos fines (46).

Y, en lo relativo al conflicto planteado entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad –entendido como derecho a la autodeterminación individual– de los internos en huelga de hambre, el Tribunal afirma que «la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del artículo 17.1 de la Constitución» (FJ 11), dado que «la libertad protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 de la Constitución–, solo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el Capítulo Segundo de su Título I» (FJ 11) (47). Y, a juicio del Tribunal, tampoco la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) se ve vulnerada por la alimentación médica obligatoria, puesto que esta medida se dirige exclusivamente a proteger la vida de los huelguistas, sin intención alguna de impedir que estos continúen en su actitud reivindicativa (FJ 10).

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional pretendió resolver el supuesto específico de la justificación de la alimentación coactiva a reclusos que a través de una huelga de hambre «ilícita», ponen en peligro su vida; sin embargo, junto a argumentos que efectivamente van referidos al caso individual que trata de solventar, emplea argumentos y realiza afirmaciones que no se limitan ya a ese supuesto específico, sino que tienen un alcance general (48).

De hecho, esta resolución del Tribunal Constitucional –a pesar de que en este caso la alimentación coactiva se fundamenta en el carácter

---

(46) De esta opinión, RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pp. 53.

(47) Disiente de esta tesis el magistrado Leguina Villa quien en su voto particular manifiesta que «el art. 17.1 de la Constitución reconoce a todos "el derecho a la libertad", entendida ésta, según reiterada doctrina de este Tribunal, como "libertad física" que protege a todos no solo, según dice la sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que solo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos».

(48) Así lo ha señalado muy lúcidamente, RUIZ MIGUEL, A.: «Autonomía individual...», ob. cit., pp. 135-165.

ilícito de la huelga de hambre y pese a que expresamente se afirma que «las cosas podrían ser diferentes si se tratase de ciudadanos libres o de «presos en una situación distinta»–, ha servido de base para la decisión de alimentar coactivamente en casos de huelga de hambre, aun no tratándose de huelgas ilícitas –al menos no se hace referencia alguna a ello en las resoluciones– (49). Incluso en aplicación del artículo 210.1 RP no se ha esperado a que el interno estuviese en estado de inconsciencia, sino que se ha intervenido con anterioridad, en el momento en el que los facultativos consideraron que existía un grave riesgo para su vida (50).

#### IV. CONCLUSIÓN

El artículo 210.1 RP establece una limitación injustificada de los derechos fundamentales de los internos, restricción que de ningún modo puede ampararse en una supuesta autorización contenida en el artículo 3.4 LOGP.

Comparto plenamente la opinión de los magistrados disidentes en la sentencia 120/90 del Tribunal Constitucional. Así, como señala Rodríguez Piñero, la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede justificar el establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, quien en relación a su vida y su salud y como enfermo goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria. Asimismo, como apunta Leguina Villa, no estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial –tampoco la penitenciaria– puede justificar una coacción que, aunque tenga como finalidad proteger la salud o salvar la vida de quienes la sopor-

---

(49) Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 1, de 14 de septiembre de 2006; Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de septiembre de 2008.

(50) La Parte Dispositiva del AJCI, de 14 de septiembre de 2006, establece: «Se acuerda que si la huelga de hambre iniciada el 7 de agosto del corriente por el interno J. C. llega al extremo de acarrear peligro para su vida o, incluso, un grave peligro para su integridad física, produciendo daños irreparables, según su estado clínico a tenor de los criterios médicos tenidos en cuenta al tiempo de dictarse, deberá procederse a la administración de la terapéutica y alimentación adecuadas al caso sin empleo en lo posible de fuerza física alguna y, en todo caso, sin vulneración de su dignidad como ser humano»

tan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor le convengan, siempre que no supongan un daño para otros.

Y, en particular, aunque del artículo 3.4 LOGP puede desprenderse, en principio, la obligación de la Administración penitenciaria de alimentar forzosamente al recluso en huelga de hambre para evitar que se suicide, la omisión de este deber de actuar estará justificada si la decisión del sujeto es autónoma. Y aunque el huelguista haya entrado en fase de inconsciencia, si previamente ha manifestado su voluntad libre y responsable de morir y de no ser alimentado en dicho estado, tal voluntad debe ser considerada relevante y respetada. En estos supuestos, la omisión del deber de alimentar por parte del funcionario penitenciario también podrá justificarse en virtud de la protección que la Constitución española otorga a la autonomía de la voluntad del individuo.

Afirmar lo contrario podría conducir a una situación de encarnizamiento con el interno, puesto que si este insiste en su voluntad de morir, podría entrar y salir sucesivamente de ese estado de inconsciencia hasta finalmente morir, lo que daría lugar a un trato inhumano difícilmente compatible con la dignidad de la persona: se le estaría tratando únicamente como un medio y no como un fin en sí mismo, puesto que tras esa medida no puede encontrarse otra finalidad que la de evitar las consecuencias políticas negativas que puedan derivarse de la muerte del huelguista. El riesgo de que el respeto de la voluntad del huelguista pueda ser usado de forma fraudulenta por cualquier gobierno para desembarazarse de sus más temidos adversarios, no me parece que permita justificar lo que supone una grave vulneración del principio de la autonomía de la voluntad de la persona. A mi juicio, si la decisión del huelguista es autónoma, la omisión de alimentar por la fuerza debe justificarse en el plano jurídico-penal, pero ello no obsta para que se exijan las correspondientes responsabilidades políticas –pero ajenas al ámbito jurídico-penal– si se produce un abuso de poder por parte de la autoridad política.

Hay que reconocer, de todas formas, que en la práctica no es fácil que se produzcan supuestos de huelga de hambre en los que pueda hablarse genuinamente de «voluntad autónoma de morir». Especialmente, cuando se trata de presos pertenecientes a bandas o grupos terroristas que normalmente actúan sometidos a una fuerte presión ejercida por la organización.

# Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Catedrático de Derecho penal  
Universidad de Valladolid

## RESUMEN

*Concepción Arenal constituye una eminente figura del pensamiento español del siglo XIX que sigue proporcionando luminosidad en cuantos temas abordó. Su ambición fundamental estaba en la dedicación personal e intelectual a los excluidos y más necesitados de la sociedad de su tiempo. Por ello escribió y se dedicó, entre otros grupos, a los presos, considerados los pobres más menesterosos de su época. Su episódica presencia en la Administración penitenciaria y los numerosos escritos de esta materia dan cuenta de este interés. Para ello elabora una sistemática y coherente concepción de la pena en la que destaca su necesario carácter correccional, emite informes que envía a los Congresos Penitenciarios internacionales con gran éxito e influye de manera más o menos inmediata en algunas reformas del sistema penitenciario. Todos estos aspectos son puestos de relieve en el presente trabajo para ofrecer una mejor idea de la trascendencia de esta personalidad del pensamiento penitenciario del siglo XIX que llega hasta nuestros días.*

Palabras clave: *Concepción Arenal, pobres, presos, cárcel, sistema penitenciario, Congresos penitenciarios internacionales*

## ABSTRACT

*Concepción Arenal is an eminent figure of Spanish thought of the nineteenth century that continues to provide luminosity in all issues she dealt with. Her fundamental ambition was a personal and intellectual dedication to the excluded and most*

*needy people of the society of her time. For that reason, she wrote and devoted himself, among other groups, to the prisoners, considered the most helpless poor people of her epoch. Her episodic presence in the Penitentiary Administration and the numerous writings on this subject reflect this interest. To this end, she draws up a systematic and coherent conception of the punishment, in which it stresses its necessary correctional nature, she issues reports that she sends to the international Penitentiary Congresses with great success and she influences in a more or less immediate way some reforms of the penitentiary system. All these aspects are highlighted in the present work to offer a better idea of the transcendence of this personality from the penitentiary thought of the nineteenth century that reaches our days.*

Key words: *Concepción Arenal, poor people, prisoners, jail, penitentiary system, international prison congresses.*

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Las acciones de beneficencia para los necesitados.-3. Su trayectoria penitenciaria.-4. Aparición y desarrollo del sistema penitenciario en el siglo XIX.-5. Concepto y caracteres de la pena en Concepción Arenal.-6. Los informes a Congresos Penitenciarios Internacionales.-7. El personal y visitantes del sistema penitenciario español.-8. Algunas reformas penitenciarias suscitadas por Concepción Arenal.

## 1. INTRODUCCIÓN

Concepción Arenal es de esas figuras que a menudo se mencionan pero que en realidad no se conocen muy bien, que incluso estando presente en muchos escritos y siendo reconocida de forma general ha sido poco leída en sus obras y escasamente conocida en sus hechos. De ella dice SALILLAS que «la fama de su nombre, la fama espiritual, podemos decir, no puede ser mayor; pero la producción derivada de la lectura de sus obras, no puede ser más insignificante» (1). Es verdad también que a ello ayudó algo su falta de interés y resistencia en ser reconocida y biografiada, como también lo difícil de clasificar su pensamiento entre los grupos a los que de modo automático se adscribían los personajes públicos. Merece la pena contribuir, aunque sea de forma muy modesta, a un mayor conocimiento de esta ilustre figura del siglo XIX español, que destacó en variados campos pero que en esta breve colaboración en el conocimiento de su vida y obra será

(1) *Inspiradores de Doña Concepción Arenal*. Editorial Reus 1920, p. 5.

observada principalmente desde el punto de vista de su relación con el sistema penitenciario español y general de su época, la segunda mitad del siglo XIX en la que desarrolla lo que podríamos llamar su vida pública.

Había nacido en El Ferrol el 31 de enero de 1820. El padre de Concepción (Ángel Arenal Cuesta) era un militar profundamente liberal y de buena ilustración, que había publicado ya alguna obra sobre la organización militar de España. Al inicio del *trienio liberal* (1820-1822) apoyó la rebelión de las guarniciones de Galicia, cuyo mayor exponente era el liberal Francisco Espoz y Mina, Capitán general de Galicia. Ángel Arenal fue nombrado secretario político del Gobierno Superior de la Provincia de Galicia y en 1822 jefe político de Lugo (2). Después del Trienio liberal y la restauración del Absolutismo fue perseguido y encarcelado, falleciendo poco después de ser liberado en 1829 debido a la enfermedad y los padecimientos experimentados mientras estuvo en prisión (3). Así quedaron huérfanos sus hijas entre las que se encontraba Concepción cuando tenía nueve años de edad (4). Tras la muerte del progenitor se traslada la familia a Armañó (Cantabria) a la casa de la abuela paterna.

Ya en 1834 se va a vivir a Madrid con la ayuda de algún pariente. Sus deseos de aprendizaje le llevaron a estudiar Derecho en la entonces Universidad Central, los mismos estudios que había iniciado su padre pero que abandonó para alistarse en el ejército al comienzo de la guerra de la independencia. Para poder ingresar en los estudios se llegó a vestir de hombre y ser así según algunos autores la primera mujer universitaria. Cuando se reveló que en realidad era una mujer fue sometida a un examen que superó y con ello autorizada a proseguir sus estudios entre 1842 y 1845. En 1848 se casa con Fernando García Carrasco, igualmente jurista y escritor, quien murió tempranamente en 1857 afectado por tuberculosis después de nueve años de matrimonio y cuando ya tenían dos hijos pequeños. Esto la obligará al poco tiempo a retornar a las casas de los familiares fuera de Madrid. En Potes organizará la rama femenina de las Conferencias de San Vicente de Paul como asociación benéfica, animada por su amigo el músico Jesús Monasterio (5). Ya había publicado algunas cosas antes

---

(2) <http://www.filosofia.org/ave/001/a328.htm>.

(3) TELO NÚÑEZ, M. *Concepción Arenal y Victoria Kent. Las prisiones. Vida y obra*. Instituto de la mujer 1995, p. 18.

(4) SÁNCHEZ MOGUEL, A. «Doña Concepción Arenal en la literatura española». *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura* (AAVV). Madrid, 1894, p. 24-25.

(5) TELO NÚÑEZ, M. *Concepción Arenal y Victoria Kent. Las prisiones. Vida y obra*. Instituto de la mujer 1995, p. 23.

pero en los años 50 comienza a colaborar con la prensa, particularmente en el diario liberal La Iberia. Con el tiempo creará con ayuda de personas de su confianza una publicación –La Voz de la caridad– en el que publicará medio millar de artículos.

Arenal se ocupó en su numeroso grupo de publicaciones de temas también muy distintos. Lo hizo de pedagogía, materias jurídicas, científicas, sociológicas, históricas, escribió literatura, la mujer, bellas artes, música o sobre problemas sociales. Pero puede decirse que existe un nexo común en todos sus escritos, una preocupación predominante que enlaza con su vida y sus hechos. En su vida hay sin duda un norte claro que es su actividad en favor de lo que hoy llamaríamos los excluidos, lo marginados sociales a lo que cuidó profundamente en su quehacer y en sus obras. «la causa y el acicate de cuanto pensó y obró no fue otro que un sentimiento de humanidad, siempre en acción, un sentimiento de simpatía para todos los dolores, un sentimiento de compasión para todos los desgraciados. Lo son los pobres, y por eso escribió sobre beneficencia; lo son los obreros, y por eso escribió sobre el problema social; lo son los presos, y por eso escribió sobre derecho penal y sistemas penitenciarios; lo son las víctimas de la guerra, y por eso escribió sobre el derecho internacional; y por eso, además de escribir, fundó y fue el alma de sociedades caritativas; visitó e inspeccionó prisiones y se puso al frente de algunos hospitales durante la última guerra civil» (6).

## 2. LAS ACCIONES DE BENEFICENCIA PARA LOS NECESITADOS

En este sentido de su interés y atención a los más necesitados su Memoria sobre La beneficencia, la filantropía y la caridad de 1861, puede considerarse central entre sus obras. La misma fue premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. En ella señalaba lo distinto de cada concepto mencionado. «*Beneficencia*, es la compasión oficial que ampara al desvalido por un sentimiento de orden y de justicia. *Filantropía*, es la compasión, filosófica, que auxilia al desdichado por amor a la humanidad, y la conciencia de su dignidad y de su derecho. *Caridad* es la compasión cristiana que acude al menesteroso por amor de Dios y del prójimo». Pero advertía de las actuaciones no coordinadas de cada una de ellas, especialmente en un

---

(6) DE AZCÁRATE, G. «Doña Concepción Arenal en el Derecho y la sociología». *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura* (AAVV). Madrid, 1894, pp. 9-10.

tiempo en el que el Estado comenzaba a asumir la beneficencia pública pero desplazaba la caridad y filantropía privadas: «Es consolador que los hombres pensadores hayan comprendido todo el mal que viene de que estas tres grandes fuentes de consuelo corran en distintas direcciones. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas consigna este hecho de una triste evidencia para todos los que han pensado en la materia. *La caridad privada y la Beneficencia pública están separadas*». Por eso a continuación afirmaba la necesidad de cooperación, dando pistas y sugiriendo fórmulas: «*Es preciso enlazarlas. ¿Bajo qué bases? He aquí el problema para cuya resolución hace un llamamiento a las inteligencias que en estas cuestiones se ejercitan. «Cuatro son los principios que en nuestro concepto deben seguirse para enlazar la caridad privada y la Beneficencia pública. 1.º Es un deber de la sociedad procurar a los desvalidos la mayor suma de bien posible. 2.º La Sociedad no comprende su alta misión, si cree llenarla con solo hacer bien material. 3.º El Estado aislándose de la caridad privada no puede auxiliar debidamente ni el cuerpo del menesteroso ni su alma. 4.º Existen en la Sociedad los elementos necesarios para consolar todos los dolores, no hay más que armonizarlos»*».

Durante el siglo XIX habrá una continuación de las actividades de sociedades filantrópicas, entorpecidas por guerras, acontecimientos políticos y sociales, destacando hacia la segunda parte del mismo la acción de asistencia, de acompañamiento y estudio desplegada por Concepción Arenal y reconocida internacionalmente (7). Esta infatigable escritora y activista en pro de los más desválidos alienta de forma intensa e inteligente a la sociedad a promover la ayuda a todo tipo de necesitado, entre los que se cuentan sin lugar a dudas los encarcelados. En realidad todo lo relativo a la beneficencia, filantropía o caridad, constituye para Concepción Arenal una obligación social que supone un acto de justicia y no de mera liberalidad con los desamparados.

Su claro discernimiento le hace ver la necesidad de una acción coordinada entre la acción de la beneficencia pública con la caridad privada, para poder ser eficaces en una actuación que debe ser permanente y que más allá de necesaria asistencia material busca la formación moral e instrucción básica de sus destinatarios. Además este tipo de asistencia a los que se encuentran en situación de debilidad concierne a todos los ciudadanos, pues «El filósofo ve en la caridad un elemento de bienestar, el político un elemento de orden, el artista un tipo de belleza, el creyente la sublime expresión de la voluntad de

---

(7) WINES, E.C. *The State of the Prisons and of Child-Saving Institutions in the civilized world*. Patterson Smith 1968, p. 365.



Dios. Es como la aurora; cada viviente la saluda en su lenguaje, pero no hay ninguno que deje de saludarla».

Pero para Arenal todo lo concerniente a la ayuda a las personas en situación de carestía material y moral no es simplemente algo que dependa de las personas de buena voluntad, sino que se trata de un deber cívico que concierne a cualquiera más allá de creencias y otras diferencias personales. Y esta obligación de todo ciudadano emana en realidad por cuanto la civilización nos pone ante un deber que procede de la justicia. Es un deber: «Esto no es ya solamente un precepto religioso, es una verdad filosófica, un axioma moral, una irresistible tendencia de la sociedad que empieza. Con motivo de un grave mal que remediar, o de un gran bien que hacer, convocad hombres de todas clases y opiniones, un demócrata y un absolutista, un millonario y un artesano, un ateo y un creyente; la forma de sus razonamientos variará mucho, los medios que propongan para alcanzar el fin propuesto serán también diferentes, pero todo lo que digan todos partirá de esta verdad y volverá a ella». Pero, como se ha indicado, es un deber que se apoya en razones de justicia: «La indiferencia para los males de nuestros semejantes, no revela ya solo dureza en el corazón, sino extravío de la inteligencia; al hombre cruel no le falta solamente sensibilidad y espíritu religioso, sino razón. La tendencia al bien se encarna cada día más en el hombre civilizado, pasa del corazón a la cabeza, y estamos tocando la época en que las leyes del mundo Cristiano derivarán de este principio».

Además, como mujer de amplios conocimientos, advierte la necesidad de aprovechar todos los recursos en esta ingente tarea para hacerla verdaderamente eficiente. Entre ellos la ciencia, que en su vertiente de las ciencias naturales y los conocimientos experimentales pueden hacer mucho más práctica la tarea, en coordinación con las ciencias no experimentales. Reclama para la acción caritativa el auxilio eficaz de las ciencias. El aislamiento que observa a la hora de llevar a cabo la beneficencia en España le impide ser más eficaz. «La Beneficencia en España marcha empíricamente en el más fatal aislamiento de las ciencias que pudieran auxiliarla. No consulta la higiene para la conservación de la salud, ni la química para analizar y buscar alimentos sanos, nutritivos y baratos; ni la moral y la economía política para utilizar sus luminosas verdades. Las ciencias sociales lo mismo que las físicas no pueden aislarse, ni puede caminar una sin el auxilio de las otras. Si la Beneficencia interroga tan solo la economía política y prescinde de la moral se equivocará, será cruel y no conseguirá su objeto, porque desconociendo el corazón del hombre le pedirá imposibles. Nada más común que declamar contra la *imprevisión del*

*pobre*, esa providencial y jovialísima compañera, que lo permite estar alegre sin ser dichoso, y cantar la víspera de su infortunio. El que no ha sentido nunca el hambre ni las privaciones materiales discurre así. El pobre tiene, por ejemplo, 90 rs. para treinta días, gaste 5 rs. diarios, y nunca se verá absolutamente privado de recursos, y no que gastando ciertos días cinco o seis, llega uno en que no tiene absolutamente que gastar: esto es concluyente. Pero no hay nada más inexacto que las ciencias exactas aplicadas ciegamente a la moral» (Memoria sobre La beneficencia, la filantropía y la caridad. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1861).

### 3. SU TRAYECTORIA PENITENCIARIA

Difícil es conocer el momento inicial de su interés y contacto inmediato con el mundo penitenciario, más allá del torrente general de la beneficencia en el que se incluía y al que sabemos que Concepción Arenal dispensaba su mayor atención. No es, sin embargo, casual, su relación con un personaje de gran relevancia en su tiempo y que mantuvo alguna relación con la ayuda a los reclusos como será Salustiano Olózaga, antiguo presidente del Consejo de Ministros, ministro y diputado liberal. Tiempo atrás D. Ramón de la Sagra, naturalista estudioso de los sistemas penitenciarios en Estados Unidos y Europa a su regreso a España inspira la Sociedad Filantrópica, creada en 1838, que puede considerarse la tercera de las Asociaciones con fines penitenciarias que aparecen en nuestro territorio. Su primer presidente será el fundador del Monte de Piedad y el segundo el propio Salustiano Olózaga (8). Persona a la que dedica una conmovedora epístola en verso «A mi aflijido amigo Don Salustiano Olozaga» (9) al que quiere alentar y llama a seguir con su generosa actividad en mitad de un agudo dolor: «*Esto es lo que de tí la patria espera, Tu corazón despedazado aún late; Éntrate en lo más recio del combate; Y sucumbe abrazado á tu bandera*». A él dedicará también el opúsculo «A todos» (10) en 1869, en el que repasa los distintos sistemas penitenciarios y hace algunas propuestas de reforma. Allí le hace una dedicatoria: «Al Excmo. Sr. D. Salustiano Olózaga. No es al frente de un escrito de tan

(8) SALILLAS, R. *Inspiradores de Doña Concepción Arenal*. Editorial Reus 1920, p. 29.

(9) *La Iberia*, 24 de marzo de 1866.

(10) Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de Deportación. Madrid, 1895, p.163

poco mérito como este donde yo había pensado poner su nombre de U., amigo mío, en prueba de lo mucho que le aprecio y en recuerdo de lo mucho que le debo. No le dedico a U., pues, este opúsculo, sino que le pongo bajo su protección, á ver si con ella puedo lo que no podría solo, contribuir algo a que se dé el primer paso en la reforma de las prisiones».

En octubre de 1863 es nombrada Visitadora de Cárceles de mujeres, la primera mujer que recibe este encargo oficial y en el cual se mantuvo hasta 1865 al cesar con motivo del cambio de Ministro y pese a las mejoras sustanciales en la Casa-Galera de la Coruña (11). Con esta ocasión se traslada a la Coruña donde conoce a la condesa de Espoz y Mina con la que colaborará asiduamente en el ámbito de la beneficencia. Este último año caerá enferma y tendrá oportunidad de reposar en la quinta de la misma condesa. En 1865 había publicado sus Cartas a los delincuentes, dedicada la obra a D. Antonio Mena y Zorrilla, Director General de Establecimientos Penales, que, al decir de Salillas (12) espontáneamente la nombró visitadora de las cárceles de mujeres.

En septiembre de 1868 se había producido la llamada revolución gloriosa que acabaría con el reinado de Isabel II, al frente de la cual se situaba –junto a otros– el general Juan Prim. Daría lugar a la Constitución de 1869 de tipo liberal radical, en la que se mantenía la institución monárquica que ahora había que llenar de contenido renovado. Es en este periodo cuando en 1868 nuevamente asume un cargo oficial, ahora como Inspectora de Casas de corrección de mujeres, en el que pudo estar hasta 1873 (13). Efectivamente el 30 de octubre de 1868 se dispone oficialmente, entre otros asuntos relativos a presidios en el Ministerio de Gobernación, «Restablecer la inspección general de las casas de corrección de mujeres, y nombrar para que la desempeñe á doña Concepción Arenal, cesante del mismo cargo».

El intento de instauración monárquica de la nueva dinastía con Amadeo de Saboya en el trono de España fracasaría, proyecto ya muy debilitado desde el asesinato del general Prim, dando lugar a la aparición de la I República en España. En mayo de 1873 alguna prensa se hace eco de la noticia de que el Ministro de Gracia y Justicia, Nicolás Salmerón –quien había estado preso durante cinco meses en la cárcel del Saladero en el año 1867–, ha encargado a Concepción Arenal la redacción de un Código penal. Entre los diarios los hay muy críticos pues se le supone excesivamente humanitaria y poco conocedora de la

---

(11) La soberanía nacional. *Diario Progresista*. Viernes 18 de agosto de 1865.

(12) *Inspiradores de Doña Concepción Arenal*. Editorial Reus, 1920, p. 45.

(13) Como manifiesta *El Imparcial*, 20 de mayo de 1873.

justicia penal (14). Después se anuncia que el Ministro ha consultado a varias personas conocedoras del sistema penitenciario respecto a la reforma del sistema de corrección de mujeres, entre ellas a Arenal. Lo que parece más cierto es que en febrero de 1873 fue nombrada miembro de la Comisión encargada de preparar el establecimiento de un nuevo régimen penitenciario y la reforma del Código penal, pero la vida de la comisión fue muy breve y resultó disuelta el 16 de agosto de ese año (15).

Hasta el final de sus días a los setenta y tres años seguirá manteniendo el interés y escribiendo en materia penitenciaria. En 1877 recibe un nuevo galardón (primer premio) de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Esta vez por su Memoria sobre Las colonias penitenciarias de la Australia y la pena de deportación que había presentado en un concurso sobre la posibilidad de establecer colonias penitenciarias en el exterior y que había competido con concursantes tan conocidos y de excelencia en el ámbito penitenciario como Francisco Lastres y Pedro Armengol (16). En ese mismo año publica también sus *Estudios Penitenciarios* o el escrito sobre *La cárcel llamada modelo*. Más adelante seguirá el *Manual del visitador del preso*, aparecido con anterioridad en francés (1893). Participa, enviando informes en diversos Congresos Penitenciarios Internacionales por los que recibirá el aplauso y reconocimiento internacional. A algunas de estas aportaciones penitenciarias nos vamos a referir brevemente a continuación.

#### 4. APARICIÓN Y DESARROLLO DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL SIGLO XIX

El siglo XIX es tiempo de convulsiones, reformas y revoluciones en todos los ámbitos políticos, institucionales, sociales, económicos y jurídicos. A lo largo de este dilatado periodo los cambios históricos producidos resultarán sustanciales en los distintos sectores mencionados, aun cuando los mismos en muchas ocasiones tan solo se pueden apreciar por el transcurso de dilatados espacios temporales, siendo difícil la realización brusca de los mismos. Los regímenes políticos se van a suceder, desde la Monarquía absoluta, al inicio de

---

(14) *La Época*, 19 de mayo de 1873. También *El Imparcial*, 19 de mayo de 1873.

(15) TELO NÚÑEZ, M. *Concepción Arenal y Victoria Kent. Las prisiones. Vida y obra*. Instituto de la mujer, 1995, p. 45.

(16) *La Época*, 29 de junio de 1877.

la monarquía constitucional y parlamentaria, la instauración de una nueva monarquía, el régimen republicano o la restauración de la dinastía tradicional.

En el contexto de esta situación, la inestabilidad resultará permanente. Por supuesto la de los regímenes políticos ya indicados, pero también dentro de ellos de los gobiernos y de las políticas establecidas para la gestión de la cosa pública. En este marco de incertidumbre se sitúa también el inicio propiamente del sistema penitenciario español. En el periodo histórico –sin fecha exacta, por tanto– en el que las viejas penas decaen por falta de adecuación a las circunstancias o por cambios en la sensibilidad social y se instaura como tal pena –de forma generalizada y organizada– la privación de libertad del ser humano. Un buen punto de referencia será el año 1834, en el que aprobada la Ordenanza General de Presidios, se crea el órgano administrativo encargado de gestionar la ejecución de las penas privativas de libertad y consiguientemente queda esta tarea en manos de la administración civil y no de la militar de la que procedía (17). En la lenta construcción del Estado liberal y sus reformas administrativas encontramos también la presencia del desarrollo del sistema penitenciario, como se aprecia en la división territorial del país en provincias.

Ya en la segunda mitad del siglo se presenta con cierta singularidad el Programa para la reforma de 1860. Especial interés ha mostrado por este Programa García Valdés, para el que con el mismo «se decide el devenir del régimen interno de los establecimientos» (18). En tal Programa, pese a que el sistema celular permanente –encierro en celda «de día y de noche»– no deja de ser admirado al menos en algunos aspectos, pero el excesivo coste que supondría su ejecución lleva a acoger el sistema de clasificación que permite la reclusión por cuadras o salas comunes por grupos. Se desarrolló no poca actividad y se concibieron buenas expectativas que, sin embargo, en la práctica se vieron reducidas. De esta época datan las cárceles de Loja, Mataró, Pontevedra y Vigo (19). Para Salillas (20) en este momento se presentó la mejor oportunidad para realizar la reforma pero, sin embargo, se malogró. «Posada Herrera contó con un plan más perfecto que los

---

(17) Sobre las iniciativas anteriores a 1834 de reforma del sistema de cárceles en España, puede consultarse LLORCA ORTEGA, J. *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*. Tirant lo Blanch 1992, p. 199 ss.

(18) *Del presidio a la prisión modular*. Opera prima 1998, p. 34.

(19) Al respecto SALILLAS, R. *La vida penal en España*. Madrid, 1888. Edición Facsímil, Analecta editorial. Pamplona 1999, p. 403.

(20) SALILLAS, R. *La vida penal en España*. Madrid, 1888. Edición Facsímil, Analecta editorial. Pamplona 1999, p. 412.

que habían trazado sus predecesores, contó con créditos para realizarlo, y dejó la ruina en pie».

Durante el llamado sexenio revolucionario (1868-1874) se vivió una intensa preocupación y debate sobre el sistema penal que se extenderá más allá de los especialistas y que continuará en el periodo posterior (21). En 1869, durante la regencia de Francisco Serrano, se aprueba la Ley de bases «para la reforma y mejora de las cárceles y presidios, y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario» (22). En ella se distinguen como establecimientos penales, los Depósitos municipales, las Cárceles de partido, las Cárceles de Audiencia, Presidios y Casas de corrección y las Colonias penitenciarias (base primera). Se establece que se procederá a la reforma y mejora de todas las cárceles de partido y de Audiencia (cuyos gastos correrán a cargo de Ayuntamientos y Diputaciones), «para darles las condiciones de capacidad, higiene, comodidad y seguridad indispensables» y conseguir la debida separación por clases o grupos. También se establece la obligación para el Estado, a través del Ministerio de la Gobernación y de la Dirección del Ramo de llevar a cabo la reforma y mejora de los presidios y casas de corrección. En ellos se implantará «el mejor sistema para nuestro país, que es el sistema misto, ó sea el de separación y aislamiento de los penados durante las horas de la noche con el trabajo en común durante el día», eso sí con la debida separación por grupos según lo que convenga para su corrección y enmienda (base quinta).

Concepción Arenal había depositado algunas esperanzas en la reforma penitenciaria de este momento que, sin embargo, resultaron para ella frustradas, produciéndose un auténtico divorcio entre las propuestas de Arenal y la acción del gobierno según Salillas (23). Respecto a la Ley aprobada señaló Concepción Arenal lo apresurado de su discusión, en dos sesiones conjuntamente con otros asuntos y realizo una severa crítica de la misma (24). En el mismo escrito la reformadora entiende que el sistema de clasificación resulta impracticable e inútil y se muestra partidaria del sistema llamado de Auburn

---

(21) Señala Pedro FRAILE cómo en este periodo comienza a ser conocida la situación de las prisiones, el tema es tratado por distintos autores y llega a la sociedad y al ámbito político. Esto hará a su vez que durante el siguiente régimen político de la Restauración el debate siga vivo. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal 1987, pp. 89-90.

(22) Con fecha de 21 de octubre de 1869 (*Gaceta* de 22 de octubre de 1869).

(23) «Doña Concepción Arenal en la Ciencia penitenciaria». *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura* (AAVV). Madrid, 1894, p. 53

(24) Véase «Examen de las bases aprobadas por las Cortes para la reforma de las prisiones». *Obras completas*, Tomo Décimo. Madrid, 1895, p. 221 ss.

con «aislamiento de noche en la celda, y de día trabajo en común y en silencio» (25). Autora que pone especial énfasis en señalar la necesidad de que los aspectos fundamentales se encuentren recogidos en la Ley para preservar la igualdad y evitar la arbitrariedad: «nada esencial debe dejarse a los reglamentos» (26).

Ya en el periodo republicano del sexenio se acogió también con interés la idea de la reforma penitenciaria (27). Como Ministro de Gracia y Justicia, Nicolás Salmerón, en 1873, impulsó los preparativos de la misma con la redacción de un borrador de la parte general del Código penal (Libro I) –bajo las directrices del correccionismo–, se adoptó un proyecto de ley de prisiones en el que se incluía el sistema de aislamiento absoluto entre los presos y se consignó en los presupuestos una cantidad importante para la construcción de una penitenciaría celular. Para el propósito de la reforma se había acudido a RÖDER, quien elaboró un informe con el título de «Reforma del sistema penal español mediante el régimen celular», que se incluye al final de la obra del mismo autor «Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones», traducida por Francisco Giner. En la Memoria del indicado juriconsulto no se indagaba la situación de los establecimientos penitenciarios españoles sino que se hacían consideraciones válidas con carácter general. Así señalaba que «La principal raíz de todos los vicios de las prisiones hoy día consiste en la convivencia en un mismo local, de día y de noche, de hombres por muchos conceptos pervertidos y perjudiciales» (28). Como «En ningún caso puede el Estado declinar la responsabilidad que le pertenece por su conducta con los penados durante el tiempo de su condena» (29), se hace necesario establecer un sistema penitenciario apropiado para lograr la reforma interior, no

(25) «Examen de las bases aprobadas por las Cortes para la reforma de las prisiones». *Obras completas*, Tomo Décimo. Madrid, 1895, pp. 237-8, en general pp. 233 ss.

(26) «Examen de las bases aprobadas por las Cortes para la reforma de las prisiones». *Obras completas*, Tomo Décimo. Madrid, 1895, p. 287. Sobre ello puede verse también SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer 2003, p. 262 y ss.

(27) Lo recoge Salillas en su obra *La vida penal en España*. Madrid, 1888. Edición Facsímil, Analecta editorial. Pamplona, 1999, pp. 417-8, nota 2.

(28) RÖDER. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Incluye Memoria *Sobre la necesaria reforma del sistema penal español mediante el establecimiento del régimen celular*. Traducción Francisco Giner. Madrid, 1876, p. 339.

(29) RÖDER. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Incluye Memoria *Sobre la necesaria reforma del sistema penal español mediante el establecimiento del régimen celular*. Traducción Francisco Giner. Madrid, 1876, p. 339.

la meramente exterior o aparente. Analiza y rechaza el sistema de clasificación y el de Auburn, sistemas que entiende no pueden conseguir tal objetivo. De forma que «en el régimen celular obra todo lo más justamente posible la interior eficacia de la pena» (30). Con ello se dirige a las instituciones españolas, deseando que «las Cortes españolas consignent el principio de que debe aplicarse dicho sistema, lo más pronto posible, a todas las prisiones de la Nación...» (31).

Con la orientación imprimida en este momento histórico al sistema penal, aunque con escasísimas realizaciones dada la extrema debilidad y duración temporal del régimen establecido durante este sexenio, puede decirse que se produce un giro sustancial en la concepción de las infraestructuras penales. Hasta entonces la normativa penitenciaria, tanto en lo referente a la Ordenanza de Presidios y Arsenales de Marina de 1804, como a la Ordenanza General de Presidios de 1834, viene presidida por la configuración de espacios comunes pero sobre los que se quiere aplicar el criterio de la clasificación, estableciendo grandes grupos de internos que deben permanecer separados, como los adultos, mayores y jóvenes –por una parte–, varones y mujeres –en otros espacios–, políticos y comunes –por otra–, preventivos y penados –como otra gran clasificación–. En todo caso, el régimen establecido lo era siempre desde el ángulo de grandes dormitorios, cuadras o brigadas como espacio de gran acogida para la población reclusa. Con la Ley de bases de 1869 y posteriores bajo la influencia parcial del panóptico de Bentham (32) se impulsa el sistema de individualización, con disposición celular de las nuevas construcciones, especialmente en los centros de las grandes urbes. Desde el sistema de clasificación propio de los grandes espacios comunes en los encierros se da un salto, al menos en la idea que guía la actividad de la administración penitenciaria –y antes ya en los estudiosos y preocupados por

---

(30) RÖDER. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Incluye Memoria Sobre la necesaria reforma del sistema penal español mediante el establecimiento del régimen celular. Traducción Francisco Giner. Madrid, 1876, p. 357.

(31) RÖDER. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Incluye Memoria Sobre la necesaria reforma del sistema penal español mediante el establecimiento del régimen celular. Traducción Francisco Giner. Madrid, 1876, p. 363.

(32) Indica Pedro Fraile que la concepción de Bentham fue tan solo parcialmente entendida, aprovechándose la capacidad de generalizar la vigilancia «pero se soslayaron aquellos aspectos que el filántropo entendía como sus otras virtudes: la posibilidad de lograr una obediencia maquinal, de controlar cada movimiento de sus inquilinos y, al cabo, hacerse dueño de su voluntad». *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal, 1987, p. 191.



el tema penitenciario—, hacia el sistema de individualización que se traduce, o intenta traducirse, en las edificaciones celulares. Este sistema de individualización, con su disposición celular, manifestado especialmente en las edificaciones denominadas modelo, será considerado el que mejores resultados permite obtener (33).

Después de la Restauración monárquica y la Constitución de 1876 parece que uno de los problemas que cobró mayor trascendencia fue el del régimen de las prisiones (34). Con posteridad a un vivo debate parlamentario se aprueba la construcción de la cárcel modelo de Madrid, mediante Ley de 8 de julio de 1876 (35), en cuya primera piedra colocada por Alfonso XII el 5 de febrero de 1877 se recoge una inscripción que señala que con tal construcción «comenzaba la reforma penitenciaria en España» (36). Este modelo penitenciario se quería que sirviese de referente para la construcción de posteriores edificaciones penitenciarias, de forma que el Programa para la construcción de cárceles de partido de 1877, con distintas posibilidades y adaptaciones, adopta el esquema ya establecido anteriormente por la mencionada norma (37). En la regulación particularizada (Regla-

(33) FRAILE, P. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal, 1987, p. 191.

(34) Señala nuevamente Pedro Fraile que «a partir de 1876, con la Restauración Borbónica, se incrementa desde el poder la voluntad de abordar una serie de transformaciones que, si bien no son lo profundas que sería necesario para reorganizar el país desde nuevas bases, sí que pretenden ofrecer una imagen de evolución y cambio». *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal 1987, p. 189. GÓMEZ BRAVO entiende que la obra de la restauración obedecía a un transfondo político diverso al del Sexenio, aun cuando muchos de sus proyectos se volvieran a poner sobre la mesa, en cuanto el auge de las cárceles modelo representaría la victoria del orden moral, social, religioso y político. Además las distintas reformas, singularmente la creación del Cuerpo de funcionarios penitenciarios anunciaba el ocaso de los presidios. *Crimen y castigo. Cárceles, Justicia y Violencia en la España del siglo XIX*. Catarata, 2005, pp. 237-8.

(35) LASTRES, F. *Estudios Penitenciarios* (Madrid, 1887), Edición Facsímil, Analecta 1999, p. 204. Relata la iniciativa de una interpelación presentada por Manuel Silvela exponiendo la necesidad de construir un nuevo centro ante el estado que presentaba la anterior cárcel, conocida por el Saladero, que no permitía una simple reforma. Señala también las críticas a las que se sometió el proyecto debido fundamentalmente a que estuviera destinado tanto a presos preventivos como penados, lo que tenía su origen como siempre en las dificultades financieras (p. 206). FRAILE, P. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal 1987, p. 181. También RIVERA BEIRAS, I. *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires 2008, p. 96.

(36) Así lo recoge CADALSO, F. *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p. 248-9.

(37) Véase FRAILE, P. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal 1987, p. 184.

mento de 23 de febrero de 1894) de la nueva cárcel modelo de Madrid el régimen penitenciario no aparece con claridad pues se incluyen elementos del progresivo, celular y correccional (38).

Al año siguiente del texto constitucional se dicta el Real Decreto de 31 de enero de 1877 por el que se pone en marcha la Junta de reforma penitenciaria y el ya mencionado Real Decreto de 4 de octubre de 1877 por el que se crean las Juntas de Reformas de las cárceles (39). Estas Juntas de reforma de las cárceles deberían constituirse en todas las cabezas de partido judicial «para proceder a las transformación de las actuales cárceles de procesados o a la construcción de otras nuevas, arregladas al sistema celular o de separación individual» (40). Para encauzar una reforma general a todo el territorio se organizan estos organismos locales y se establece un programa de actuación que determina los planos con las dependencias y condiciones de la edificación, así como plazos de actuación. De acuerdo al planteamiento del mencionado programa, aunque excediéndose notablemente los plazos consignados, se llevaron a cabo múltiples edificaciones penitenciarias (41), entre los que deberíamos incluir, al menos, la cárcel de Quiroga (1882), la cárcel de Huercal-Overa (1883), las cárceles de Lugo, Guadalajara, Cieza y Valdepeñas (1887), la cárcel de Pola de Laviana (1888), las de San Sebastián y Cangas de Onís (42) (1889), o la de Oviedo (43) (1897). El programa obedecía fundamentalmente a un sistema celular, lo que le

---

(38) Véase GARCÍA VALDÉS. *Del presidio a la prisión modular*. Opera prima 1998, p. 35. Sobre la cárcel modelo de Madrid puede verse lo que relata en sus primeros momentos Rafael SALILLAS. *La vida penal en España*. Madrid, 1888. Edición Facsímil, Analecta editorial. Pamplona, 1999, p. 420 ss.

(39) Puede verse al respecto LASTRES, F. *Estudios Penitenciarios*. Madrid, 1877. Edición Facsímil de Analecta Editorial. Pamplona, 1999, p. 19 y ss. También Pedro FRAILE. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal 1987, p. 183 ss.

(40) Texto del artículo 1 del Decreto indicado que reproduce TÉLLEZ AGUILERA. *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*. Derecho y realidad. Edisofer, 1998, p. 115.

(41) Centros que reproduce CADALSO, F. *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p. 252 ss. También FRAILE, P. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal 1987, p.187.

(42) Sobre este centro y otros asturianos ALONSO PEREIRA, J.R. «La arquitectura penitenciaria en Asturias: de las cárceles de partido a la panóptica de Oviedo». *Boletín Académico Escola Técnica Superior de Arquitectura da Coruña* n.º 2. En [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/5106/1/ETSA\\_2-9.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/5106/1/ETSA_2-9.pdf).

(43) Conforme al modelo radial panóptico. ALONSO PEREIRA, J.R. «La arquitectura penitenciaria en Asturias: de las cárceles de partido a la panóptica de Oviedo». *Boletín Académico Escola Técnica Superior de Arquitectura da Coruña*, n.º 2. En [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/5106/1/ETSA\\_2-9.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/5106/1/ETSA_2-9.pdf).

diferencia del de 1860 que se atiende en mayor medida al régimen de clasificación (44).

En este periodo de intensa actividad penitenciaria se quiso dotar a la capital del reino de centros penitenciarios adecuados, tanto desde el punto de vista de la prisión provisional (cárcel) como de un centro de cumplimiento de penas (presidio). La Ley de 23 de julio de 1878 (45) posee un objeto y texto escueto. Se trata de aprobar la construcción de un presidio «de separación individual» y de habilitar los recursos económicos para tal fin, que en realidad nunca llegó a lograrse. Mejor suerte corrió el proyecto de nueva cárcel modelo para Madrid y su entorno, aunque la ausencia de un centro de cumplimiento tendría consecuencias para el funcionamiento del considerado inicialmente para preventivos. La cárcel modelo de Madrid fue abierta el 9 de mayo de 1884, la que se pretendía fuese ejemplo para el resto de centros. El intento de instaurar en la nueva cárcel el régimen progresivo chocaba con la falta de existencia de instituciones penitenciarias para otorgar fases de semilibertad o libertad condicional en el Código penal. Dificultades que trataron de subsanarse con la previsión de peticiones de indulto cumplidos determinados requisitos de tiempo y conducta. Para el caso de los internos preventivos el Reglamento de la nueva cárcel establecía el régimen celular entendido como defensa de la posible inocencia del sujeto detenido y que todavía no había sido declarado culpable (46). El trabajo en los centros penitenciarios por distintos

---

(44) *Anuario Penitenciario*. Dirección General de Establecimientos Penales 1889, pp. 58 y 64-5. Pese al relativo impulso que recibió el llamado sistema celular a lo largo del siglo y, particularmente, con el Programa de 1877, no debe confundirse la arquitectura celular con el aislamiento absoluto como régimen penitenciario, a lo que de modo generalizado se mostró contraria la doctrina, los penitenciarios prácticos y la normativa del siglo XIX en España. Por ello puede decir ROLDAN BARBERO «que las prisiones españolas se mantuvieron indemnes a esta responsabilidad», en relación a las críticas sufridas por el sistema de aislamiento continuo noche y día ante los efectos funestos para los penados. *Historia de la prisión en España*. PPU 1988, p. 94.

(45) Reorganiza el sistema normativo de prisiones pues deroga la Ley de 21 de octubre de 1869 y rehabilita la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 en lo que no se oponga al propio texto legal.

(46) LASTRES, F. *Estudios Penitenciarios* (Madrid, 1887), Edición Facsímil, Analecta, 1999, p. 211 ss. Entendido el llamado sistema celular como «la separación absoluta de todo elemento pernicioso que pueda corromper al procesado y contacto y comunicación continua con todo elemento sano que pueda enaltecerle» (p. 214). No debe confundirse por tanto el régimen celular con un aislamiento absoluto al modo del régimen filadélfico. «En el régimen celular preventivo... (pp. 214-5). En el mismo sentido de defensa de la posible inocencia del preso preventivo se entiende el uso del capuchón, que impide su identificación y de esa manera el previsible rechazo social de quien ha estado internado en prisión pero, sin embargo, pueda salir en libertad absuelto de sus acusaciones (p. 217-8). Respecto a esta diferencia entre el régimen

motivos siempre resultaba problemático. En relación al mismo, la Circular de 4 de septiembre de 1885 trata de poner coto a la explotación por especuladores del trabajo de los penados (47).

En todo lugar el espacio destinado a castigo público posee una especial atracción. Cuando las penas suponen la utilización de edificaciones destinadas al encierro de delincuentes siempre se ha dado lugar a representaciones sociales y a la atención de los habitantes. Durante el siglo existen distintos intentos de pasar de los viejos centros a modernas instalaciones celulares. Las más conocidas son la cárcel Modelo de Madrid [1884 (48)] y anterior a la Modelo de Barcelona (1903). El primer establecimiento penal que siguió el modelo celular fue el presidio modelo de Valladolid (1849), el cual, pese a la opinión generalizada, sí llegó a funcionar como tal. De las cárceles, entre las primeras de las escasas de nueva planta que habían adoptado el modelo celular fueron las de Mataró y Vitoria de 1861 (49). Esta tipología celular de establecimientos penales era muy deseada en la época, como por ejemplo manifestaba en alguna medida Concepción Arenal (50), al proporcionar mejores condiciones de habitabilidad, higiene, incomunicación y clasificación entre los reclusos. La opinión de nuestra autora sobre el llamado sistema celular es abundante en matices y condiciones pero favorable en ciertos supuestos pues «el sistema celular, exento de sus principales rigores y aplicado a detenciones que deben ser cortas, parece que no puede tener inconveniente ni peligro alguno; pero resul-

---

celular y el aislamiento total indica el propio Lastres que «la celda solo no es el sistema, sino una manifestación, un elemento, el mas importante quizá, pero de ningún modo el único» (219).

(47) LASTRES, F. *Estudios Penitenciarios* (Madrid, 1887), Edición Facsímil, Analecta, 1999, p. 22.

(48) Los trabajos dieron comienzo el 5 de febrero de 1877 y el edificio se entregó ya concluido el 29 de abril de 1884. FRAILE, P. *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*. Ediciones del Serbal 1987, p. 182.

(49) Señala Trinidad FERNÁNDEZ que «desde 1876 hasta 1922 se construyeron o ampliaron 39 establecimientos, entre las prisiones provinciales, de partido, prisiones centrales y manicomios judiciales. En la mayoría de los edificios se establecieron celdas aisladas en combinación con departamentos de aglomeración». *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*. Alianza Universidad, 1991, p. 186. Para percatarse con mayor perspectiva de la escasez de este tipo de centros penales puede señalarse que ya avanzado el siglo XX –en 1922– señala Cadalso la existencia de un total de 486 prisiones de distintas clases en España, de la cuales únicamente 35 contarían con el sistema celular. *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p. 191.

(50) *Estudios penitenciarios. Obras completas*, T. VI. Madrid, 1895, p. 368.

tarían graves males de establecerlos así en absoluto, y afirmando la regla, no admitir las muchas excepciones que seguramente tendrá» (51).

En aquel momento resultaba excepcional el que se realizara una construcción de forma específica para establecimiento penal y más si se trataba del ansiado sistema celular. Todo un lujo en el panorama general de establecimientos penales españoles del siglo XIX, basado en el reaprovechamiento de viejas edificaciones para uso penal, en muchas ocasiones antiguos palacios, castillos, monasterios o conventos, algunos de ellos en grave deterioro (52) y que son calificados por Concepción Arenal como «antros cavernosos de maldad, propios para matar los buenos sentimientos y dar vida a monstruos» (53).

## 5. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA PENA EN CONCEPCIÓN ARENAL

Para Concepción Arenal antes de afrontar el estudio de los sistemas penitenciarios en su Memoria premiada sobre la pena de deportación (1877), es preciso analizar el objeto que se va a desarrollar en estos sistemas: la pena. Debe procederse por tanto a la consideración de la pena, pero de la pena justa, regida por los principios de justicia. Y para ella la justicia está inspirada por la conciencia del ser humano cuyo origen último la vincula a Dios (54). Únicamente tomando en consideración la conciencia el hombre siente que es libre y a la vez responsable de sus acciones y capaz de diferenciar el mal del bien. Por eso existe un sentimiento universal de justicia que surge como un fenómeno espontáneo de la conciencia y también como una necesidad radical de la vida humana. Ahora bien debe diferenciarse respecto a la justicia el sentimiento y la idea. El sentimiento es el mismo en todo tiempo y lugar pero la idea de justicia varía mucho según el tiempo y las personas encargadas de su aplicación. Por eso también la ley puede

(51) Estudios Penitenciarios. Obras Completas. Volumen Primero. Madrid, 1895, pp. 44-5. Por estos matices el pensamiento de la autora sobre este aspecto no deja de ser problemático según se desprende de lo que apunta TÉLLEZ AGUILERA. *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*. Edisofer 1998, pp. 62-3.

(52) Apunta en este sentido ROLDÁN BARBERO «que en las penitenciarías españolas seguía dominando, a finales del siglo XIX, la arquitectura conventual». *Historia de la prisión en España*. PPU 1988, p. 94.

(53) «A todos». *Obras completas*, Tomo Décimo. Madrid, 1895, p. 168. El texto se escribió en 1869.

(54) «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 19 ss.

y debe ser la manifestación del progreso de las ideas en todo lo posible. De manera que para que se dé la conformidad de la pena con la justicia se debe ajustar a una serie de principios que desarrolla.

El primero de ellos es que *la pena no ha de ser tan dura que parezca cruel* (55). Como ya se ha indicado la idea de justicia se ve modificada en los distintos lugares y tiempos. Por eso la pena en los pasados tiempos nos parece en algunos momentos dura y hasta cruel pues despreciaba al delincuente. Pero entiende que se ha producido una reacción inversa en la que si antes únicamente se atendía al derecho de la sociedad a protegerse ahora solo se considera el bien del individuo, como si estos dos polos no tuvieran que armonizarse: «de no pensar en corregir, se ha pasado á corregir solamente; en dar al penado más que lecciones, en hacer de modo que para recibirlas, sufra lo menos posible, pareciendo el ideal, que se corrija sin sufrir nada» (56). En este punto responde con la experiencia pues entiende que este cambio se ha producido por una falta de método, por carecer de conocimiento práctico: «suprimir el análisis y la observación, es tan absurdo en antropología como en cualquiera otra ciencia» (57). Naturalmente los sufrimientos excesivos impiden la corrección ya que «el excesivo rigor desmoraliza porque endurece» (58). En definitiva la pena y su ejecución no puede atentar ni contra la salud corporal ni tampoco contra la salud del alma (59).

El siguiente principio es el de que *La pena ha de ser proporcionada al delito*. Esta relación de la pena con la gravedad del hecho cometido permite evitar algunas disfunciones e injusticias. Por ejemplo que el penado considerado incorregible, si la ejecución atiende exclusivamente a este aspecto de la mejora, pero por delito leve pueda sufrir una pena mayor que otro penado por delito grave. O también que el condenado por un delito grave pero mostrándose corregible –nuevamente si la ejecución de la pena únicamente toma en cuenta

---

(55) «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 23 ss.

(56) «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 24.

(57) «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 25.

(58) ARENAL PONTE, C. «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 27

(59) MORENO CASTILLO, A. *De Platón a Concepción Arenal*. Editorial Academia del Hispanismo, 2018, p. 97.

esta dirección— pueda sufrir menor pena que otros condenados por delitos leves. Teniendo en cuenta, como indica, que muchos de los grandes criminales son considerados los mejores presos. Otro principio es el de que *La pena ha de ser igual para todos los que son igualmente culpables*. Ideal que debe perseguirse aun contando con la dificultad de saber en qué medida afecta la pena al culpable ya que depende de su disposición moral y resistencia física, siempre distinta en cada uno. Por eso deben evitarse componentes de la pena que por dirigirse a los más excelentes o a los más débiles supongan desigualdad.

Por último *La pena debe llevar en si los medios de corregir al que castiga, ó por lo menos de no hacerle peor de lo que es* (60). La justicia, en el pensamiento de Concepción Arenal, va mucho más allá del castigo, integrando elementos negativos (que deben excluirse) y positivos (que deben incluirse), necesarios durante la ejecución para que con propiedad podamos hablar de justicia, de pena justa. De esta manera la pena puede consistir en realizar la justicia proporcionada al caso, pero también la justicia implica algunas consecuencias que deben excluirse radicalmente de la pena. Y desde este punto de vista, ahora de lo que hay que evitar, puede señalar «hasta qué punto falta á la justicia la sociedad que en su nombre pervierte á los que pena» (61). En este ámbito de los fines de la pena va a anticipar algunos de los debates muy posteriores sobre el legítimo alcance y las posibilidades de la resocialización, al distinguir entre corrección y enmienda. La corrección en el penado es conseguir la honradez legal, y la enmienda la honradez moral, que implica arrepentimiento y cambio de pensamiento (62). De manera que entiende que no es suficiente con crear una mera apariencia de respeto a la ley, sino que un cambio real y duradero implica una convicción interna en los nuevos planteamientos de quien recupera la libertad.

De esta forma también se hace necesario indicar que la pena, puesto que tiene como contenidos privaciones y restricciones tan importantes impuestas coactivamente al condenado, solo resultará legítima en ciertas condiciones, entre ellas determinadas pretensiones buscadas con la misma, donde destacará la idea de mejora, de acción dirigida a la corrección del penado. La pena se refiere a una privación

---

(60) «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 31.

(61) «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 32.

(62) MORENO CASTILLO, A. *De Platón a Concepción Arenal*. Editorial Academia del Hispanismo, 2018, p. 91-2.

de bienes tan esenciales al ser humano que únicamente resultará legítima en ciertas condiciones, entre ellas lo pretendido o buscado con la misma, que a estos efectos de justificación de la pena no resultan indiferentes, «cuando se le deja en manos de la sociedad, cuando ella dispone absolutamente del régimen á que ha de sujetarle; cuando aquella omnipotente tutela, *solo haciendo lo mejor puede defenderse de la acusación de tiranía*» (63). La sociedad con la imposición de la pena a la que somete al condenado debe necesariamente incorporar algunos contenidos que la avalen, pues únicamente resultará legítima si se pretende la mejora del sometido a la misma. La pena resulta una intromisión tan intensiva en la vida de las personas que para la escritora de la única forma que puede resultar tolerable y no constituir un desafuero es precisamente dirigirla a dotar al destinatario de unas condiciones más elevadas en su vida posterior.

## 6. LOS INFORMES A CONGRESOS PENITENCIARIOS INTERNACIONALES

Desde 1878 inicia una colaboración con los Congresos Penitenciarios internacionales que se habían iniciado a mediados de siglo aunque después estarán temporalmente interrumpidos. A propósito de los problemas planteados para su tratamiento durante estos eventos, Concepción Arenal enviará una serie de informes de gran interés. Serán leídos durante las sesiones pues ella no acude personalmente pero igualmente recibirán un caluroso recibimiento y reconocimiento. En las sesiones del Congreso de Estocolmo será elogiada públicamente por el venerable E. C. Wines, el gran artífice de estos Congresos y su presidente de honor. Después en su monumental obra *The state of Prisons and of Child-saving institutions*, cumbre del penitenciarismo del siglo XIX, también le hace objeto de singular reconocimiento. Allí recoge el informe sobre las prisiones españolas que le ha enviado la competentísima señora Arenal (p. 365). Más tarde la señala como una mujer con un extraordinario vigor intelectual, así como de elevado sentido social y moral. Finalmente le considera como una autoridad en la materia tanto en su país como en toda Europa (p. 661).

El segundo de los Congresos internacionales se celebra en el año 1878 en Estocolmo. En el mismo se aborda el tema de largo

---

(63) «¿Qué es la pena? Obras completas. Tomo Décimo. Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación». Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 33.



alcance de la unificación de las penas privativas de libertad, de manera que no comporten ninguna diferencia salvo en su duración y en las posibles consecuencias accesorias relativas a su cumplimiento. Se afirma la necesidad de que la Administración Penitenciaria durante la ejecución de la penas ostente la capacidad de adaptar a las circunstancias de cada uno de los condenados el régimen general previsto.

Al respecto Concepción Arenal presentará un informe al Congreso en el que hace ver la necesidad e importancia de que la ley determine la forma de cumplimiento de la pena de la manera más precisa posible. *«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. Debe tenerse además muy presente que cosas insignificantes, o que pasan desapercibidas para el hombre que goza de libertad, tienen mucho precio a los ojos del recluso, y negarlas o concederlas puede ser una gran mortificación o un gran consuelo. O la Administración puede legislar, o la ley debe definir, exacta y tan detalladamente como fuese posible, el modo de cumplir la pena, determinando: El sistema de reclusión. El alimento. El vestido. Las horas de trabajo. Las de descanso. Las que se dedican a la instrucción moral, religiosa y literaria. Qué visitas o qué correspondencia se ha de permitir al penado. Qué recompensas puede recibir. Qué penas disciplinarias se le pueden imponer. Qué libertad se le puede dejar para que de algún modo haga uso de su albedrío.*

*Además, la ley debe formar dos escalas: una de las infracciones del reglamento, otra de las penas disciplinarias, para que siempre el máximo y mínimo de pena corresponda al de culpa. La concesión de las recompensas tiene que ser más discrecional y tiene menos inconvenientes que lo sea.*

*Nótese que la Administración, en la práctica, vienen a ser los empleados en las prisiones; y aun suponiéndolos muy probos, muy instruídos y muy llenos del espíritu de caridad para con los reclusos, no pueden tener un modo de apreciar las cosas tan idéntico que haya en sus resoluciones aquella igualdad que exige la justicia. Una pena disciplinaria se aplicará a esta o aquella falta, según se cometa en esta o en aquella prisión, o en una misma, según varíe el director. Si, como creemos, la aplicación de la pena, en sus detalles todos, forma parte esencial de ella, la igualdad ante la ley exige que ésta sea una, idéntica siempre y dondequiera, y que al aplicarla se deje el menor campo posible a la divergencia de opiniones, suponiendo que no haya que temer, ni falta de inteligencia, ni abuso de ninguna especie.*

*Hay otra razón todavía más fuerte para que la ley determine el régimen de las prisiones tan detalladamente como sea posible. Las relaciones entre los penados y los funcionarios que han procurar corregirlos deben ser benévolas: esto es esencial; debe aspirarse a que se amen mutuamente. Para esto es preciso que el recluso vea en el empleado de la prisión, como en el juez, un mero aplicador de la ley, que no está en su mano modificar, que aplica, si es dura, a pesar suyo, porque es su deber; el penado que lo sabe no le mira mal, ni le guarda rencor, y puede haber relaciones cordiales entre los dos, aunque el uno aplique un castigo y el otro le sufra. Resultará de aquí que, limitando el poder material del empleado, dejándole menos facultades discrecionales, se aumenta su poder moral, que es su poder verdadero, el que ha de influir en la corrección del recluso, que solo si le respeta y lo ama recibirá de él beneficiosas y eficaces influencias.*

*El régimen general de una penitenciaría debe ser tal que pueda aplicarse en todos los casos en que el penado no se halle enfermo o tenga defecto físico, casos que son de la competencia del médico. Si el sistema penitenciario no fuere completo, si no tuviere la uniformidad que sería de desear porque solo se halle planteado parcialmente o por otras causas para los casos excepcionales, la ley debe dar reglas, dejando a la Administración que las aplique, no que las formule. El legislador puede y debe oír a la Administración y a todas las personas competentes: nunca se encarecerá bastante la ventaja, moralmente hablando, la necesidad de abrir amplias informaciones donde se recoja y concentre todo el saber que hay en un país sobre una materia dada, dolido con el oráculo de la ciencia se oiga la voz de la opinión, de modo que pueda formarse idea en un punto y en un momento dado, no solo de lo que es conveniente, sino de lo que es posible hacer. Hecha así la ley, con todo el conocimiento de la materia que haya en el país y en la época en que se hace, no puede tener los inconvenientes de que la acusan los que reservan a la Administración facultad de legislar, si no en el nombre, de hecho; facultad inadmisibles, en todo, pero en materia criminal intolerables» (64). Todo ello como consecuencia de la práctica que da lugar a diferencias muy notables en la ejecución y que repercuten de manera efectiva en diferencias no justificadas en la situación penitenciaria.*

Tema de gran actualidad era el de la libertad condicional que se estima de gran utilidad para los penados y para la propia sociedad. Rodeada de las debidas garantías se recomienda esta institución a los

---

(64) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Decimocuarto. Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes. Madrid, 1896, p. 7 ss.*

Gobiernos, señalándose frente a las posibles críticas que no es contraria a los principios del derecho penal ni a la autoridad de la cosa juzgada (65). También se insiste respecto al personal penitenciario en que reciba la adecuada formación, tanto teórica como práctica, y en la necesidad de que se les asignen emolumentos suficientes por su labor. Para ello resulta de interés la creación de Escuelas específicas de formación penitenciaria. Se insiste en la idea de que aun contando con el resto de elementos adecuados del sistema penitenciario, como los edificios o normas bien elaboradas, sin el concurso de empleados bien formados y de adecuada moralidad, todos los esfuerzos resultan inútiles (66).

Al Congreso Penitenciario Internacional de Roma en 1885 presenta el informe sobre Empleo del domingo y de los días festivos en los establecimientos penitenciarios, dado que se considera un problema particular de orden moral y material en las prisiones. La causa está en la falta de actividad laboral ese día u otros días festivos, dando lugar a confundir la ociosidad con el descanso. Esta situación la pone en relación con el hecho de ser más frecuentes los suicidios el domingo y el lunes en las prisiones celulares y que el mayor número de delitos se concentren en los días de fiesta. Para Arenal el domingo debe ser un día especialmente dedicado al ejercicio de la voluntad y a la depuración del gusto, para lo que propone realizar algunas actividades que puedan llenar el vacío respecto a los días ordinarios, como la edición de un periódico dedicado a los reclusos. Pone de relieve a propósito de estas necesidades la insuficiencia del personal penitenciario tanto en cantidad como en calidad, pues «no pueden estar bien servidas las prisiones sin mayor número de empleados, y de más categoría intelectual y moral» (67). El edificio de la prisión no es más que el esqueleto del sistema penitenciario y para darle vida se hace necesario un personal suficiente y bien instruido.

Una de las cuestiones planteadas en el Congreso Penitenciario Internacional de San Petersburgo en 1890 es la de la incorregibilidad, si pueden así ser considerados algunos criminales y en tal caso los medios necesarios para proteger a la sociedad. A este problema bien complejo y central para todo sistema penitenciario es al que Concep-

---

(65) LASTRES, F. *Estudios penitenciarios*. Madrid, 1887. Edición Facsímil Analecta editorial, 1999, p. 60-1.

(66) LASTRES, F. *Estudios penitenciarios*. Madrid, 1887. Edición Facsímil Analecta editorial, 1999, p. 55.

(67) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Decimocuarto. Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes*. Madrid, 1896, p. 90.

ción Arenal presenta un informe y lo hace de forma amplia en extensión y en el planteamiento para así abordar con mayor seriedad un problema capital. Para empezar señala que la corrección implica una mejora y por tanto no es algo absoluto sin condiciones o grados. Indica claramente que no entiende lo mismo por incorregibles que por no corregidos, pues muchas veces la sociedad no ha sido capaz de evitar que el delincuente avanzara por el camino de la incorregibilidad. La incorregibilidad se asocia con la reincidencia y por ello existe «la propensión a considerar a los penados como masa compacta que se acentúa respecto a los reincidentes, y más aún cuando se califican de incorregibles; entonces casi se consideran como un conjunto de cosas. Insensiblemente se va simplificando, se va facilitando la obra del discurso primero, y legal después, y de facilidad en facilidad se llega al error, que, puesto en práctica, da por resultado la injusticia» (68). Para nuestra escritora la reincidencia puede ser un dato, uno más, de importancia variable, pero en ningún caso una regla infalible de la incorregibilidad. En todo caso la reincidencia es una cuestión social y es la misma sociedad la que debe implicarse en su solución.

Se plantea un determinado caso el del bandolerismo, el bandolero español, como posible paradigma del incorregible. «¿será el tipo del criminal orgánico para el antropólogo, y del incorregible para el legislador?» (69). Señala que es necesario reflexionar sobre las circunstancias que rodean este tipo de hechos tan graves, para poder advertir que no son consecuencia de un estado orgánico perturbador de cierto número de hombres, sino de un estado social. Y para ello indica algunos casos de bandoleros que llegaron a abandonar su actividad criminal y también el singular caso del presidio de Ceuta en el que criminales con las condenas más severas hacían una vida de lo más normalizada y hasta afectiva. En definitiva pese a que puede afirmarse que existen incorregibles, sin que se pueda conocer qué casos y desde cuándo, y siendo de un enorme perjuicio para la sociedad, sin embargo, no representan un peligro tan evidente para la misma pues afecta generalmente a delitos de no extrema gravedad.

En una segunda parte del informe se pregunta de qué manera se puede disminuir el número de los incorregibles. Cuestión que puede parecer paradójica si partimos del hecho de la incorregibilidad pero

---

(68) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Decimocuarto. Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes.* Madrid, 1896, p. 115.

(69) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Decimocuarto. Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes.* Madrid, 1896, p. 119.

afirma la autora que no se puede tratar de los incorregibles sin pensar por qué lo son y cómo se disminuiría su número. Entre otros aspectos expone una serie de reformas que pudieran ayudar a reducir la reincidencia como sería no hacer un uso excesivo de la prisión preventiva y evitar la prisión correccional de escasa duración.

El Congreso Internacional de Amberes (1890), trata de las cuestiones relativas al patronato de los reclusos y de la protección de los niños moralmente abandonados. Al mismo envía un informe que será el último de la serie de informes para Congresos Internacionales, realizado ya con 70 años de edad y poco antes de que la enfermedad le haga ir a vivir a Vigo y allí pasar los últimos años de su vida y fallecer en 1893. Respecto al patronato, como institución dirigida a la ayuda y tutela de penados y libertos, considera que es la obra más compleja. La función del patronato de penados y libertos nace de la necesidad de que la sociedad no cierre las puertas al liberado tras la pena y la, en parte, natural propensión de esta a cerrar las puertas a los liberados de prisión. Proporciona una completa y exhaustiva organización del patronato del que formarían parte cinco clases de socios, los socios visitantes, los protectores, los hospitalarios, los suscriptores y los bienhechores, cada uno con sus funciones bien definidas para lograr la vuelta a la vida social de la mejor forma.

## 7. EL PERSONAL Y VISITADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL

Uno de los graves problemas que arrastraba históricamente el sistema penitenciario español era la falta de un auténtico cuerpo de funcionarios especializados y permanentes. De hecho se reconoce oficialmente esta falta y la necesidad por ello de emplear a penados en ciertos servicios relevantes de los establecimientos: «Nuestro régimen penitenciario adolece de un defecto fundamental: la necesidad de utilizar a los penados en servicios de carácter disciplinario y en trabajos de oficinas» (70).

Con la Ordenanza General de presidios, como hemos visto, los presidios habían adquirido la naturaleza civil, incardinándose inicialmente su organización en el Despacho de Fomento (art. 18). Pese a ello las personas encargadas del gobierno de los presidios y la propia disciplina tienen carácter militar (art. 19 y ss., así como arts. 77-79).

---

(70) Así lo expone el *Anuario Penitenciario*. Dirección General de Establecimientos Penales 1889, p. 279.

La previsión de empleados para los presidios resulta verdaderamente exigua, con lo que se prevé acudir a los penados para diversos cometidos. Pero además se hace evidente la falta de especialización, natural en los primeros tiempos, así como la posibilidad, efectiva en ocasiones, de encontrar empleados con rango penitenciario superior que, sin embargo, en la vida militar habían sido inferiores a otros que también participaban en el gobierno del presidio, con las consiguientes disfunciones. En puridad es desde 1844 cuando el personal subalterno adquiere condición civil pero al mantenerse el rango militar de los comandantes de presidio se dio lugar a una falta de coherencia y dificultades prácticas (71).

En 1869 Concepción Arenal (72) señalaba la vinculación entre regeneración del delincuente y selección adecuada del personal penitenciario, para el que se mostraba partidaria de exigir rigurosas pruebas de aptitud y moralidad. Esto hace necesaria la formación y especialización del personal penitenciario para atender a las necesidades específicas de la población penal, de manera que «La falta de especialidad es síntoma seguro de la falta de civilización y de orden» (73). Sin embargo el origen militar de la mayoría de los empleados del momento hace difícil la adecuación a estas necesidades, pues en general desconocen los medios para modificar y corregir a los criminales (74). Pese a las carencias desde el punto de vista que hoy entendemos la función penitenciaria, García Valdés (75) señala la aparición de una sorpresa singular en el ejercicio de esta función por el personal castrense: «acostumbrados los Comandantes de los Presidios a mandar hombres, en su mayoría, de otra condición social y superiores ideales, se adaptaron pronto, y con extraordinaria competencia, a la nueva tarea de ejercer su autoridad sobre personas recluidas». Será necesario adquirir conocimientos teóricos indispensables,

---

(71) ROLDÁN BARBERO, H. *Historia de la prisión en España*. PPU 1988, p. 97. Señala este mismo autor que durante la primera República, se aprobó el Decreto de 20 de diciembre de 1873 –al que califica de voluntarista– con el que se quieren organizar los establecimientos penales bajo la forma de asilo y se profesionaliza en todo su recorrido la carrera penitenciaria (p. 98).

(72) «A todos». *Obras completas*, Tomo Décimo. Madrid, 1895, p. 169. En este escrito la escritora se manifiesta favorable al sistema penitenciario «de celdas para dormir y trabajo en común bajo la regla del silencio» (p. 199).

(73) «A todos». *Obras completas*, Tomo Décimo. Madrid, 1895, p. 213.

(74) «Un establecimiento penal debe ser una casa de educación; de educación lenta, difícil, que necesita conocimientos que los militares no tienen, y paciencia y calma, que no suelen tener», dirá la autora. ARENAL, C. «A todos». *Obras completas*, Tomo Décimo. Madrid, 1895, p. 212.

(75) «La ejecución de la pena privativa de libertad. Siglos XIX y comienzos del XX». *La Administración de Justicia en la historia de España*. Guadalajara, 1999, p. 973.

pero también una larga experiencia que permita conocer al ser humano en general y al criminal en particular (76).

El Real Decreto de 23 de junio de 1881 (77) constituyó el inicio de la creación de un cuerpo de funcionarios públicos seleccionados y formados para la difícil y elevada misión de «corrección de los penados» pues «notorio es el abandono con el que ha dejado de exigirse a sus individuos garantías de suficiencia, de rectitud y de otras diversas condiciones indispensables para el buen desempeño de sus funciones». De esta manera se quiere asegurar que se reúnan las condiciones de rectitud e idoneidad y a cambio ofrece una estabilidad con la formación del cuerpo y la expectativa de una carrera profesional. Otro paso en la organización del servicio sería el traspaso de la Dirección General de Establecimientos Penales al Ministerio de Gracia y Justicia en 1887 (78).

La Circular de 9 de agosto de 1888, constituye un auténtico código de los deberes del funcionario de un establecimiento penitenciario, y ella se exhorta y exige un cumplimiento más que riguroso y sincero («con honrada convicción y sincero ardimiento») de todas las funciones que competen al cuerpo (79). La idea, expresa en el texto, es la de extirpar vicios y defectos que la experiencia había mostrado. Se señala que el ingreso –ahora ya por méritos– mediante examen debe ir

(76) Véase «Examen de las bases aprobadas por las Cortes para la reforma de las prisiones». *Obras completas*, Tomo Decimo. Madrid, 1895, p. 280-1.

(77) Expone y comenta esta norma así como sus vicisitudes posteriores CADALSO, F. *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p.793 y ss. La aprobación del mencionado Decreto estuvo seguida de reformas y contrarreformas, de forma que ROLDÁN BARBERO señala «que todo lo que se hacía en esa época en materia de funcionarios de prisiones se insertaba en la espiral de la confusión». *Historia de la prisión en España*. PPU 1988, p. 99. También GARCÍA VALDÉS ha analizado este momento. En particular señala la tendencia a la unificación de los cuerpos de presidios (establecimientos penales) y cárceles que la inercia y la falta de claridad en la normas no señalaban claramente. Parece que con el Real Decreto de 16 de marzo de 1891 se consigna de forma más nítida esta unificación. *La ideología correccional en la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer 2006, pp. 58 ss. y 60. Este mismo autor indica la existencia de un previo Decreto de 20 de diciembre de 1873 que inició una estructuración general de los empleados de presidios y cárceles (p. 59).

(78) De acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Presupuestos de 29 de junio de 1887. Véase RIVERA BEIRAS, I. *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires, 2008, p. 92.

(79) Firmada por el Subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia, Fermín Calbeton, en la fecha ya indicada de 9 de agosto de 1888. El texto de la Circular puede sugerir la autoridad o colaboración de Rafael Salillas del que se utilizan expresiones características como «vida penal», «sacerdocio» al hablar de la función penitenciaria o «misión tutelar» respecto a los funcionarios.

seguido de una «incesante laboriosidad, un exquisito celo, una intachable integridad». En primer lugar se indica la necesidad de que sea el Director del Establecimiento el que primero y mejor cumpla los deberes, a modo de ejemplo, y haga observar a los demás tales deberes, «penetrándose de la trascendental misión que le está confiada y procurando llenarla, no ya como si se tratase de cubrir las apariencias de un vano formalismo, sino persuadiéndose de que ejerce un verdadero sacerdocio» (80). Todos los funcionarios deben concienciarse y ejercer la «misión tutelar» que ejercen sobre los internos, procurando aliviar su situación sin ceder a las preferencias o privilegios injustos. En particular se llama la atención sobre el cumplimiento de los contratos de suministro de víveres para que se fiscalice todo lo relativo a la alimentación todos los días y en cada momento. Se encarece también el cumplimiento de los preceptos higiénicos en la persona del recluso, su vestido y la habitación. Respecto al trabajo de los penados se recomienda se estimule el trabajo entre los penados, vigile que se paguen con puntualidad los jornales y se exija a los contratistas el estricto cumplimiento de las cláusulas de la concesión. Finalmente presta atención a la necesidad de aumentar la asistencia a la escuela y fomentar la lectura entre los reclusos, para contribuir al «fin primordial de la pena, que es la corrección del delincuente».

Si puede entenderse como difícil la situación de los reclusos, de forma distinta también las dificultades y problemas se ciernen sobre los funcionarios penitenciarios. En el siglo XIX la dependencia económica respecto a Ayuntamientos y Diputaciones hace que los salarios de aquellos se vean afectados en no pocas ocasiones, bien por las carencias financieras de las propias corporaciones o bien por otros motivos. Lo cierto es que los funcionarios de la cárcel de Lugo, por ejemplo, llevaban en el año 1899 cinco meses, al menos, sin cobrar sus haberes que correspondía pagar a la Diputación provincial (81). Se habla en general de una reiterada costumbre y de abuso por parte de las Corporaciones, solicitando de la Administración Central que adopte medidas para evitarlo. Todavía años después podrá decir CADALSO que «Las cárceles dependían de los Ayuntamientos y de las Diputaciones, que abonaban o no sus haberes al personal según las simpatías o el desafecto de las Cor-

---

(80) La alusión al carácter sagrado de la función penitenciaria es, en realidad constante. Lo hacen LASTRES, F. *Estudios Penitenciarios* (Madrid, 1887), Edición Facsímil, Analecta 1999, p. 156. También se refirió al entusiasmo sacerdotal de las personas entendidas y dedicadas al estudio de este Ramo, MONTESINOS. «Informe elevado a la superioridad por D. Manuel Montesinos, en relación con los efectos reconocidos en las Penitenciarias del Reyno después de la promulgación del Nuevo Código penal» (1849?). *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 159 (1962), p. 299.

(81) *Revista de las Prisiones*, Año VII, núm. 45 (1.º de diciembre de 1899), p. 368.



poraciones hacia los empleados» (82). En muchos casos la corrupción no es sino la consecuencia de la falta de recursos —con el consiguiente caos organizativo— e incluso de esta falta de pago de los salarios; «Triste fue la estrella de estos empleados, que, desde su precaria situación, mantuvieron alzada su mirada y no vieron sino el incumplimiento, una y otra vez, de las promesas hechas desde arriba» (83).

Son plurales las circunstancias que han hecho más compleja la tarea de los funcionarios penitenciarios. Por una parte está lo escasísimo de la plantilla de funcionarios penitenciarios. En la época del inicio del cuerpo, la década de los años 1890, se estima la existencia en toda España de 19000 penados y 12000 reclusos pendientes de causa. Para esta población penitenciaria se contaba con un total nacional de 235 funcionarios (84). La propia Concepción Arenal (85) había indicado ya la carencia tanto en número como en formación de funcionarios para el sistema penitenciario. Se había iniciado, entre intentos logrados y fracasos, la reforma de los viejos centros penales, la lenta iniciación de una adecuada arquitectura penitenciaria. Pero ella ya advierte que los nuevos centros pueden ser un esqueleto sin vida si no existe un adecuado personal penitenciario tanto en su cantidad, por el número más que insuficiente, como en calidad, por las carencias en formación y conocimientos.

Para los presidios considerados como casas de educación, pues la finalidad correctora así lo exige, propone la creación de un cuerpo facultativo penitenciario que pueda cumplir con esa excelsa misión. El cuerpo estaría formado por dos escalas, de profesores y de maestros. La alternativa la expone claramente: «O hay que renunciar á la idea de corrección, y suprimir la palabra que hipócritamente pronuncia la ley, ó es necesario dar á los penados medios de corregirse, porque pretenderlo con los actuales, es como querer ferro-carriles sin hierro ó telégrafos eléctricos sin electricidad- De estos medios, el primero, el más indispensable, es un personal adecuado, un cuerpo facultativo, cuerpo facultativo con conocimientos apropiados, con organización, con seguridad de ocupar su puesto mientras cumpla con su deber, con derecho á recompensa proporcionada, y con la consideración que merece quien desempeña la más alta misión que puede confiarse al

---

(82) *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p. 811.

(83) LLORCA ORTEGA, J. *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*. Tirant lo Blanch 1992, p. 376.

(84) Datos proporcionados por CADALSO. *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p. 810.

(85) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Decimocuarto. Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes*. Madrid, 1896, p. 90.

entendimiento y á la conciencia humana.—Ni los que han llegado á los primeros puestos en la milicia, en la magistratura, en la enseñanza, aun suponiendo que merezcan ocuparlos, deberían tener mayor consideración que el Director general de las Penitenciarías» (86).

Además durante el siglo XIX se apunta de forma acorde por grandes penitenciaristas como punto fundamental la vinculación necesaria de los funcionarios a muy distintas autoridades y de muy diversa naturaleza. Ya en la primera mitad del siglo se detectan roces entre los comandantes de presidios y los jefes políticos de cada provincia (posteriores gobernadores civiles), lo que obliga a aprobar una Real Orden para tratar de deslindar las atribuciones que respecto a los presidios concurren en unos y otros (87). Salillas (88) señala lo difícil de la acción penitenciaria en el entramado administrativo: «Cohíbe la acción de los Alcaldes la ingerencia de otras Autoridades que se les imponen o les arman zancadillas. Asediándoles la constante recomendación, pidiendo lo posible y lo imposible, y viven en la incertidumbre de caer en desagrado o ajustarse al cumplimiento del deber, integridad las más de las veces poco provechosa». También Cadalso (89) indica la dependencia de múltiples instancias como uno de los obstáculos fundamentales para el desenvolvimiento de la función penitenciaria: «Las Juntas, las autoridades locales, así del orden judicial como del gubernativo, anulaban con sus omnímodas facultades la acción de los funcionarios, y estos, que eran los únicos responsables, habían de obedecer a los distintos criterios de tantas entidades». De forma que para este estudioso y penitenciarista práctico esta situación explica la zozobra del cuerpo y el deplorable estado de los servicios penitenciarios.

En este ámbito del personal penitenciario, la escritora gallega, también hace mención a la función de los visitantes o inspectores de los centros penales. La que llegará a ser Visitadora General de Cárcel de mujeres en 1860 expondrá los criterios que entiende necesario para poder realizar esta función de acceso a los encerrados, que tienen que contar con «Corazón, modestia, perseverancia: he aquí lo esencial, a nuestro parecer, para visitar con fruto al encarcelado» (90). Esta función de quien se acerca al recluso no puede realizarla cualquiera, ni siquiera quien se considere adornado por virtudes sociales e

(86) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Quinto. Estudios Penitenciarios. Volumen segundo.* Madrid, 1895, p. 303.

(87) Real Orden de 15 de abril de 1844, Gaceta de 24 de abril.

(88) *La vida penal en España.* Madrid, 1888, p. 393.

(89) *Instituciones Penitenciarias y similares de España.* Madrid, 1922, p. 811.

(90) «De la aptitud para visitar al preso». *Obras Completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Decimotercero. El visitador del Preso.* Madrid, 1896, p. 16.

intelectuales, pues debe realizarla «el que sea, no el que parezca, más apto, y que la jerarquía caritativa se aparte, si es necesario, de la social e intelectual» (91).

Solo en una época posterior, ya en 1903 se crea la Escuela de Criminología (92) con la que se pretendía lograr una mejor formación del Cuerpo Directivo de prisiones y con la que se da comienzo a la existencia de una institución, que cambiará de nombre, aparecerá y reaparecerá en distintos momentos de nuestra historia, dirigida a la formación especializada de los miembros de la administración penitenciaria.

## 8. ALGUNAS REFORMAS PENITENCIARIAS SUSCITADAS POR CONCEPCIÓN ARENAL

Cuando Salillas (93) analiza la obra de Concepción Arenal señala la influencia de la ilustre pensadora en el conjunto de la reforma penitenciaria, en particular en tres ámbitos. En primer lugar en cuanto al modo de traslado entre centros penales de los detenidos, presos y penados, también en lo relativo al abuso de la aplicación de la prisión preventiva y, finalmente respecto a la reforma del personal penitenciario. Esta última la acabamos de indicar brevemente. Algo, también sucinto, puede decirse para las dos restantes y alguna otra reforma.

La detención de una persona da lugar a su traslado a un centro de internamiento con carácter provisional pues esa es su situación legal a la espera de que se confirme o no la acusación sobre ella y, en su caso, pueda ser juzgado en su momento. Si la persona se encuentra cerca del lugar de internamiento se produce con rapidez. Si se encuentra más lejano debe ser trasladado hasta la cárcel correspondiente. Iniciada la segunda mitad del siglo XIX todavía las conducciones de detenidos evocaban el capítulo de los galeotes del Quijote, con la ristra de

---

(91) ARENAL, C. «De la aptitud para visitar al preso». *Obras Completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Decimotercero. El visitador del Preso*. Madrid, 1896, p. 17.

(92) Decreto de 12 de marzo de 1903. CADALSO, F. *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p. 815. Hace mención a su creación por el «ilustre criminólogo» Rafal Salillas y a sus posteriores modificaciones CUELLO CALON. *La Moderna penología*. Bosch 1958, p. 528, nota 3. Sobre esta institución puede verse también BUENO ARUS, F. «Cien años de legislación penitenciaria (1881-1981)». *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 232-235 (1981), p. 74.

(93) «Doña Concepción Arenal en la Ciencia penitenciaria». *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura* (AAVV). Madrid, 1894, p. 54 ss.

apresados uno tras de otro, por los polvorientos caminos en ocasiones en trayectos más breves y en otras en prolongados y penosos recorridos. Por el camino se hacía noche en las cárceles de paso, en lo que se llamaba «tránsitos de justicia» (94). Concepción Arenal (95) denunciará una situación de auténtica calamidad para conducidos y para la Guardia Civil que se ocupaba de la seguridad. Finalmente las conducciones se realizarían en ferrocarril desde el primero de enero de 1881 (96), al menos para las que fuera posible utilizar ese medio de transporte. Por ejemplo los condenados a penas correccionales en la Audiencia de la Coruña al no disponer de un establecimiento de ese tipo debían ser enviados a extinguir la pena al correccional de Ortigueira o de Santiago. Como la estación más próxima a Ortigueira era la de Betanzas y se encontraba a 120 km. de distancia, las conducciones debían efectuarse mediante los ya aludidos tránsitos de justicia (97).

Si el ingreso es de un detenido este pasa a un departamento específico a la espera de la decisión judicial sobre si debe continuar privado de libertad como medida cautelar –prisión provisional– o queda en libertad con cargos o sin ellos. Los departamentos de detenidos no suponían en principio el aislamiento incluso tratándose de un centro celular, por lo que daría lugar a una continua comunicación sobre las inquietudes del reciente ingreso en prisión y el previsible futuro a la espera de la decisión judicial. Podía no obstante suceder que el juez hubiera ordenado la incomunicación, en cuyo caso se producía desde el principio el aislamiento. Si la resolución judicial imponía la prisión provisional suponía el ingreso en un departamento celular, si el centro disponía del mismo.

Indica nuestra autora los numerosos inconvenientes de acudir en demasía a la prisión provisional (98). Señala lo improcedente de esta

(94) «Cárceles de Galicia y de León». *Revista de las Prisiones*. Año IX, núm. 23 (1901), p. 351.

(95) «A todos». *Obras completas*. Tomo Décimo, 1895, p. 214 ss. Autora que reclamaba carruajes celulares para las conducciones.

(96) LASTRES, F. *Estudios Penitenciarios* (Madrid, 1887), Edición Facsímil, Analecta 1999, p. 20. La decisión de llevar a cabo las conducciones en ferrocarril se adoptó mediante Ley de 3 de julio de 1880. Véase CADALSO, F. *Instituciones Penitenciarias y similares de España*. Madrid, 1922, p. 216. Aunque su puesta en práctica efectiva comenzó algo más tarde. Así lo refiere Federico CASTEJÓN. *La Legislación Penitenciaria Española*. Reus 1914, p. 200.

(97) «Cárceles de Galicia y de León». *Revista de las Prisiones*. Año IX, núm. 23 (1901), p. 351.

(98) «Doña Concepción Arenal en la Ciencia penitenciaria». *Doña Concepción Arenal en la ciencia jurídica, sociológica y en la literatura* (AAVV). Madrid, 1894, p. 56 y ss.

medida para un posible delito leve, que vendría a representar una pena dura para un hecho de escasa entidad, Y se está imponiendo de hecho por mera presunción pues todavía no está juzgado. Y si el reo finalmente resulta inocente no hay forma de compensar las amarguras de su paso por la cárcel. Recoge la costumbre tan extendida para cualquier acontecimiento lamentable de gritar ¡a la cárcel! como indicio del escaso respeto por la libertad en nuestra tierra. Y por supuesto hace ver el enorme perjuicio del contagio criminal que se puede limitar con la reducción de la prisión provisional, evitando en buena medida así hacer peores a los que allí ingresan.

Al abuso de prisión preventiva dedica la primera parte de los Estudios Penitenciarios (99). Respecto a la misma proclama la necesidad de que se llegue a decidir algún día como un expediente excepcional y no como una regla general. El miedo a lo que pudieran, sin estar ingresados en los establecimientos penales, sustraerse a la acción de la ley considera que ya no es real para los hechos leves –a los que no debería aplicarse– en unos tiempos en los que han desaparecido la crueldad de las penas. Expone además las necesidades singulares del régimen de la prisión provisional. Reconoce que en la ley procesal pueden encontrarse buenos principios para no prodigar y prolongar la prisión provisional pero señala cómo en la práctica los Tribunales tienden a ampliarla. En realidad este histórico desorden de naturaleza procesal, pero con una importante influencia en el sistema penitenciario –en el que Concepción Arenal puso el acento en distintas ocasiones–, solo de forma muy lenta y compleja se ha ido suavizando.

Por otra parte expone la incongruencia de mantener la Administración Penitenciaria en el ámbito del Ministerio de la Gobernación. «No sé concibe, dice la eminente escritora doña Concepción Arenal, en sus Estudios Penitenciarios, no se concibe cómo ha podido ocurrir llevar la administración y dirección de las prisiones al ministerio de la Gobernación: si se trataba de ley, debía corresponder á Gracia y Justicia; si de fuerza, ál de la Guerra. Cualquiera que haya sido el motivo de la organización actual, no tiene razón de ser, y menos en España, donde la política, siendo lo que todos sabemos, y teniendo más influencia en el ministerio de la Gobernación que en ningún otro, ha de ejercer en él más y peor influencia, extensiva á todos los ramos que comprenda». En no demasiado tiempo se dio el paso solicitado por nuestra autora. Lo hizo la Ley de Presupuestos de 1887, todavía en vida de Arenal: «La Dirección general de Establecimientos penales formará parte en adelante del Ministerio de Gracia y Justicia en cuyo

---

(99) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Quinto. Estudios Penitenciarios. Volumen primero.* Madrid, 1895, p. 17 y ss.

presupuesto se consignará el crédito necesario para los servicios que aquélla tiene á su cargo» (art. 6).

Por último se puede aludir a su temprana aspiración a la formación del personal penitenciario femenino para los centros de mujeres. Concepción Arenal era buena conocedora de las cárceles de mujeres. Había sido durante algunos años visitadora e inspectora de estos centros. Ante la inexistencia de personal femenino penitenciario los mismos dependían de personal masculino aunque, como en el resto del sistema, la ausencia de personal suficiente hacía que algunas internas colaboraran en las funciones de régimen interno. En sus Estudios Penitenciarios ya avanza que el personal de las penitenciarías de mujeres debe ser de su mismo sexo, salvo en los casos inevitables de médico y capellán, que deberían para este caso escogerse entre los de edad avanzada (100). En este caso sus deseos, por muy fundamentados que estuvieran, no se pudieron comenzar a cumplir hasta 1931 con la creación de la Sección femenina del cuerpo de prisiones.

Con mayor tiempo y dedicación se podría seguir rastreando la estela de esta ilustre mujer en las pequeñas o grandes reformas que el sistema penitenciario ha ido experimentando a lo largo del tiempo. No en vano trabajó con gran capacidad de análisis y profundidad en numerosísimos temas fruto de su experiencia y de los interrogantes y necesidades que se planteaban, así como de sus estudios, aspectos imposibles de abordar –ni siquiera de esbozar– en estas breves páginas. Sin embargo, nos queda su ejemplo, su firme compromiso con la persona, sus obras como aliento y guía para todos lo que de alguna manera quieran contribuir a la mejora del sistema penitenciario, es decir, colaborar en la mejora de la vida de las personas.

---

(100) *Obras completas de D.<sup>a</sup> Concepción Arenal. Tomo Quinto. Estudios Penitenciarios. Volumen segundo.* Madrid, 1895, p. 313.

# Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS

Catedrática de Derecho Penal  
Universitat de València

## RESUMEN

*El presente trabajo analiza el margen de actuación que tienen los órganos penitenciarios para adaptar la forma de cumplimiento de la pena de prisión a las necesidades individuales de cada interno. Para ello se critica el excesivo protagonismo de elementos ajenos a la ejecución, como la gravedad del delito y de la pena, las prácticas penitenciarias poco motivadas o estereotipadas y la importancia de la disciplina en elementos propios del tratamiento. Como alternativa se defiende un modelo discrecional reglado para que mejore la seguridad jurídica del interno y se priorice la resocialización sobre el aseguramiento y el castigo.*

Palabras clave: *discrecionalidad penitenciaria, seguridad jurídica, motivación, resocialización.*

## ABSTRACT

*The following essay analyses the penitentiary organ's margin for discretion when adapting prison sentences to individual needs of prisoners. For this purpose, the following aspects of penitentiary treatment are criticized: the importance given to elements which have nothing to do with execution (such as the seriousness of the crime and of the punishment), the unmotivated or stereotyped penitentiary practices, and the relevant role assigned to discipline. In order to address these problems, a discretionary regulated model is proposed to improve legal security and prioritise resocialization over assurance and punishment.*

Key words: *penitentiary discretion, juridical security, motivation, resocialization.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Modelos de ejecución penitenciaria. 2.1 Planteamiento. 2.2 El modelo retributivo-objetivo. 2.3 El modelo discrecional. 2.4 El modelo individualizador.–3. Seguridad jurídica y dinámica penitenciaria. 3.1 La exigencia de la garantía de legalidad en la ejecución. 3.2 Problemática de las diferenciaciones colectivas. 3.3 La heterogeneidad de los criterios individualizados de actuación.–4. Individualización garantista. 4.1 Los límites de la individualización penitenciaria. 4.2 Discrecionalidad reglada. 4.2.1 Criterios específicos de valoración. 4.3 Motivación y control judicial. 4.3.1 El recurso de casación por unificación de doctrina.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Existe una permanente preocupación por la tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en su mayoría centrada en garantizar unas condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana, siendo lo más destacable la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, la exigencia de unas condiciones razonables de habitabilidad relacionadas con un alojamiento digno y no masificado, y la protección de la salud en sentido amplio que contemple tanto el derecho a la asistencia médica como el de una alimentación adecuada. Una vez estas exigencias mínimas se ven garantizadas, la atención se desplaza hacia los aspectos cuantitativos y cualitativos de la pena de prisión, es decir, de un lado hacia la duración del encarcelamiento con un rechazo general a la privación de libertad excesivamente prolongada por los evidentes perjuicios que provoca, y de otro, pero no por ello de menor importancia, hacia las condiciones en las que se va a desarrollar su cumplimiento, es decir, la modalidad o régimen de vida en prisión, y es en ese aspecto en concreto donde cobra relevancia no solo la dureza legislativa reflejada en la existencia de penas de extremada duración que vienen acompañadas de numerosas restricciones de derechos y de obstáculos para mejorar la calidad de vida en prisión, sino especialmente el desconocimiento sobre las reglas de aplicación de las mismas, ya que en la mayoría de los casos vienen caracterizadas por un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones, pese a su estrecha relación con el derecho a la libertad. (1)

(1) TINEDO FERNÁNDEZ, G. «Alcance de la función jurisdiccional en fase de ejecución» *Capítulo criminológico* vol 34, n.º 3. Julio-Septiembre 2006, p. 326.



De esta forma, si bien la prioridad del deber de custodia y el mantenimiento del orden disciplinario, por un lado, o la preferencia de la función tratamental sobre los reclusos dirigida a facilitar su reinserción, por otro, pueden ayudar a definir respectivamente el carácter meramente disciplinario o humanitario de la prisión, es en la coherencia, imparcialidad y justificación de las decisiones que tomen los órganos penitenciarios en relación a la situación jurídica de los internos, donde puede residir la clave para apostar por un modelo de prisión que además de humano sea eficaz, ya que estas condiciones mejorarían las expectativas que los internos tienen sobre la tutela de sus derechos provocando una percepción más positiva sobre la legitimidad de la institución, lo que allanaría el camino para reducir los conflictos y facilitar la integración social. (2)

Con este planteamiento se quiere destacar que 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 una concepción de la relación de sujeción especial excesivamente tolerante con la normativa administrativa dada su baja exigencia con el principio de legalidad. (3)

De esta forma, la reflexión sobre el margen de discrecionalidad de la Administración penitenciaria centra la controversia en las propuestas y decisiones de los órganos administrativos, tales como Equipos Técnicos, Juntas de Tratamiento y Centro Directivo (4), siendo de especial importancia los efectos que producen sobre la modalidad de cumplimiento de la condena, y en particular en torno a situaciones intrapenitenciarias que permiten avances en la restricción de libertad como puedan ser los permisos de salida y la clasificación en grados, en ambos casos paradigma de la diversidad del cumplimiento penitenciario. La razón de su importancia es el protagonismo que adquieren los informes y propuestas de los órganos penitenciarios tanto cuando se trata de materias que quedan bajo su competencia, como

---

(2) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 89.

(3) Como señala MATA MARTÍN, R. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario» *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010) p. 24, la STC 61/1990 de 29 de marzo ya exige que las relaciones de sujeción especial tengan plena vinculación con el principio de legalidad y los derechos fundamentales afectados.

(4) El planteamiento de esta misma reflexión sobre los órganos judiciales respondería a una problemática diferente debido a la independencia judicial que rige en sus actuaciones.

cuando se tratan de decisiones propias del Juez de vigilancia que van a requerir previos informes dictados también por dichos órganos administrativos.

El interés que despierta el amplio campo de discrecionalidad que ostenta la Administración en la fase de ejecución penitenciaria es debido a los riesgos de vulneración de diversos derechos fundamentales, entre ellos, el principio de igualdad por las diferenciaciones de trato injustificadas, del principio de legalidad por la incertidumbre de la forma de ejecución, del principio de proporcionalidad por las restricciones indebidas y del 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 (5), por ello, la superación de los sistemas de ejecución absolutamente abiertos pasa por su transformación hacia un sistema de reconocimiento reglado de derechos dentro de una adecuada cobertura legal.

Estas exigencias de legalidad y seguridad jurídica en la ejecución penal y penitenciaria suponen un gran reto al permitir la extensión de dichos límites a un espacio tradicionalmente olvidado como es la modalidad concreta de cumplimiento, lo que sirve para centrar como objeto de estudio la definición de un modelo garantista de ejecución penitenciaria (6) en el que, sobre la base de una rigurosa cobertura legal que 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, sea posible reducir la incertidumbre y arbitrariedad de las decisiones que afecten a la libertad de movimientos, de manera que todo interno tenga la posibilidad de conocer con antelación las condiciones requeridas para cualquier medida que afecte al régimen y modalidad de vida penitenciaria, que su adopción se rija por criterios objetivos y no solo discrecionales, y que la adecuada motivación de las razones esgrimidas para su concesión o denegación permita a los internos ejercer el derecho a impugnar judicialmente toda decisión administrativa.

---

(5) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. P. Andrés Ibáñez y otros, 6.<sup>a</sup> ed. Madrid, Trotta, 2004, p. 396-397.

(6) Un modelo garantista en la concepción de Ferrajoli es el que dispone de suficientes garantías o técnicas para asegurar la efectiva tutela de los derechos de los condenados, especialmente frente a decisiones administrativas o judiciales arbitrarias. FERRAJOLI, L. «Garantías y Derecho penal» en J. O. Sotomayor (Coord.) *Garantismo y Derecho penal*, Colombia, Temis, 2006, p. 3.

## 2. MODELOS DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA

### 2.1 Planteamiento

Como paso previo a establecer los tres niveles de exigencia ya mencionados de una ejecución garantista: legalidad en la determinación de las condiciones requeridas para cualquier medida que afecte al régimen y modalidad de vida penitenciaria, seguridad jurídica mediante su aplicación con criterios objetivos derivados de reglas predeterminadas, y control judicial de toda decisión que afecte a los derechos de los internos, se va a proceder a señalar las diferencias entre los modelos de ejecución basados en la retribución que se caracterizan por su rigidez y aquellos otros que debido a sus influencias preventivas admiten más variaciones, dada su directa correspondencia con la generalización o individualización en la aplicación de las figuras penitenciarias.

Cada vez es más evidente que la posición sobre la potestad estatal de castigar a todo sujeto responsable de un hecho delictivo reflejada en las distintas finalidades de la pena alcanza no solo a la legitimidad otorgada al *ius puniendi*, sino también a la correspondiente forma de cumplimiento. Desde una perspectiva retributiva basada en la compensación del daño producido la pena prolonga su proporcionalidad vinculada a la gravedad del delito, configurando una ejecución desprovista de finalidades ajenas al mero castigo y un cumplimiento íntegro sin posibilidad alguna de excarcelaciones anticipadas (7), ya que el carácter irrenunciable de la pena, propio de una concepción formal de la Justicia, impide cualquier alteración sobre la modalidad de cumplimiento. Desde una posición utilitarista, sin embargo, la ejecución se abre a la finalidad de reducir futuros delitos permitiendo aprovechar el cumplimiento de la pena y sus posibles variaciones para fines ulteriores, lo que puede ser positivo si se dirige a la recuperación social del condenado, pero corre el riesgo de ser utilizado para buscar el efecto ejemplarizante o de mera cohesión social de una ejecución especialmente aflictiva.

De esta forma cuando por influencias retributivas la proporcionalidad 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 sucede con el nuevo retribucionismo que representa la prevención general positiva, ya que

---

(7) ÁLVAREZ GARCÍA, J. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español* Granada, Comares, 2001, p. 92.

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 como más adelante se analizará son una forma de reducir la flexibilidad de la pena a través de tratamientos penitenciarios diferenciados aplicados de forma generalizada. (8)

Una opción diferente es la que apuesta por 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 (9), lo que tampoco está libre de riesgos bien porque el peso de las expectativas de futuro de lugar a una ejecución abierta e indeterminada a los cambios individuales con la peligrosidad criminal como referente en la aplicación de las figuras penitenciarias, lo que corre el riesgo de minar las garantías individuales, bien porque la falta de confianza en dichas expectativas de lugar a la recuperación de la segregación y el aislamiento social a través del encierro prolongado como instrumento dirigido a impedir cualquier contacto con el medio social.

La defensa de estos planteamientos de forma única o mixta es lo que da lugar a diversos sistemas de ejecución que se pueden sintetizar en torno a tres ideas que sirven de fundamentación para organizar la vida penitenciaria y diseñar las estrategias de actuación: a) en el primero de ellos el binomio retribución-prevención es el que señala el marco de actuación penitenciaria dirigido a mantener la idea de castigo meramente formal o bien apostar por la prevención de delitos futuros, b) en el segundo la opción por la culpabilidad o la peligrosidad servirá para que la ejecución siga manteniendo como referencia la gravedad del delito y de la pena o bien opte por explorar las posibili-

---

(8) PAVARINI, M./MOSCONI, G. «Discrecionalidad del poder penitenciario; la flexibilidad de la pena en la fase ejecutiva en la actividad de los Tribunales de Vigilancia» *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales* n.º 11-12, 1998, p. 1.

(9) En este sentido, vincular el sistema de individualización científica como forma de cumplimiento a la teoría de la prevención especial, supone ratificar la expectativa de cambios en el sujeto dirigidos a una mejor adaptación a la vida en libertad, en lo que tiene una especial relevancia los acortamientos de la estancia en prisión como alternativa al cumplimiento íntegro de la pena, SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P. «El sistema de individualización científica: estructura básica y principios» *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 26, 2018, p. 82-83.

dades de rehabilitación que presenta el condenado, y finalmente c) fijada la finalidad retributiva o preventiva y con ello la opción por mantener el carácter aflictivo o utilitario de la ejecución, deberán fijarse los límites de actuación de las autoridades penitenciarias para encontrar el punto medio entre la seguridad jurídica extrema donde la vinculación legal anula cualquier tipo de referencia valorativa, y la discrecionalidad funcional absoluta donde el elevado margen cedido a los órganos administrativos provoca incertidumbre e indefensión.

Todos estos objetivos presentan continuos conflictos (10), ya que una ejecución inspirada por la finalidad retributiva, aunque pueda mejorar la seguridad jurídica, es incompatible con estadios de semilibertad como puedan ser los permisos de salida, el régimen abierto o la libertad condicional que en términos generales tan buenos resultados ofrecen, y por su parte, una ejecución abierta en función de la evolución de cada sujeto puede ser contraproducente ya que las dificultades para predecir la conducta humana y sus necesidades de intervención, pueden desembocar en decisiones arbitrarias y discrecionales; del mismo modo el desarrollo de los derechos de las personas encarceladas, y en especial el de reinserción social, puede chocar con la idea de justicia y seguridad que se percibe en el exterior, siendo de especial importancia los avances de justicia restaurativa en sede ejecutiva como puente de unión entre prisión y sociedad. Por eso resulta necesario establecer las diferencias entre los modelos anteriormente mencionados con el fin de seleccionar aquel que partiendo de la prioridad del objetivo resocializador en el ámbito de la ejecución sea capaz de conciliar seguridad jurídica, ejecución flexible e integración social.

## 2.2 El modelo retributivo-objetivo.

Una ejecución penitenciaria basada en el modelo retributivo es aquella que mantiene las referencias a la gravedad del delito cometido, la responsabilidad del sujeto y la pena impuesta como fundamento del régimen de vida que vaya a seguirse durante el cumplimiento de la condena, lo que si bien en el ámbito de la imposición judicial puede resultar beneficioso por su capacidad para garantizar una equiparación o equilibrio entre el mal causado y la sanción recibida, en el ámbito de la ejecución trata de impedir cualquier modificación sobre la integridad de la pena impuesta en sentencia judicial por su rechazo

---

(10) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 131.

a cualquier cambio posterior, por mucho que afecte exclusivamente a la modalidad de cumplimiento.

Esto es consecuencia de la confusión entre la retribución como garantía o límite negativo que impide imponer una pena si no ha habido previo delito (*nulla pena sine crimine*) con la retribución como justificación en virtud de la cual a todo delito le debe corresponder una pena (*nullum crimen sine poena*) (11), lo que supone una pena inderogable con una ejecución inamovible en la que el objetivo de proporcionalidad debe ser cumplido también en su cumplimiento, bajo la idea que cualquier cambio que afecte a la mejora de las condiciones penitenciarias es entendido como un injustificado privilegio que le aparta de su inicial aflicción.

En este sentido, la proyección retributiva de la ejecución como justificación del castigo se ciñe a equiparar pena impuesta y pena cumplida, sin posibilidad de eludir o alterar la pena correspondiente al delito cometido, pero no hay que olvidar que la retribución también debe actuar como límite y en este caso debería garantizar la imposibilidad de provocar más restricciones que las inherentes a la propia privación de libertad, lo que entra en contradicción con las numerosas privaciones derivadas directamente del propio encarcelamiento, tales como el aislamiento social, la separación familiar, la pérdida de trabajo, o el deterioro psíquico, pero también con aquellas estrechamente relacionadas con la restringida aplicación de figuras penitenciarias que suponen un ineludible obstáculo en la consecución del objetivo resocializador.

De estos dos aspectos, suele ser preferente el primero, es decir, aquel que se centra en propugnar la inamovilidad de la ejecución con el rechazo abierto a cualquier modificación del cumplimiento que pueda alejarse de la penosidad de la condena inicialmente impuesta, lo que reduce los posibles cambios en el transcurso de la condena a aquellos que vienen impulsados por la propia legislación, y en todo caso vinculados a la existencia de criterios meramente objetivos al margen de las características individuales de cada sujeto como criterio rector de la fase de cumplimiento que suelen ser ignoradas. Cuando la vinculación de estas figuras a la duración de la pena produce su excesiva demora o inaplicación, el efecto es una agravación adicional a la condena impuesta inicialmente en el sentido más retributivo de la respuesta punitiva. (12)

---

(11) FERRAJOLI, L. «El paradigma del Derecho penal mínimo» en J. O. Sotomayor (Coord.) *Garantismo y Derecho penal*, cit. p. 61.

(12) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 478.

Supuestos de este tipo de planteamiento retributivo de ejecución han ido aumentando en la legislación penal y penitenciaria, como se refleja en los siguientes ejemplos:

a) Dar prioridad al tipo de delito y a los plazos temporales por delante de la evolución personal en diversos aspectos de la clasificación penitenciaria o en la concesión de figuras penitenciarias que amplían espacios de libertad, lo que desnaturaliza el sistema penitenciario de individualización científica produciendo un evidente menosprecio a la labor de los Equipos técnicos y Juntas de tratamiento en la decisión del régimen y tratamiento más adecuado para cada caso en función de las características individuales. Como muestras concretas de esta tendencia se puede citar la referencia a la naturaleza de los delitos cometidos entre los criterios a ponderar en la progresión al primer grado en el art. 102.5 RP, la exigencia del periodo de seguridad para la clasificación en tercer grado o los periodos de seguridad específicos de permisos de salida, régimen abierto y libertad condicional en la prisión permanente revisable.

b) Incluir estrategias restrictivas de derechos de forma generalizada, sin atender a las características individuales de cada interno, como ocurre con la negación o restricción de beneficios penitenciarios que recoge el art. 78 CP en función de la duración de la condena o la prolongación postcarcelaria de la intervención punitiva que supone la libertad vigilada, obligatoria en algunos delitos, lo que lleva implícita la presunción del fracaso de la función rehabilitadora de la prisión.

Son tres las consecuencias que se pueden destacar de esta modalidad de política penitenciaria:

En primer lugar, como se puede observar, la mayoría de estas previsiones se recogen en el Código penal, lo que además de ser discutible por la invasión que supone de la materia penal en la normativa penitenciaria, provoca que sea la finalidad retributiva, más propia de las normas penales, la dominante por encima de la resocializadora, más propia de las penitenciarias.

En segundo lugar se hace depender la concesión de figuras penitenciarias de criterios estrictamente objetivos como sin duda se puede calificar a la duración de la pena, el tiempo de condena transcurrido y la clase o naturaleza del delito cometido, lo que es un uso inadecuado de elementos más propios del enjuiciamiento que del diseño del programa de ejecución a seguir por cada sujeto al optar por una prisión punitiva y ejemplarizante bastante alejada del enunciado constitucional.

Y por último el predominio de criterios retributivos y objetivos convierte la ejecución en una fase estática donde solo la aplicación automática de la ley permite ligeros cambios en la modalidad de cum-

plimiento, lo que anula la función de los profesionales penitenciarios e ignora las necesidades de intervención de cada condenado. (13)

Dados estos inconvenientes, cuando se abandona el criterio de la gravedad de la pena como único criterio regulador de su extensión e intensidad, se puede incorporar los aspectos personales del condenado que, o bien quedan a merced de los órganos administrativos para su consideración discrecional, o bien se agrupan en torno a la idea de pronósticos de conducta futura con el fin de determinar la forma y duración de la condena.

### 2.3 El modelo discrecional

Como contrapunto al modelo retributivo en el que criterios objetivos asociados a la gravedad del delito y de la pena convierten la ejecución en algo vindicativo, estático y resistente a los cambios, un modelo discrecional o abierto sería aquel en el que la Administración concentra casi de manera exclusiva la capacidad de decidir la modalidad de cumplimiento, lo que transforma la determinación judicial sobre el hecho cometido que conlleva la pena impuesta en un juicio sobre el autor emitido por los Equipos técnicos. (14)

Ferrajoli, firme defensor del garantismo, ha sido especialmente crítico con el modelo de ejecución flexible y la excesiva discrecionalidad de la ejecución penal que conlleva, ya que en su opinión provoca un despotismo de las autoridades penitenciarias muy similar al arbitrio ejercido previo al Estado moderno, con ello entiende que se corre un doble riesgo: en primer lugar el desplazamiento del efecto ejemplarizante de la pena que pasa de la amenaza en la previsión legal a la amenaza en la condena que asume un papel simbólico de lo que es posible, pero no necesario, que pueda ocurrir en su trayecto, y en segundo lugar la instrumentalización de la disciplina como control de voluntades tendente a ofrecer beneficios y reducciones de pena a cambio de buena conducta y arrepentimiento. (15) Con ello mantiene que reducir las condenas por la obtención de buenos resultados es incompatible con su modelo garantista de Derecho penal, ya que el efecto intimidante no recae sobre la pena, sino sobre las posibilidades efectivas de condena real y sobre las valoraciones de los internos basadas en

---

(13) DÍEZ RIPOLLES, J. L. «El abuso del sistema penal» en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* 19.1 (2017) p. 14.

(14) TINEDO, G. *op. cit.* p. 331.

(15) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 407-408.



aspectos disciplinarios que pasan a ser un instrumento de gobierno de la vida penitenciaria. (16)

Es difícil no compartir la preocupación por la laxitud del principio de legalidad en la fase de ejecución por la inseguridad jurídica que genera, y en especial, con el excesivo subjetivismo que preside la concesión de figuras penitenciarias y la consiguiente indefensión ante legítimas expectativas que no logran ser cubiertas (17), sin embargo no debe confundirse el evidente rechazo a las penas de duración indeterminada, dada la vulneración que suponen de los principios de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, con las penas de duración determinada con forma de cumplimiento flexible que es donde cabe hacer una reflexión crítica sobre el alcance al que puede llevar la discrecionalidad con el fin de evitar situaciones de difícil legitimación. Plantear un sistema lineal de cumplimiento sin atender a la evolución del tratamiento del penado puede llevar a una ejecución más punitiva e inamovible que impida posibles parcelas de libertad, lo que no impide que en aras a garantizar la seguridad jurídica resulte necesario buscar alternativas al automatismo y discrecionalidad como patrones de funcionamiento orgánico.

En este proceso de refuerzo de garantías son varias las paradojas con las que nos vamos a encontrar, por ejemplo que la criticada discrecionalidad en la concesión de las medidas que pueden facilitar el tránsito hacia la finalización de la condena se traduzca en un excesivo automatismo en su imposición, y ello es así entre otras razones porque los criterios a tener en cuenta reposan en exceso sobre la gravedad de los hechos delictivos o la duración de la pena, o que las valoraciones sobre las circunstancias personales del autor que denoten posibilidades de vivir en libertad se apoyen en inciertos pronósticos de peligrosidad, cuyas dificultades de concreción (18) suelen desviarlos de nuevo a referencias estrictamente punitivas.

De esta forma un nivel de discrecionalidad rechazable sería aquel en el que el carácter meramente administrativo del cumplimiento de la pena justifique una plena autonomía de la Administración en la regulación y aplicación de la ejecución penal con normas propias sin rango de ley, y por tanto vulnerado el principio de legalidad, con una total

---

(16) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 408.

(17) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 409. JUANATEY DORADO, C. «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable» *ADPCP* Tomo LXXV 2012, p. 142.

(18) MARTÍNEZ GARAY, L. «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad» en E. Orts (Dir.) *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la delincuencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 21.

libertad para su aplicación con criterios subjetivos que afectan al principio de certeza y un control judicial del que a veces incluso se cuestiona su naturaleza penal por considerarla más administrativa. Este poder casi absoluto en la modulación ejecutiva de la pena representa un moderno despotismo en sede de ejecución igualmente rechazable que la arbitrariedad de las penas del Antiguo Régimen. (19)

La regulación administrativa de la normativa penitenciaria, como podía ser la existente antes de la promulgación de la LOGP, es buen ejemplo de ello ya que no solo carecía de un marco legal adecuado, sino que otorgaba a la Administración plenas atribuciones en orden a la clasificación, destino y concesión de contactos con el exterior. Situaciones similares se producen cuando habiendo una ley como marco legal de la actividad penitenciaria, el reglamento de desarrollo no respeta la jerarquía normativa o las normas administrativas de organización interna se exceden de su cometido modificando los aspectos de ejecución contemplados en la ley. Sin embargo, más allá de estos supuestos, que en realidad son vulneraciones del principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, donde más se puede manifestar el poder discrecional de la Administración es cuando el texto legal hace depender la modalidad de cumplimiento exclusivamente de términos ambiguos e indeterminados, como sucede con la regulación de los requisitos para la obtención de permisos de salida o la clasificación en tercer grado, que reposan sobre conceptos tan abiertos como ausencia de mala conducta o capacidad de vivir en semilibertad respectivamente, o cuando se crean espacios punitivos específicos tomando como referencia pronósticos de peligrosidad como sucede especialmente con la suspensión o prolongación de la prisión permanente revisable y con la concesión y revocación de la libertad condicional.

Las críticas a la utilización de términos abiertos e indeterminados suelen justificarse sobre la base de la necesidad de adaptar la aplicación de las figuras penitenciarias a las necesidades individuales de cada sujeto, ya que como superación a los sistemas que basan sus decisiones en criterios solo retributivos o de concesiones o denegaciones generales, la alternativa es la concesión individualizada y flexible, sin embargo la principal crítica que puede formularse a ambos modelos es que en el primer caso se detecta una cierta desconfianza a la función de los profesionales de la ejecución penitenciaria al optar por una prisión punitiva y ejemplarizante bastante alejada del enunciado constitucional, lo que afecta a la flexibilidad del régimen penitenciario que ve como el rigor cronológico de la pena se impone a las circunstancias personales

---

(19) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 408.

del penado (20), mientras que en el segundo una excesiva individualización puede derivar en una cierta dejación de las necesarias garantías que deben acompañar a cualquier medida restrictiva de derechos y libertades individuales, ya que individualizar un procedimiento no puede entenderse como sinónimo de abandonarlo al total y absoluto arbitrio de la autoridad competente correspondiente. (21)

Por ello la alternativa pasa por superar las dificultades que para la resocialización representa la rigidez de los requisitos legales y la incertidumbre de los criterios abiertos de aplicación, optando por un modelo individualizador garantista que partiendo del marco legal vigente permita una aplicación racional guiada por criterios objetivos basados en las necesidades tratamentales y no en intereses meramente disciplinarios o asegurativos.

## 2.4 El modelo individualizador

Entre el recurso a elementos retributivos aplicados por disposición automática de la ley y la absoluta discrecionalidad de la Administración en la configuración de la modalidad de cumplimiento penitenciario, un modelo mixto caracterizado por la objetividad de la cobertura legal y la individualización en su aplicación puede permitir compatibilizar seguridad jurídica y flexibilidad.

Para ello hay que partir de la base de que como norma general la vida en prisión ha de parecerse lo más posible a los aspectos positivos de la vida exterior, como señala la regla 5 de las Reglas penitenciarias europeas de 2006, ya que la prisión no puede establecer más restricciones que las inherentes a la misma privación de libertad, sino tender a normalizar el régimen penitenciario, tanto en lo que se refiere a la tutela de derechos individuales del interno como pueda ser el derecho a las comunicaciones en el que se pueden admitir algunas diferencias por motivos de organización interna, como de derechos que afectan a todos por igual, como el derecho a la asistencia sanitaria que no deben admitir excepciones. (22)

A la hora de establecer el parámetro de normalidad del régimen penitenciario deben fijarse unos mínimos adecuados a la protección de los derechos fundamentales de los internos y sobre esta base diseñar una organización de vida que compatibilice el tratamiento dirigido a la reinserción social con el orden y seguridad interna necesario para

---

(20) DÍEZ RIPOLLES, J. L. «El abuso del sistema penal»... cit. p. 14.

(21) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 p. 205.

(22) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios*... cit. p. 172.

una convivencia ordenada. Para ello la regla 103 de las Reglas penitenciarias europeas de 2006 establece la necesidad de adaptar el régimen penitenciario a las necesidades de cada interno valorando su situación personal, el proyecto de ejecución de pena que vaya a seguirse y la estrategia de preparación para su salida de prisión, siendo especialmente relevante que junto a la previsión de trabajo, enseñanza y actividades, se establezca la necesidad de un sistema de permisos como parte integrante del régimen penitenciario.

Esta recomendación del Consejo de Europa en la organización de la vida penitenciaria da paso a establecer como norma general la adaptación del régimen de vida a las necesidades tratamentales individuales de cada interno impidiendo la correspondencia entre régimen penitenciario y tipo de delito o duración de la pena por tratarse de mecanismos estrictamente objetivos que ignoran las diversidades personales (23), de esta forma un modelo individualizador, a diferencia de uno discrecional, se rige por unos criterios legales definidos con la máxima claridad para que los internos en sus progresiones penitenciarias tengan la oportunidad de conocer cuáles son los aspectos a tener en cuenta y de qué forma van a ser valorados, de manera que aspectos subjetivos sean valorados objetivamente con la posibilidad de impugnar cualquier decisión que no haya cubierto sus legítimas expectativas.

En numerosas ocasiones, sin embargo, el encarcelamiento se prolonga desconociendo los internos los criterios legales a tener en cuenta para su excarcelación por quedar al arbitrio de decisiones administrativas no siempre suficientemente motivadas, por ello en aras a reivindicar una prisión más humana y rehabilitadora, deben marcarse claramente los límites de intervención que afectan especialmente a derechos individuales y dar instrumentos suficientemente garantistas para que alcanzar la libertad sea un objetivo en el que el cambio personal pueda ser valorado con criterios reglados que combinen seguridad jurídica con análisis individualizado. (24)

De esta forma las bases de un sistema individualizador descansan sobre un marco legal que fije con claridad el margen de discrecionalidad de la Administración y unos criterios de aplicación basados en el análisis objetivo de los aspectos personales garantizado con la exigencia de motivación y revisión judicial. Con ello al aportar un marco legal de autorización, frente al modelo discrecional, y un predominio de los aspectos individuales del interno, frente al modelo retributivo-punitivo, se desdibuja la pretendida incompatibilidad entre seguridad jurídica y flexibilidad penitenciaria.

---

(23) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 283.

(24) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional...* cit. p. 206.

### 3. SEGURIDAD JURÍDICA Y DINÁMICA PENITENCIARIA

Establecer un listón muy elevado de seguridad jurídica en el ámbito penitenciario es complejo, porque de un lado es necesario interpretar de manera individualizada la versatilidad de los aspectos personales de los internos para evitar un cumplimiento uniforme, pero por otro, cuando la demanda de una mayor precisión de la norma choca con los intereses de orden y seguridad interna, se suele priorizar la política penitenciaria institucional en detrimento de los derechos individuales de los internos (25). En este último sentido la discrecionalidad de la Administración como alternativa a la seguridad jurídica se enfrenta al riesgo de legitimar un espacio de restricciones inspirado en criterios rígidos de disciplina y buen orden del establecimiento, produciendo un cierto rechazo que en aras a un cumplimiento individualizado se amplíen las atribuciones administrativas provocando un vaciamiento de la pena con discriminaciones de difícil justificación.

Esta dialéctica no puede conducir a una prioridad absoluta de la seguridad jurídica, normalmente asociada a una perspectiva retributiva y preventivo general, ni tampoco puede justificar una individualización administrativa máxima que dé lugar a una ejecución llena de incertidumbres, por eso y teniendo en cuenta que la particularidad de la ejecución penitenciaria es su dinamismo derivado de las necesidades treatmentales individuales y de las generales de seguridad, resulta más adecuado trazar una base legal clara que establezca los límites de actuación de la Administración como garantía de legalidad, perfilando los criterios a tener en cuenta en su aplicación para mejorar la seguridad jurídica.

Es evidente que la gravedad de la pena se apoya preferentemente sobre la clase de pena de que se trate, y en ello la pena de prisión es claramente la opción legal más aflictiva, pero también recae sobre su duración, en cuyo caso son las penas de prisión de media y larga duración las consideradas más dañinas, pero no lo es menos que la modalidad de cumplimiento afecta claramente a «la penosidad» de la pena, por ello no sería erróneo afirmar vgr. que una pena de prisión de más de cinco años de duración en régimen de semilibertad podría incluso producir menos perjuicios en el condenado que una de menos de cinco años en régimen cerrado. Esta comparación evidentemente debe hacerse con suma cautela ya que son muchas las variables a tener en cuenta, por ejemplo pese a que el régimen semiabierto se base en la confianza puede ir acompañado de medidas de control muy severas

---

(25) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 127.

que de prolongarse en el tiempo también suponen un perjuicio para el sujeto, y como régimen cerrado en el sentido del texto ha de entenderse no solo el que implica un endurecimiento para los sujetos más peligrosos, que sería el propiamente cerrado, sino también todo aquel que no permita salidas al exterior, aunque sean puntuales, lo que de facto aísla al sujeto del entorno social.

La finalidad de esta observación es centrar la atención en la importancia que puede presentar en la tutela de los derechos de las personas privadas de libertad no ya el tipo y duración de la pena, algo ya recogido en la sentencia judicial, sino la modalidad de cumplimiento que queda casi en su totalidad en manos de la Administración penitenciaria y que tiene que decidir desde cuestiones más generales como son el centro penitenciario de destino, el respectivo módulo dentro del mismo o los traslados de centro, en su caso, hasta cuestiones más concretas como son la posibilidad de disfrutar de permisos de salida, alcanzar el tercer grado o poder participar en actividades de tratamiento. La regulación de todas estas figuras debe conciliar la importancia de un marco jurídico adecuado que aglutine los requisitos legales con la necesidad de que el margen de aplicación sea suficientemente amplio para tener en cuenta la diversidad de situaciones que se dan en los internos, por ello legalidad, aplicación individualizada alejada de generalizaciones y justificación de las diferencias son la base de la seguridad jurídica en materia penitenciaria.

### 3.1 La exigencia de la garantía de legalidad en la ejecución

La garantía de legalidad en la ejecución cumple un papel de legitimidad democrática (26) en virtud de la cual cualquier materia que afecte al desarrollo de derechos fundamentales debe ir regulada mediante ley orgánica, pero también despliega la necesidad de certeza jurídica para que la norma describa con precisión su ámbito de aplicación.

En el primero de los sentidos señalados, la garantía de legalidad tiene en la fase de ejecución un contenido más laxo que en las otras fases del *iter* de la pena, lo que explica que junto al marco legal correspondiente sea pertinente su desarrollo reglamentario, así lo disponen respectivamente el art. 3.2 CP y 2 LOGP al señalar que las penas y medidas de seguridad se ejecutarán según lo prescrito por la Ley, los reglamentos que la desarrollan y las sentencias judiciales; para ello será necesario que a partir de la clase y cantidad de pena recogida en la sen-

---

(26) Lo que se manifiesta en el órgano competente para su aprobación y en el respeto a los principios y derechos fundamentales, MATA MARTÍN, R. *op. cit.* p. 7.

tencia no se invadan las competencias con expresa reserva de ley para definir su cumplimiento ni se vulnere el principio de jerarquía normativa, con el objetivo de impedir restricciones de derechos realizadas *ex novo* por el reglamento sin la debida cobertura legal (27). Sin embargo la pacífica complementariedad entre la ley y su desarrollo reglamentario no está exenta de problemas ya que son constantes las pugnas en la distribución de las materias que corresponden recíprocamente a cada una de estas normas, sirviendo de ejemplo la regulación del régimen cerrado, de las infracciones disciplinarias o de la sanción de aislamiento.

Un supuesto paradigmático es la regulación reglamentaria de la posibilidad de combinar las características de dos grados de clasificación en virtud del art. 100.2 RP, lo que si bien responde a una adecuada idea de flexibilidad y de facilitación de la progresión con programas de tratamiento específicos, falla en el aspecto formal porque debería ser la LOGP el marco adecuado para su regulación con el fin de mejorar sus exigencias garantistas. El hecho de que sea competencia de la Junta de tratamiento a propuesta del Equipo técnico, sin más referencia que la autorización posterior del Juez de vigilancia, que por cierto ni siquiera impide su ejecutividad inmediata, solo puede ser salvado bajo la idea de que su finalidad es ampliar derechos de los internos, no restringirlos, como es el caso de las también criticadas por la doctrina limitaciones regimentales del art. 75 RP. (28)

Cuestión diferente es la extralimitación que Circulares e Instrucciones hacen en ocasiones de su propio cometido puramente administrativo y de gestión interna, hasta el punto de actuar como quasi-reglamentos, lo que se puede evitar exigiendo que no se ocupen de aspectos sustanciales propios de la materia normativa (29), sino que se limiten a la unificación de criterios de actuación, la interpretación de manera uniforme de las normas legales y reglamentarias y la regulación del funcionamiento de los centros bajo parámetros homologables» (30).

La importancia del principio de legalidad en la ejecución, de esta forma, exige reservar la regulación de los aspectos sustanciales a la

---

(27) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª Ed, Navarra, Civitas, 2011, p. 28.

(28) SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P. «El sistema de individualización científica...» cit. p. 92.

(29) Es significativo en este sentido que la STS 29.10.2009 de la sala de lo contencioso administrativo derogara un apartado de la Instrucción DGIP 21/1996 de 16 de diciembre por adentrarse en el apartado de derechos y deberes reservado a la reserva de ley.

(30) ARRIBAS LÓPEZ, E., «La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las instrucciones y órdenes de servicio de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 7269, 29 de octubre de 2009, p. 2.

Ley y al Reglamento en función de que su relación con el desarrollo de los derechos fundamentales sea o no directa, y limitar el uso de las Circulares e Instrucciones a funciones de estricta unificación de criterios y organización interna, pero no hay que olvidar que, además de un marco legal adecuado, el principio de legalidad también implica dotar de instrumentos suficientemente claros para que la aplicación de figuras que puedan restringir o ampliar los derechos de los internos responda a un modelo de ejecución garantista en el que sea posible diseñar con claridad las exigencias para que las expectativas de los internos puedan ser cubiertas.

Es cierto que la prevención especial dirigida a las necesidades individuales de tratamiento exige flexibilidad, lo que de inicio puede estar reñido con un nivel máximo de certeza, pero ello no puede justificar el abuso de términos indeterminados y vagos que dejan la modalidad de cumplimiento absolutamente en manos de las autoridades penitenciarias, ni tampoco puede llevar a que se utilice la mayor garantía que ofrece la ley, por su vocación de generalidad, para realizar restricciones de derechos en determinados colectivos con la finalidad de desplazar de manera automática la severidad de la pena a la severidad de su cumplimiento.

Para evitar dichos riesgos, el reto en un sistema garantista consiste en mantener el equilibrio entre la coherencia de la pena impuesta y el cumplimiento orientado a la reinserción social, lo que exige situar la resocialización como objetivo principal y la seguridad y orden del establecimiento como un mero instrumento para facilitar la convivencia, nunca como un fin en sí mismo. Para ello el sistema penitenciario debe actuar con criterios de Justicia, igualdad y no discriminación (31), es decir, con la vocación de adoptar soluciones ajustadas a Derecho que recogiendo las necesidades tratamentales de cada individuo, no impliquen aplicaciones generalizadas, sino diferenciadas pero justificando los argumentos que avalen las diferencias de trato.

### 3.2 Problemática de las diferenciaciones colectivas

Ya se ha señalado que la exigencia de la garantía de legalidad que conlleva el cumplimiento de la pena de prisión ha mejorado sustancialmente la seguridad jurídica como límite frente a los abusos de la Administración en el uso de la discrecionalidad, pero no hay que olvi-

---

(31) Concretamente en el sentido de excluir conductas arbitrarias en una materia tan sensible para los derechos fundamentales como es la privación de libertad, MATA MARTÍN, R. *op. cit.* p. 1.



dar que el recurso a la ley también puede servir para utilizar la amplitud que la caracteriza como medio para regular figuras restrictivas de derechos con vocación de generalidad, es decir, se cae en la trampa de utilizar la seguridad que otorga la ley para justificar restricciones generalizadas del disfrute de derechos alejadas de la justificación y necesidad individualizada que debe acompañar a este tipo de medidas.

Como punto de partida, cualquier disposición normativa que establezca limitaciones generalizadas al acceso a beneficios penitenciarios sin necesidad de analizar las circunstancias individuales del caso concreto es rechazable por su oposición al enunciado constitucional de reinserción social, de esta manera excluir del acceso a figuras penitenciarias encaminadas a mejorar la estancia en prisión a internos condenados por delitos graves de forma generalizada puede ser tachado de inconstitucional por los obstáculos que interpone para alcanzar dichos objetivos. (32)

Las diferencias penitenciarias que eligen como destinatarios a colectivos de internos caracterizados por la gravedad de los delitos cometidos, como es el caso de terrorismo (33), delincuencia organizada o narcotráfico, suelen dar lugar a un endurecimiento del cumplimiento como consecuencia de la imposición de condiciones penitenciarias que aumentan el aislamiento y limitan las actividades o por la severidad de los requisitos para acceder a cualquier contacto con el exterior; todo ello exige una minuciosa revisión dado que en la mayoría de supuestos envuelve una vulneración de principios penitenciarios básicos incompatible con un sistema que se califique de garantista.

De esta forma cualquier tratamiento penitenciario que establezca diferencias generalizadas a ciertos colectivos en función del tipo de delito cometido puede ser discriminatorio, desproporcionado e innecesario. En primer lugar es discriminatorio en la medida que carezca de razones legítimas para justificarlo, y así puede considerarse cuando son motivos de alarma social o de seguridad entendida en términos indeterminados y no concretos, como correspondería al ámbito de la ejecución, también es desproporcionado si no hay una correspondencia clara entre la restricción de derechos y las necesidades concretas ya que se suele utilizar estereotipos generales vinculados a delitos no siempre de extrema gravedad, y por último tampoco cumple el requi-

---

(32) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional del mandato de resocialización» *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 63, 2001, p. 72.

(33) Sobre las limitaciones a presos terroristas y la necesidad de su justificación KAISER, G. «Ejecución penal y derechos humanos» *Direito e cidadania* n.º 6 1999, p. 18. Disponible en <http://www.ciencias penales.net>.

sito de mínima intervención cuando se ignoran otras alternativas menos lesivas para los derechos individuales. (34)

Ejemplo de todo ello son aquellas medidas restrictivas de derechos penitenciarios dirigidas al colectivo de internos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales como la prohibición de acceder a la libertad condicional adelantada, la obligatoriedad del periodo de seguridad para acceder al tercer grado o la prolongación de plazos y endurecimiento de requisitos de acceso al tercer grado y libertad condicional en los supuestos concursales, pero también diversas prácticas penitenciarias como la clasificación generalizada en primer grado o la inercia de la política de dispersión.

### 3.3 La heterogeneidad de los criterios individualizados de actuación

La necesidad de un marco legal garantista en el ámbito penitenciario sirve para limitar la excesiva discrecionalidad de la Administración pero también para justificar que en virtud de la vigencia del principio de jerarquía normativa la reeducación y reinserción social deban ser prioritarias en la toma de decisiones. De esta forma la exigencia de fundamentar la toma de decisiones en las necesidades tratamentales de cada individuo está reñida con las restricciones colectivas de derechos tomadas al margen de las circunstancias personales de cada interno, pero también es cierto que una individualización extrema corre el riesgo de ser instrumentalizada para adoptar diferencias de trato de difícil justificación, por eso, como consecuencia del principio de legalidad y de seguridad jurídica, la concesión individualizada de figuras penitenciarias que suponen mejoras en el cumplimiento de la pena de prisión, aunque no otorgue un derecho a obtener las pretensiones, si al menos debe dar lugar al derecho a obtener una respuesta motivada, ya que las diferencias entre las circunstancias de cada interno es evidente que provocan una aplicación no uniforme por su adaptabilidad a cada supuesto de hecho, siendo inaceptable que no sean suficientemente motivadas. (35)

Tanto la clasificación penitenciaria que materializa en la distribución en grados las diferentes condiciones de estancia en prisión, como

---

(34) BOONE, M. «Los procesos legislativos penales en los Países Bajos: ¿qué racionalidad hay detrás del Derecho penitenciario especial para pequeños traficantes de drogas?» en Díez Ripollés, J. L./Prieto del Pino, A. M./Soto Navarro, S. (Eds.) *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 390

(35) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional...» cit. p. 72.

los permisos de salida que autorizan diversas modalidades de salidas al exterior son claros paradigmas de decisiones administrativas que bajo un soporte legal débil tienen una incidencia directa sobre los derechos de los internos, por ello de la indeterminación de la regulación legal, especialmente si reposa en términos abiertos, y de la aplicación carente de motivación, depende que los distintos criterios tenidos en cuenta en la concesión y denegación de estas figuras puedan dar lugar a decisiones arbitrarias, injustas, o al menos, no suficientemente justificadas.

En el caso de la clasificación penitenciaria, señala el art. 63 LOGP que los criterios a tener en cuenta serán la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena impuesta, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso para el buen éxito del tratamiento, lo que unido a las genéricas referencias a la peligrosidad extrema o inadaptación prevista en el art. 10 LOGP para la clasificación en primer grado, y a la capacidad de vivir en semilibertad como referencia reglamentaria al tercer grado, dejan claro el amplio margen de la Administración en este campo no solo por la amplitud de los términos empleados, sino también por las referencias a aspectos personales claramente diferenciados en cada sujeto. Por su parte, en el caso de los permisos de salida, la referencia en el art. 47.2 LOGP a la ausencia de mala conducta da grandes atribuciones a los órganos administrativos para que no solo en sede reglamentaria, sino también a través de Circulares e Instrucciones, se concreten los criterios de valoración utilizados para dar por cumplido dicho requisito legal.

Como ha quedado anteriormente explicado la dinámica penitenciaria exige una base legal mínima sobre la que se asiente el fundamento y requisitos de este tipo de figuras penitenciarias, lo que en principio no presentaría problema alguno en admitir una distribución normativa entre la Ley y el Reglamento, siempre que lo relativo a derechos fundamentales respetara la reserva legal, sin embargo el problema se presenta cuando la concreción de los requisitos se lleva a las Circulares e Instrucciones, y además, se centra en requisitos estrictamente objetivos y estáticos, normalmente ligados al delito cometido o trayectoria delictiva, o bien a elementos individuales no debidamente justificados, lo que no solo producen indefensión sino que impiden al interno el conocimiento de las condiciones necesarias para el acceso a este tipo de figuras.

Puede parecer contradictorio defender una ejecución individualizada por su mayor ajuste al mandato constitucional y a su vez recha-

zar las diferencias de trato por su carácter discrecional, sin embargo resulta necesario, en virtud del principio de igualdad y de humanidad en la ejecución, pulir las respuestas contradictorias ante supuestos semejantes, de la misma manera que en virtud del principio de seguridad jurídica deben clarificarse los criterios empleados para que sean accesibles para los internos, por todo ello en aras a aspirar a una individualización más garantista son tres los niveles de intervención en los que se podría actuar: en un primer nivel sería necesario que la ley recogiera 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; a continuación la propia Administración debería clarificar las reglas de aplicación utilizadas en la interpretación de las normas legales con criterios ajustados al enunciado constitucional, y finalmente las decisiones administrativas que carezcan de la necesaria motivación y justificación deben ser sometidas a un procedimiento de revisión judicial.

#### 4. INDIVIDUALIZACIÓN GARANTISTA

##### 4.1 Los límites de la individualización penitenciaria

Tal como se ha venido manteniendo, 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.

La razón de ello es que la rigidez de los sistemas progresivos puros, que hacen recaer en la duración de la condena y en el mero factor cronológico y estático del tiempo la evolución en la modalidad de cumplimiento, han dado paso a sistemas mucho más flexibles dirigidos a evaluar la progresión de forma individualizada en atención a factores relacionados con los aspectos personales de cada individuo, lo que les hace ser más dinámicos por su capacidad de adaptarse a las constantes modificaciones. Estos sistemas individualizadores también

son objeto de críticas cuando se asocia la capacidad de adecuar la modalidad de cumplimiento a las necesidades concretas del sujeto condenado como una muestra de debilidad del principio de legalidad y seguridad jurídica por la incertidumbre que causan no solo al interesado y a la sociedad en general, sino también a las víctimas que desconocen de qué forma se va a cumplir la pena de prisión. (36) Tras estas críticas se esconde un rechazo a la utilización de Circulares e Instrucciones (37) como vehículo para definir la modalidad de cumplimiento, lo que es una cuestión diferente, ya que la discrecionalidad administrativa no debe ser entendida como una forma de legitimar las vulneraciones de jerarquía normativa anteriormente ya rechazadas, sino como una forma de adaptación de la necesaria generalidad de la ley al caso concreto, lo que no solo no debe vulnerar el principio de igualdad sino que lo refuerza cuando las diferencias son debidamente justificadas.

En esta lectura del principio de legalidad en la ejecución hay que tener en cuenta que las decisiones legalmente vinculadas en el ámbito penitenciario son muy escasas ya que en su mayoría se dejan a la discrecionalidad administrativa por la relevancia que cobra la valoración de la trayectoria penitenciaria del interno y el pronóstico de reinserción social, y esto sucede no solo en aquellas figuras cuya concesión depende de la Administración, sino también en aquellas otras que, pese a quedar dentro de las competencias del Juez de vigilancia, están condicionadas a la emisión de informes por el centro penitenciario (38). Esta situación, más allá de suponer o no una desconfianza hacia las autoridades judiciales, confirma la relevancia que tienen las valoraciones emitidas por los órganos administrativos, no solamente dentro de sus competencias, sino también en su función de colaborar con Jueces y Tribunales.

Para alcanzar estos objetivos de adecuar el modo de cumplimiento a las necesidades específicas de cada interno, el sistema penitenciario español creó en 1979 el sistema de individualización científica formado por tres grandes espacios de clasificación: el régimen cerrado con mayores medidas de seguridad para los internos peligrosos o inadaptados, el régimen abierto y la libertad condicional para los capacitados para vivir en semilibertad, y para el resto, es decir la gran

---

(36) NISTAL BURÓN, J. «El principio constitucional de seguridad jurídica. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal» *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 743/2007, p. 2.

(37) De excesivas en número e inestables en su vigencia las califica NISTAL BURÓN, J. *op. cit.* p. 4.

(38) TAMARIT SUMALLA, J. M., en GARCÍA ALBERO, R./TAMARIT SUMALLA, J. M. *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 96.

mayoría, un espacio de amplios márgenes en el que la mayor o menor penosidad de la condena depende al completo de decisiones administrativas tales como disfrutar o no de permisos de salida, participar en actividades, u ocupar un puesto de trabajo, lo que no solo humaniza la convivencia sino que facilita la progresión en la clasificación. En este sentido, la ejecución penitenciaria de acuerdo con el art. 25.2 de la Constitución, los principios generales de la LOGP y los tratados internacionales reguladores de los derechos de las personas privadas de libertad, se debe al compromiso de tutelar los derechos fundamentales de los internos y de garantizar que sus limitaciones no supongan más restricciones que las legalmente previstas.

De esta forma, y teniendo en cuenta la base legal y reglamentaria sobre la que se asienta toda la estructura de la ejecución de la pena de prisión, habría que plantearse hasta qué punto pueden las normas ser tan precisas que no dejen más margen que aplicarlas automáticamente al caso concreto o por el contrario es preferible que el marco legal sea solo una referencia de mínimos y que luego la Administración perfile los contornos concretos en cada ocasión.

El problema es 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 autolimita utilizando sistemáticamente estereotipos basados en modalidades delictivas o colectivos de delincuentes en detrimento de un examen individualizado.

La opción de la determinación legal debe descartarse, porque si es la ley la que limita la individualización la consecuencia es que el sistema pasa a ser rígido perdiendo la esencia de una ejecución adaptada a las necesidades tratamentales del condenado, por eso es preferible que sea la Administración la que se imponga límites, pero no con aplicaciones automáticas y estereotipadas, sino mediante la adopción de criterios claros y objetivos compatibles con la finalidad resocializadora que debe ser prioritaria en la ejecución penitenciaria. Esto debe suponer la exclusión de correctivos a la individualización basados en criterios relativos a la alarma social o a intereses victimológicos unila-

terales (39), por su frontal oposición a la finalidad prioritaria de la ejecución penal, abriendo el paso a la recogida de criterios precisos y factibles para el interno con capacidad suficiente para valorar de la forma más objetiva posible la progresión del sujeto durante el cumplimiento de la condena y las expectativas de su conducta en el exterior, algo que también puede ser compatible con la defensa de intereses victimológicos, siempre que se plantee en clave restaurativa de encuentro, y no de confrontación, como el contemplado en los programas de justicia restaurativa entre agresores y víctimas implantados en algunos centros penitenciarios.

## 4.2 Discrecionalidad reglada

En el ámbito administrativo los actos discrecionales se diferencian de los actos reglados en que así como éstos se limitan a ejecutar la ley estableciendo un deber de actuar por imperativo legal, aquellos dejan un margen de libertad precisamente para garantizar una aplicación justa dentro del marco de legalidad, de esta manera la discrecionalidad no solo no es sinónimo de arbitrariedad, sino que es una exigencia de legalidad para los casos en los que caben distintas actuaciones sin ser ninguna obligatoria o para aquellos en que la ley señale los fines a alcanzar pero sin especificar los medios necesarios para alcanzarlos. (40) A partir de esta premisa son dos las consecuencias que se pueden desprender de la potestad discrecional de la Administración, la primera es que se trata de una autorización legal, no actuando por tanto al margen de la ley, y la segunda es que la justificación de los motivos de su decisión le aleja de la arbitrariedad, de esta manera la correspondencia con el marco legal y la necesidad de motivación suficiente deben ser los ejes que guíen la toma de decisiones en el ámbito penitenciario.

En los sistemas penitenciarios que se caracterizan por la ausencia de límites a la arbitrariedad institucional, las figuras penitenciarias son tratadas como privilegios concedidos unilateralmente, idea que si bien ha sido superada en la actualidad por la de derechos cuando se

---

(39) En sentido contrario NISTAL BURÓN, J. *op. cit.* p. 2.

(40) NAVARRO, M. G. «Discrecionalidad administrativa» *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, n.º 3, septiembre 2012, pág. 201. KAMINSKI, D. «Les droits des détenus au Canada et en Angleterre: entre révolution normative et légitimation de la prison» en *L'Institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droit des détenus* Kaminski, D. /Schutter, O. de, Bruselas 2002, p. 93.

cumplan los requisitos previstos legalmente (41), no ha conseguido alcanzar un modelo en que la ley y el estatuto jurídico de los internos sean la guía de referencia en todas las políticas de actuación, pero sí ha servido al menos para el rechazo de la discrecionalidad en la tutela de los derechos más relevantes como la vida, integridad física, dignidad humana o salud, limitándola al ámbito de la organización interna con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. (42)

De esta manera es la ley la que otorga un margen de discrecionalidad adecuado para individualizar la respuesta penitenciaria a las necesidades del interno, marcando unos criterios de referencia, que más allá de priorizar la seguridad y la disciplina como eslabones de una prolongación del castigo recibido, debe servir para diseñar una estrategia de ejecución propia en el marco de una autonomía relativa, dada la dependencia de la actuación de los órganos penitenciarios con un marco legal que recoja con claridad los criterios a tener en cuenta desde una perspectiva menos hostil y más integradora. Con este enfoque se perdería el exceso de protagonismo de los aspectos más punitivos asociados a la gravedad de la actividad delictiva y se reforzarían los estrictamente penitenciarios centrados en la evolución de la conducta en el medio penitenciario y las expectativas frente a los cambios propuestos.

Con el fin de superar los excesos punitivos provocados por un garantismo mal entendido en la ejecución, y la inseguridad jurídica que genera una discrecionalidad ilimitada, el modelo de una individualización garantista puede aportar la necesidad de seguir unos criterios de valoración basados en la evolución del interno analizada con elementos objetivos, lo que implica abandonar el recurso habitual a la gravedad del delito o de la pena, por ser criterios ajenos a los objetivos penitenciarios, y a la peligrosidad entendida como un juicio pronóstico de conducta futura. La razón de este rechazo es que se trata de un enfoque centrado en criterios estáticos o inamovibles, algo contradictorio en un medio caracterizado por su vocación transformadora, siendo preferible dar prioridad a elementos dinámicos que reflejen la evolución personal del interno y la perspectiva de su conducta futura, no fundamentada en hipótesis de difícil comprobación, sino en la

---

(41) En el caso de los permisos de salida, por ejemplo, ésta sería la diferencia con las recompensas que son consideradas concesiones de la Administración, CARMONA SALGADO, C. «Los permisos de salida» en M. Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol 2, Madrid, Edersa, 1986, p. 707-708.

(42) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 519. KAMINSKI, D. «Les droits...» cit. p. 91.



adaptación de la forma de cumplimiento a las necesidades individuales de intervención.

Con esta propuesta se pueden obtener algunas mejoras como la mayor concreción de los criterios de actuación por parte de la Administración en la toma de decisiones de las situaciones anteriormente mencionadas, y como consecuencia de ello, una mejor información a los internos sobre las condiciones de acceso a todos los derechos y situaciones que legalmente tienen reconocidos.

Como regla general las decisiones penitenciarias se suelen basar en dos grandes pilares: comportamiento del interno en prisión entendido como buena conducta en sentido disciplinario, e hipótesis de conducta futura en libertad con el patrón de la conducta carcelaria, algo no solo contradictorio, sino que unido al amplio margen de individualización del que dispone la Administración para sus valoraciones, suele provocar como resultado una aplicación restrictiva de la norma con grandes dosis de incertidumbre y desigualdad. Como prueba de ello basta con revisar una selección de los requisitos legales de las figuras más características de la ejecución penitenciaria como «*no observar mala conducta, peculiar trayectoria delictiva o personalidad anómala del interno*», en el caso de los permisos de salida, «*personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, duración de la pena, medio al que probablemente se retornará, recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento*», en el caso de la clasificación, «*capacidad de vivir en semilibertad*» para acceder al régimen abierto o «*modificación positiva de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva, conducta global del interno*» en el caso de la progresión. Como se puede observar son criterios que carecen de la más mínima concreción dada la ambigüedad e indeterminación con la que están definidos, lo que además de completarse en Circulares e Instrucciones, pese a su afección a derechos individuales de los internos, dejan la puerta abierta a una aplicación excesivamente discrecional de la Administración.

Alguno de los términos anteriormente mencionados ha sido desplazado por reflejar un aspecto clínico del tratamiento penitenciario ya superado, como es el caso de la personalidad, a diferencia de otros que siguen siendo utilizados pese a las críticas que generan, por ello como paso previo a la propuesta de unos criterios reglados de discrecionalidad, se van a destacar los problemas más relevantes que se derivan de tres criterios muy utilizados en las decisiones relativas al ámbito penitenciario como son el historial criminal, la buena conducta y la probabilidad de delinquir en el futuro.

a) *Historial criminal*

No deja de ser llamativo que los antecedentes penales como historial delictivo previo al ingreso en prisión sea un factor a tener en cuenta en sí mismo para la concesión de figuras penitenciarias, teniendo en cuenta que se trata de un concepto vinculado al pasado delictivo del interno que puede no tener ninguna relevancia con su situación actual ni con las previsiones de la futura.

Los problemas para la valoración del historial delictivo previo son diversos, en primer lugar parece incompatible una referencia tan ligada a la culpabilidad y la retribución en figuras penitenciarias inspiradas en la prevención especial, en segundo lugar es una referencia mucho más amplia que el concepto jurídico de reincidencia ya que no impide incluir todo tipo de delito previo con independencia de su gravedad y naturaleza, y en tercer lugar se trata de un concepto jurídico estático que no se puede modificar lo que no debería condicionar el diseño de una forma de cumplimiento destinada precisamente a ir adaptándose a los cambios del sujeto, ya que de lo contrario producirían un efecto oclusivo sobre los condenados con historiales delictivos más graves.

Por todo ello una referencia al historial delictivo desligada de su vinculación con el contexto de la figura en la que vaya a ser tenida en cuenta incurre en una generalización en contra del reo no compatible con una individualización garantista respetuosa con el acceso a los derechos penitenciarios.

b) *Buena conducta*

El mayor problema que se destaca de la exigencia de buena conducta en la concesión de figuras penitenciarias es que se trata de un concepto indeterminado que queda en manos de la subjetividad del intérprete, por ello ya despojada de su carácter moral de buena conducta como conducta intachable u honrada que pretende el adocnamiento disciplinario del interno, queda darle un contenido jurídico siendo para ello habitual que se asocie a la ausencia de sanciones disciplinarias. De esta manera la imposición de una sanción sería un impedimento para cumplir con este requisito durante su cumplimiento, pero también posteriormente hasta que resulte cancelada conforme a los plazos previstos reglamentariamente.

Esta consideración de la buena conducta es criticada por su excesiva rigidez por la práctica totalidad de la doctrina, y en particular en relación a los permisos de salida también ha sido rechazada por los Jueces de vigilancia en su XII reunión celebrada en Málaga

en 2003 (43) lo que permite no tener en cuenta para su concesión las sanciones ya cumplidas, aun sin haber sido canceladas, y tampoco las pendientes de tramitación. La razón de ello es que asociar la buena conducta a la no existencia de expedientes disciplinarios abiertos presenta diversas complicaciones: en primer lugar supone ignorar el resto de variables del comportamiento que analizan la evolución del interno, en segundo lugar supone hacer uso de una valoración disciplinaria automática sin un mínimo análisis individualizado de las sanciones existentes ya que muchas de ellas pueden no tener ninguna relación con la salida al exterior, por ejemplo si se trata de meros incumplimientos formales de normas internas del centro, y por último está generando una nueva consecuencia al cumplimiento de una sanción como es su afección a la petición posterior de figuras penitenciarias.

Es muy importante en este sentido la interpretación que hace de la ausencia de mala conducta como requisito para la concesión de permisos de salida ordinarios la STS 124/2019 de 8 de marzo resolviendo un recurso de casación por unificación de doctrina al establecer que la mera existencia de sanciones sin cancelar no comporta la ausencia del requisito de buena conducta para su denegación ya que deben ser ponderadas todas las circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, su implicación en el tratamiento y en el régimen penitenciario. De esta forma, con este criterio unificador de doctrina la existencia de sanciones graves o muy graves no canceladas no comporta la carencia del requisito, y con ello la denegación del permiso, siempre que haya razones objetivas que fundamenten su concurrencia, algo sumamente importante porque desvincula la interpretación del criterio de buena conducta de una visión estrictamente disciplinaria para darle un sentido asociado al comportamiento general del interno, lo que en definitiva debe forzar a reformular los criterios de valoración utilizados de forma punitivo generalista para dotarles de un contenido individualizado y con mayor contenido tratamental, cambio que sin duda dotará de mayores garantías a los derechos de los internos, y de pautas más razonables a las decisiones de la Administración.

El problema es que al margen de la importancia o no de las sanciones pendientes, esta interpretación no siempre informa de la vinculación entre conducta exigible para disfrutar de libertad y conducta dentro de prisión, ya que tan posible es que el sancionado haga un buen uso de la libertad que el no sancionado haga un mal uso dadas las grandes dife-

---

(43) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario». *Cuadernos de Política Criminal* n.º 120, diciembre 2016, p. 259; CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 4.ª ed. p. 308.

rencias entre la vida carcelaria y la vida en libertad, por ello esta valoración de la buena conducta es sesgada ya que solo se vincula a los aspectos disciplinarios, y no al comportamiento global del interno en todas sus interrelaciones relevantes para el cumplimiento de la condena.

c) *Peligrosidad criminal*

La valoración de la peligrosidad en el ámbito penitenciario es difícil de definir ya que cuando se proyecta sobre el exterior parece referirse a la probabilidad que tiene el interno de cometer delitos cuando salga en libertad o incluso al riesgo de quebrantar la condena, mientras que cuando se proyecta sobre el propio medio penitenciario va dirigida a valorar las posibilidades que hay de que el interno protagonice altercados en el interior de la prisión. Probablemente ambos significados son válidos y depende de la finalidad con la que se analice la peligrosidad que prime uno u otro, ya que no es lo mismo valorarla para conceder un permiso de salida que para decidir si se clasifica en primer grado (44), por ello sin menospreciar la importancia de adaptar su contenido a la figura para la que se vaya a aplicar, algo que más adelante se abordará, un problema específico es el que se produce a la hora de seleccionar los instrumentos más adecuados para su valoración.

Entre los distintos métodos empleados (45) para valorar la probabilidad de la conducta futura, 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 (46) conduciendo a la estigmatización al depender la predicción de la conducta de un sujeto de la valoración de la de otros diferentes (47). Este último método cobra una especial relevancia en el ámbito penitenciario por inspirar la criticada tabla de variables de

---

(44) ARRIBAS LÓPEZ, E., «La peligrosidad extrema y la inadaptación regimental en la legislación penitenciaria», *Diario La Ley* n.º 7281, 14 de octubre de 2009, p. 4

(45) CERVELLÓ DONDERIS, V. *La libertad condicional...* cit. p. 216.

(46) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 244.

(47) ESBEC RODRÍGUEZ, E. «Valoración de la peligrosidad (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica» *Psicología clínica y forense* vol 3, n.º 2 2003, p. 56.

riesgo (TVR) empleada para la concesión de permisos de salida (48), instrumento 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. (49)

Con ello se demuestra que el abandono del concepto tradicional de peligrosidad criminal en el ámbito penitenciario, si bien es cierto que ha dado paso al más actual de valoración del riesgo, sigue encontrando dificultades para ofrecer instrumentos rigurosos y fiables capaces de adaptar la finalidad de cada figura penitenciaria a las necesidades de cada interno consideradas individualmente como corresponde a las materias relacionadas con los derechos fundamentales que no merecen ser tratadas numéricamente, ni por porcentajes de probabilidad. En su lugar, un objetivo de más corto alcance se centraría en obtener decisiones más ajustadas a los principios constitucionales teniendo en cuenta que no solo se trata de decidir que la pena se cumpla de una u otra forma, o incluso fuera o dentro del recinto carcelario, sino de estimar la intervención más adecuada en cada modalidad de cumplimiento, es decir, reformular los criterios habituales de valoración del comportamiento futuro basadas en la peligrosidad con tintes excesivamente punitivos y de defensa social, para pasar a una valoración más criminológica que valore las posibilidades de adaptar la forma de cumplimiento de la pena de prisión a las necesidades individuales de intervención en cada momento de la ejecución. (50)

#### 4.2.1 CRITERIOS ESPECÍFICOS DE VALORACIÓN

Con los problemas detectados de la valoración tradicional del historial delictivo previo, la buena conducta y la peligrosidad criminal, desde una perspectiva menos punitiva y más criminológica los criterios

---

(48) Algo diferente se hace en las prisiones de Cataluña al utilizar el método de valoración del riesgo RISCANVI cuyas ventajas son su mayor alcance por no limitarse solo a los permisos de salida, sino también a tercer grado y libertad condicional, así como su objetividad y flexibilidad porque valora tanto aspectos estáticos como dinámicos, mientras que su mayor inconveniente es su dificultad para superar el mismo automatismo al que llevan los métodos actuariales donde las fórmulas matemáticas suplen la labor razonada de los profesionales, algo rechazable cuando se trata de figuras que afectan a derechos fundamentales.

(49) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 244.

(50) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional...* cit. p. 217.

a tener en cuenta para la mayoría de figuras penitenciarias que amplían los derechos de los internos como puedan ser permisos de salida, progresión en la clasificación o libertad condicional, se pueden sintetizar en los siguientes apartados: a) ponderación de la actividad delictiva previa, b) comportamiento desarrollado durante el cumplimiento de la pena, c) expectativas de conducta futura, d) necesidades de intervención. Este planteamiento pretende integrar todos los elementos de evaluación y no analizarlos como compartimentos estancos, de esta manera la trayectoria delictiva tiene interés si se analiza como una evolución, no como un lastre, y se relaciona con el análisis evolutivo de la conducta actual y las circunstancias personales del interno analizadas de manera global, y por otro, las expectativas de conducta pueden deducirse de los éxitos de tratamiento pero teniendo en cuenta las oportunidades reales a las que haya podido acceder y las necesidades que cada espacio de libertad puede cubrir dentro y fuera de prisión.

Con este planteamiento la evolución en el cumplimiento de la pena de prisión debe ser progresiva e integradora ya que los factores del pasado no tienen valor por sí mismos sino por lo que pueden aportar a los actuales, y las previsiones futuras no se apoyan en hipótesis de difícil concreción, sino en la idoneidad y disponibilidad de recursos para cada caso concreto en función de sus necesidades.

a) *Ponderación de la actividad delictiva previa*

El historial delictivo tanto desde su perspectiva numérica como desde la cualitativa pierde interés en el ámbito penitenciario como dato aislado caracterizado por su carácter estático e inamovible en el tiempo, por ello desde una perspectiva más garantista y resocializadora la importancia de la comisión de delitos antes del ingreso en prisión no reside tanto en su número o gravedad, sino en términos de carrera delictiva como la secuencia longitudinal de los delitos cometidos en un periodo de tiempo y contexto determinado (51) que pueden dar indicios de etapas concretas ya superadas o de la especialización delictiva como componentes de la llamada Criminología evolutiva (52).

En este caso no sería tan relevante la gravedad del delito cometido o incluso la presencia de otros delitos, como la influencia que pudiera tener en la conducta futura del sujeto teniendo en cuenta sus circunstancias vitales actuales. Para ello la presencia de antecedentes penales más que pronunciarse sobre la conducta futura, puede aportar infor-

---

(51) GARRIDO GENOVÉS, V./ STANGELAND, P. /REDONDO, S. *Principios de Criminología* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999 p. 445.

(52) CUARESMA MORALES, D. «Las funciones del criminólogo ¿informe criminológico vs informe jurídico?» *V Jornadas de ATIP* Almagro 2008, p. 81.

mación de los factores de riesgo derivados de la forma de comisión del delito, los motivos u objetivos, el tiempo transcurrido desde entonces o incluso su comportamiento postdelictivo.

Es importante resaltar que el interés de la carrera delictiva en este modelo reside en su contextualización en el momento pasado, lo que además de no ser siempre correspondiente con el presente, no debe dar lugar a prejuicios automáticos. Conviene recordar que relacionar la comisión de delito leve con baja peligrosidad y la comisión de delito grave con alta peligrosidad, supone ignorar por un lado la progresión delictiva o escalada que puede darse desde una inicial conducta de poca gravedad hacia otras de mayor entidad, pero también los supuestos de delito único que no tienen porqué repetirse en el tiempo (53), por eso tanto la evolución progresiva como los hechos aislados son relevantes en el marco del análisis global del comportamiento.

Este sistema menos rígido de valoración del historial delictivo puede servir para superar la idea de que la única vía de solución al pronóstico negativo es el cumplimiento tradicional de la pena de prisión, ya que más bien al contrario, pueden ser válidas otras formas punitivas más flexibles, de hecho la presencia de antecedentes penales que son de carácter inamovible suele condicionar un cumplimiento con fórmulas cerradas o restrictivas, pese a que la capacidad de cambio en la prisión es muy limitado, cuando sería más apropiado priorizar las características concomitantes individuales para adaptarlas a formas de cumplimiento que propicien mejor los cambios. (54)

De esta forma, la información sobre la carrera delictiva cobra interés para analizar las necesidades de intervención que se deriven de ella e identificar los factores delictivos que puedan ser relevantes en el diseño de un programa de tratamiento individualizado, comprobando cómo ha sido la evolución del interno desde su ingreso en función de las posibilidades reales de acceder al tratamiento tanto por la oferta en su centro penitenciario y módulo concreto de cumplimiento, como por su disposición a participar en actividades.

#### b) *Comportamiento desarrollado durante su estancia en prisión*

La buena conducta es uno de los elementos habituales en la valoración de casi todas las figuras penitenciarias tales como acceso a actividades, puesto de trabajo, permisos de salida o progresión penitenciaria, lo que entendido como conducta desarrollada en el centro penitenciario exige analizar su trayectoria penitenciaria de manera

---

(53) ESBEC RODRÍGUEZ, E. «Valoración de la peligrosidad...» cit. p. 52.

(54) CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo* Barcelona, Bosch, 2009, p. 131.

integral y flexible. Para ello, además del comportamiento general del interno, ha de tenerse en cuenta la presencia de dificultades en su evolución, ya que no hay que olvidar que el historial carcelario individual es muy variado y tiende a estar influido por multitud de factores no siempre atribuibles al sujeto (55), pero también los progresos del interno en términos generales, ya que identificar buena conducta en sentido exclusivamente disciplinario provoca una visión reductiva, unilateral y muy limitada de la vida penitenciaria.

Esta visión reductiva de la buena conducta asociada a la disciplina y sumisión más que a la convivencia e integración, presenta diversos problemas en función no solo del acceso a las actividades programadas por el centro, sino también a las expectativas de conducta de los internos. En el primer caso pueden darse diferencias importantes porque no sea equitativa la oferta de actividades o los programas de tratamiento sean escasos o reducidos, y en el segundo nos podemos encontrar con que las expectativas de conducta favorezcan la manipulación para la obtención de beneficios. (56) En este sentido es importante también resaltar que la valoración del comportamiento penitenciario de forma solo disciplinaria, puede provocar diferencias por género ya que el nivel de normalidad que se da en mujeres provoca que sea un criterio poco relevante, a diferencia de los hombres donde la mayor frecuencia de sanciones otorga relevancia a su ausencia, a diferencia de lo que ocurre con las expectativas sociales donde en mujeres tienen una mayor influencia negativa, quizá porque el patrón de control social es mucho más exigente que en hombres. (57)

Esto se puede subsanar con una visión más global de la conducta individual, lo que ayuda a evitar su identificación con los aspectos meramente disciplinarios, pero sigue siendo insuficiente porque refleja el comportamiento del sujeto en el medio penitenciario, dando cuenta de su nivel de adaptación y de convivencia, pero no de la trayectoria seguida desde su ingreso en relación al delito cometido. Por esta razón la valoración positiva de la conducta del interno podría tener en cuenta también sus avances en torno al objetivo constitucional de reinserción social incorporando nuevos elementos de juicio como la asunción de responsabilidad y la reparación del daño a la víctima.

---

(55) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional...* cit. p. 219.

(56) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 276.

(57) PAVARINI, M./MOSCONI, G. «Discrecionalidad...» cit. p. 12, 18 y 37 en relación a la concesión de las fases de confianza y semilibertad a las mujeres, plantean el contraste entre el paternalismo y la rigidez ya que si bien por un lado se producen más concesiones con menor importancia de la conducta en el centro penitenciario, por otro la respuesta es mucho más rígida en la valoración de las expectativas de reinserción social en el exterior.



La asunción del delito es un factor de gran tradición en el ámbito penitenciario por su relevancia para la concesión de permisos de salida y la progresión a tercer grado. En el primer caso es la Instrucción SGIP 1/2012 de 2 de abril sobre permisos de salida la que en su concreción de las cualidades desfavorables vinculadas a los requisitos previstos en la LOGP y el RP añade como motivo de denegación que el interno no asuma la actividad delictiva por la que ha sido condenado, del mismo modo que la Instrucción SGIP 9/2007 de 21 de mayo sobre clasificación y destino de los penados lo hace para la progresión penitenciaria o la Instrucción SGIP 7/2010 de 14 de diciembre para la revocación del período de seguridad. El problema reside en las dudas de legitimidad que plantea exigir que un sujeto reconozca el delito que se le atribuye con la vigencia de principios constitucionales como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo o el libre desarrollo de la personalidad, lo que aboca a dotar a este factor de un contenido que, siendo respetuoso con la esfera íntima del interno, sea compatible con la exigencia de responsabilidad penal y útil para la valoración de la evolución en el cumplimiento de la pena.

De esta forma la asunción del delito como reconocimiento del delito cometido no puede ser identificada como culpa moral o necesidad de arrepentimiento, ya que en ambos casos se estaría en un plano ético inaceptable en un Estado de Derecho, siendo otra opción interpretarla como la aceptación de las consecuencias penales de la conducta y su trascendencia penitenciaria (58), lo que facilita su compatibilidad con la persistencia en la defensa de su inocencia. Esta acepción puede ayudar a que no se utilice la correlación no contrastada entre no asunción del delito y probabilidad de reincidencia (59), por ser más acorde al modelo mínimo de resocialización que sin imponer creencias o valores se limita a valorar la responsabilidad del sujeto como respeto a la norma manifestada en sus actos externos (60), sin embargo no es capaz de despejar totalmente las dudas sobre la legitimidad de exigir fidelidad jurídica al interno (61), ni de que con ello se vaya a evitar la simulación interesada de su comportamiento, por eso en todo caso debe quedar claro que con independencia de los progresos

---

(58) LACAL, P./SOLAR, P. «¿Se puede exigir la asunción del delito al condenado?» *Diario La Ley* n.º 9277, 11 octubre de 2018, p. 6.

(59) LACAL, P./SOLAR, P. «¿Se puede exigir...», cit. p. 11.

(60) MORABITO, M. R. «¿Es arbitrario denegar permisos penitenciarios a penados que niegan su responsabilidad por el delito cometido?» *Revista Pensamiento Penal* 16.03.2011. p. 2.

(61) TINEDO, G. *op. cit.* p. 332.

obtenidos en la objetivación de este criterio, sigue siendo diferente no asumir lo realizado que ser probable que se vuelva a delinquir.

También la reparación del daño debe ser un factor a tener en cuenta como un reflejo del cumplimiento de la norma, si bien tampoco está exenta de inconvenientes especialmente cuando se simplifica identificándola exclusivamente con el pago material de la responsabilidad civil, ya que el encarcelamiento dificulta la obtención de ingresos y puede dar lugar a desigualdades económicas, por ello es mucho más coherente con la finalidad resocializadora valorar el esfuerzo realizado en la reparación del daño entendida en sentido amplio que contemple tanto el resarcimiento material como el moral. No obstante, al igual que se ha afirmado anteriormente respecto a la asunción de la responsabilidad, que se valore como un aspecto positivo de la conducta penitenciaria por reflejar una aceptación de las normas, no debe confundirse con la peligrosidad criminal, ya que no resarcir voluntariamente el daño tampoco va unido siempre a un pronóstico desfavorable de conducta futura.

c) *Expectativas de conducta futura y necesidades de intervención*

Si de lo que se trata es de superar el concepto tradicional de peligrosidad criminal por su incapacidad para predecir la conducta futura y porque genera presunciones en contra del reo cuando se apoya en criterios estáticos del pasado, la alternativa es resaltar los elementos que pueden informar sobre los factores de riesgo que pueden acompañar a la concesión de figuras que permiten al penado disfrutar de mejores condiciones penitenciarias o incluso de salidas al exterior, pero también de los recursos disponibles para neutralizar dichos riesgos sin necesidad de recurrir a la denegación, ya que denegar por la presencia de riesgo sin plantear programas de intervención para que disminuya, o incluso aceptando que pueda incrementarse, no es válido ni coherente.

El motivo de ello es que las expectativas de conducta futura no pueden analizarse separadas de las necesidades de intervención individuales del interno, de los recursos de cada fase de cumplimiento penitenciario, ni de sus instrumentos de refuerzo que manteniendo el sentido punitivo amplíen los espacios de libertad, planteándose el reto de conciliar las necesidades resocializadoras del reo, la defensa de la sociedad por el riesgo de reincidencia y el interés reparador de la víctima.

De esta forma en este contexto pueden utilizarse como signos de reinserción social entendida como compromiso de cumplimiento normativo: un nivel de responsabilidad y autonomía personal mínimo en cada fase del cumplimiento de la pena, el seguimiento de un programa

individualizado de intervención acompañado de medidas de seguimiento, y cualquier esfuerzo relacionado con la Justicia Restaurativa.

En relación al nivel de responsabilidad y autonomía personal para cada fase del cumplimiento de la pena tan importante es que se asuma la responsabilidad y las consecuencias de la conducta, como que el interno vaya adquiriendo autonomía para valerse por sí mismo o con la ayuda de familiares o instituciones. Esto no exige necesariamente reconocer el delito cometido por los problemas de legalidad antes mencionados, ni que la carencia de estabilidad familiar en el exterior sea perjudicial, pero sí que se cumpla con las normas del centro penitenciario, se hayan alcanzado los mínimos de autonomía suficiente para cada modalidad de cumplimiento en relación a vivienda, trabajo y recursos económicos y se respete a las víctimas.

Signo de reinserción social son sin duda también los avances en el programa individualizado de intervención propuesto que se vayan deduciendo de su seguimiento, lo que puede tener un trazado muy irregular en función del interno, de sus circunstancias personales o del módulo de cumplimiento, por ello no hay que descartar que en ocasiones las posibilidades tratamentales dentro de la prisión sean escasas o se hayan agotado, lo que obliga a preguntarse hasta qué punto sigue siendo la prisión necesaria más allá de su efecto punitivo y asegurativo, siempre teniendo en cuenta que los avances en el cumplimiento no están reñidos con su naturaleza punitiva, bien porque requieran obligaciones al interno o porque estén sometidas a control y supervisión.

Finalmente, la valoración de los esfuerzos relacionados con la Justicia restaurativa como signo de reinserción social es una manifestación del interés por la tutela de los intereses de la víctima incluso en el momento de la ejecución, lo que permite una perspectiva de integración y no de confrontación entre las personas afectadas por el delito y su responsable penal, dirigida a reparar el daño producido a través del pago de la responsabilidad civil o de otras conductas restaurativas más enfocadas a la reparación moral y social.

El carácter más flexible de estos criterios puede ayudar a superar la valoración de la peligrosidad en términos estadísticos de probabilidad de prever conductas futuras, optando por la búsqueda de decisiones razonables y ajustadas a Derecho que se dirijan a encontrar la forma más adecuada de cumplimiento, teniendo en cuenta que se trata de estimar la intervención más adecuada dentro o fuera de prisión, es decir, reformular los criterios habituales de valoración del comportamiento futuro basadas en una peligrosidad punitiva y defensiva, para pasar a una valoración del riesgo de delinquir del sujeto desde perspectivas criminológicas que tengan en cuenta las distintas situaciones

a las que se va a enfrentar el sujeto (62). Cuando la valoración de esta expectativa futura se plantea en términos de peligrosidad criminal se corre el riesgo de identificarlo con un atributo personal del sujeto o tendencia delictiva excesivamente subjetiva, mientras que si se enfoca como riesgo de comisión de actos violentos permite completar el análisis con datos objetivos (63) desde una perspectiva más criminológica en sentido amplio del término, pero con las garantías de individualización y motivación.

### 4.3 Motivación y control judicial

Un modelo de ejecución garantista va unido inexorablemente a un marco legal respetuoso con los derechos y libertades constitucionales, pero ello sería insuficiente si no fuera acompañado de unos requisitos legales de aplicación claros y precisos que permitan adaptar las normas a las necesidades individuales de cada interno sin dar lugar a decisiones arbitrarias, injustas o no fundamentadas, por esa razón el sistema no puede estar completo si no se exige motivación suficiente en cada decisión de la Administración y un control judicial independiente y especializado.

En este sentido son numerosos los ejemplos de decisiones administrativas que no solo no recogen ningún tipo de fundamentación, sino que se limitan a exponer un mero listado de motivos sin explicación alguna, requisitos no contemplados por la ley pero asumidos por la inercia de la práctica, o declaraciones ambiguas carentes de concreción sin justificar las diferencias de trato ante situaciones similares.

En el primer sentido es una práctica habitual que los acuerdos que acompañan las denegaciones de permisos de salida o de progresión de grado vengán formados exclusivamente por una enumeración de motivos ambiguos o sin desarrollar, vgr. cuando se hace referencia a la trayectoria penitenciaria irregular, falta de garantías de hacer buen uso de la libertad, ser considerado perjudicial para el tratamiento o falta de consolidación de factores positivos (64), todos ellos son términos que adolecen de la más mínima concreción que debe acompañar a todo acuerdo denegatorio de un derecho penitenciario, aunque no tenga la consideración formal de derecho subjetivo.

---

(62) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 245.

(63) MARTÍNEZ GARAY, L. «La incertidumbre...» cit. p. 24. DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 246.

(64) RÍOS, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*. Madrid, Une, 2018, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 347-348.

En el segundo sentido también es una práctica consolidada añadir como motivos de denegación criterios no recogidos legalmente, por ejemplo, en el caso de los permisos de salida no haber cumplido tres cuartas partes de la condena cuando legalmente solo se exige una cuarta parte o aducir lejanía del cumplimiento de la condena cuando el permiso de salida es una preparación progresiva a la libertad que no va unida a la excarcelación definitiva, excesos que en el caso de la progresión en la clasificación incluso alcanza a sustituir los criterios previstos legalmente por otros ajenos a la propia finalidad de la ejecución penitenciaria como puedan ser la alarma social creada por el delito o la necesidad de la función preventiva de la pena.

Por último, la necesidad de individualizar la toma de decisiones es una garantía de impedir generalizaciones o tratamientos colectivos, pero a veces actúa como factor diferenciador no suficientemente motivado, ya que la individualización por sí misma no es un criterio motivacional si no va acompañada de las razones que justifican el diverso tratamiento.

El control judicial que se ejerce sobre todos estos supuestos es de distinto alcance, ya que en los dos primeros casos se ocupa la jurisdicción ordinaria mediante recurso de reforma ante el Juez de Vigilancia y posterior recurso de apelación ante la Audiencia Provincial si se trata de materias de régimen como puedan ser los permisos de salida, o ante el Tribunal sentenciador si se trata de materias de cumplimiento como pueda ser la clasificación penitenciaria, mientras que en el tercer caso puede ser objeto de recurso de casación por unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

En relación a aquellos acuerdos que recojan un listado de motivos sin desarrollo alguno, como la reiterada expresión de «falta por consolidar factores positivos», se debería indicar a qué factores se refiere y qué medios se pueden utilizar para dicha consolidación, ya que lo contrario produce indefensión y atenta a la seguridad jurídica (65), lo mismo que sucede cuando se basan en la «probabilidad de hacer un mal uso del permiso de salida» si no va acompañada de los criterios objetivos que avalan tal afirmación. La razón de esta situación es debida muchas veces al uso de formularios ya estandarizados totalmente faltos de cualquier tipo de motivación, práctica que debería erradicarse por su incompatibilidad con decisiones que afectan al modo de cumplimiento de la pena de prisión, ya que aunque la reedu-

---

(65) Ríos, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual...* p. 379, citando la SAP Guipúzcoa 80/2008 de 11 de abril, que ante la ausencia de información de los factores entiende que el permiso no se puede denegar.

cación y reinserción social no sea considerada por el Tribunal Constitucional como derecho subjetivo, sí que es un principio programático que debe inspirar toda la ejecución penitenciaria.

En relación al segundo de los problemas destacados, son también numerosos los acuerdos que recogen criterios no previstos legalmente, como es el caso de las tres cuartas partes de la condena cumplida o la lejanía de la finalización del cumplimiento en la denegación de los permisos de salida, o la sobrerrepresentación del tipo de delito y la duración de la condena en las progresiones de grado. En el primer caso se ha producido un cuestionable desplazamiento legislativo, ya que dichos requisitos no previstos legalmente ni tampoco en su desarrollo reglamentario han sido introducidos como circunstancias peculiares de especial concurrencia (M-CCP) en la Instrucción SGIP 22/1996 de 16 de diciembre que regula los permisos de salida, algo que excede de las pautas que debe seguir la Administración para dar entrada a la exigencia de requisitos adicionales. En su apoyo la Jurisprudencia todavía es muy diversa ya que así como la STC 112/1996 de 24 de junio, donde por cierto también se entendía como motivación genérica e insuficiente para la denegación de un permiso de salida la mera referencia a la «no concurrencia de demás circunstancias», no se admitía como argumento la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena o la larga condena por no ser requisitos recogidos legalmente y por las distintas funciones de los permisos de salida y la libertad condicional, hay otras como la STC 204/1999, de 8 de noviembre que sin embargo avalan la lejanía de la finalización de la condena para denegar permisos de salida, lo que debería exigir al menos que no sean elementos que por sí solos sirvan para fundamentar una resolución denegatoria. Algo similar ocurre con la utilización de la trayectoria delictiva o tipo de delito, sin más referencias a razones personales relacionadas con la integración social, cuando se trata de progresar a tercer grado, solución especialmente rechazable por la naturaleza tratamental de la progresión, según Auto AP Las Palmas 430/204 de 23 de junio. (66)

En otro orden de cosas, no son menos relevantes las discrepancias por motivos institucionales entre las propuestas de las Juntas de tratamiento y las decisiones del Centro Directivo según el tipo de delito cometido, lo que en los últimos años es especialmente significativo en el caso de la delincuencia económica y de corrupción política (67),

(66) Cit. por Ríos, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual...* p. 180.

(67) JUANATEY DORADO, C. «Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco». *Revista Penal* n.º 40, julio 2017, p. 37 y ss.

problemática en la que confluyen el mayor proteccionismo institucional de estos delitos pero también la utilización judicial en sede de recurso de las expectativas de ejemplaridad social, algo que en ambos casos ignora que la base de las decisiones penitenciarias deben ser los aspectos personales relacionados con la reinserción social y no los preventivos generales de cohesión social. Como ejemplo de ello en el Auto JV Valladolid 17.11.2014 denegatorio del tercer grado en una condena por delitos económicos se evidencian las diferencias entre algunos componentes de la Junta de Tratamiento coincidentes con el propio Centro Directivo que asociaban la no peligrosidad al ingreso voluntario, no previsión de repetición de los hechos y buena relación familiar y social y las razones esgrimidas por el Ministerio Fiscal, asumidas por el propio Juzgado de Vigilancia al rechazar el régimen abierto, en las que la peligrosidad se asocia a la alarma o rechazo social que generan los delitos económicos y el carácter retributivo y preventivo general del cumplimiento de la pena, aunque se trate de condenas cortas.

Por todo lo anteriormente expuesto la necesidad de motivación de los acuerdos en el ámbito penitenciario, no debe limitarse a un mero aspecto formal, sino desarrollar los elementos sustantivos que apoyan cada decisión, lo que requiere de un control judicial riguroso que vigile los excesos de discrecionalidad exigiendo el cumplimiento de los requisitos legales específicos de cada figura, pero también el objetivo resocializador que debe inspirar la ejecución penitenciaria en general, sin que la necesidad de individualizar cada acuerdo en las circunstancias personales de cada interno sea razón suficiente para legitimar todo trato diferenciado, si no va acompañado de la correspondiente justificación. Estas exigencias no van a evitar soluciones dispares pero al menos pueden forzar un mayor rigor en la motivación de los acuerdos, lo que afectará a los órganos administrativos, pero también a los judiciales, especialmente cuando en vía de recurso se limitan a reproducir los acuerdos impugnados, siendo posible reclamar una aplicación uniforme de las normas a través del recurso de unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

#### 4.3.1 EL RECURSO DE CASACIÓN POR UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El recurso de casación por unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria ha permitido que la materia penitenciaria disponga de jurisprudencia propia ante el Tribunal Supremo, siendo especialmente relevante que afecte al núcleo de la ejecución penitenciaria al exigir que la necesaria individualización en la respuesta penitenciaria no permita diferencias de trato no justificadas en una materia

que incide directamente sobre la libertad personal, por esta razón cuando haya identidad de supuesto legal de hecho y de norma legal aplicada no puede haber resoluciones judiciales contradictorias. Con ello se garantiza que supuestos iguales no reciban respuestas diferentes, ya que la interpretación y aplicación del Derecho penitenciario debe ser uniforme ante supuestos idénticos para velar por el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, a pesar de la dificultad que conlleva la similitud de los asuntos dada la evidente disparidad de circunstancias personales de los internos. (68)

En este sentido serían tres los elementos que se ha de presentar: identidad de situación fáctica, identidad de la norma legal aplicada y resoluciones contradictorias carentes de suficiente motivación por sus diferencias.

En relación a la situación fáctica son dos las situaciones que pueden ser objeto de comparación, de un lado los hechos de las resoluciones judiciales que afecten a dos sujetos distintos y de otro los hechos de las resoluciones judiciales que afecten a un mismo sujeto en diferentes momentos.

El primer supuesto contradictorio se puede dar cuando se alega que dos supuestos idénticos reciben distinta solución, siendo habitual justificar estas diferencias en la diversidad de situaciones que acompañan a cada sujeto en su vida penitenciaria y en el margen de discrecionalidad en la aplicación que la propia legislación establece. Es cierto que es difícil encontrar esa identidad absoluta por el carácter personalizado e individualizado de cada expediente penitenciario (69), por eso aunque haya igualdad de delito, de condena y de clasificación pueden no haberla en distintas circunstancias personales como el arraigo, los programas de tratamiento seguidos o la actitud ante el delito cometido como manifiestan las STS 62/2016 de 4 de febrero y STS 78/2015 de 9 de diciembre en relación a los permisos de salida, por eso informes y diagnósticos personales pueden dar lugar a decisiones distintas, lo que no presenta problema alguno si son debidamente valoradas y justificadas en cada resolución.

El segundo sin embargo sería a la inversa ya que ante un cambio en las circunstancias en el momento de cada resolución no se varía la decisión, lo que resulta también contradictorio, porque lo que era válido para una situación no lo puede ser para otra distinta. En este caso hemos de preguntarnos si el dinamismo de la ejecución peniten-

---

(68) ARRIBAS LÓPEZ, «El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria: un análisis jurisprudencial». *Diario La Ley* n.º 8737 8 abril de 2016, p. 4.

(69) ARRIBAS LÓPEZ, E. «El recurso de casación...», p. 5.



ciaria exige adaptar las decisiones a las circunstancias presentes en el momento de cada resolución, o por el contrario el presupuesto fáctico presente en el momento de la resolución impugnada no puede ser modificado, lo que dejaría a los órganos judiciales impedidos para valorar las circunstancias que hayan podido cambiar por estar constreñidos a las vigentes en el momento de la decisión impugnada.

La STS 124/2019 de 8 de marzo resolviendo recurso de casación por unificación de doctrina, antes mencionada, analiza un supuesto en el cual la Junta de tratamiento denegó un permiso ordinario de salida por la existencia de una sanción grave no cancelada, decisión ratificada por el Juez de Vigilancia, mientras que la Audiencia Provincial lo concedió porque al momento de resolver el recurso de apelación ya estaba cancelada, con lo cual al margen de la ruptura de la identidad entre ausencia de mala conducta y sanciones no canceladas ya analizada anteriormente, se pronuncia sobre otro tema de gran interés como es la posibilidad de que la revisión de legalidad pueda alcanzar a la modificación de los presupuestos fácticos que sirvieron de base ya que existen resoluciones que entienden que los requisitos legales deben darse en el momento de resolver el recurso de apelación mientras que otras sostienen que debe ser en el momento de su valoración por la Junta de tratamiento.

En la solución dada, calificada de salomónica (70), se reconoce como regla general que el recurso de apelación debe versar sobre el mismo objeto por ser lo que corresponde a una segunda instancia, pero que el especial objeto y finalidad del ámbito penitenciario exigen una «razonable flexibilidad» que permita valorar incidencias sobrevenidas que sean reveladoras de la evolución tratamental del interno, lo que le lleva a entender en este supuesto que si bien el simple paso del tiempo no es algo excepcional en un requisito temporal, sí lo pueden ser otras circunstancias del expediente penitenciario, admitiendo con ello que el cambio de circunstancias personales pueda dar lugar a una nueva valoración. Hay que tener en cuenta en este sentido que los órganos judiciales no pueden omitir circunstancias y datos que sean relevantes en el momento de tomar sus propias decisiones ya que además de que el tratamiento penitenciario se caracteriza por su dinamismo, lo que le exige tener en cuenta cualquier cambio relevante, lo contrario podría hacer perder la independencia del poder judicial respecto a las decisiones de la Administración. (71)

---

(70) ARRIBAS LÓPEZ, E. «El recurso de casación...», p. 6 comentando la STS 308/2012 de 27 de abril en sentido similar.

(71) RÍOS, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual...* cit. p. 203-204.

Identidad de la norma legal aplicada implica que un mismo precepto es interpretado de manera diferente por dos resoluciones lo que suele justificarse en la particularidad de las circunstancias de cada sujeto y en la discrecionalidad administrativa que permite una aplicación no automática, el problema como ya se ha señalado anteriormente es que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad sino todo lo contrario, por eso debe haber una especial cautela en que la referida competencia discrecional sirva para validar respuestas desiguales a presupuestos idénticos (72), siempre que vaya acompañada de las razones que apoyan la diversidad de trato, con lo que bastaría emplear los mismos esfuerzos que el Tribunal Supremo dedica a explicar los motivos que justifican la diferencia de aplicación legal ante diversidad de supuestos fácticos.

Este recurso de casación por unificación de doctrina sin embargo es muy limitado ya que las resoluciones contradictorias solo pueden ser Autos de la Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional resolviendo recursos de apelación no susceptibles de casación ordinaria, siendo especialmente importante resaltar que una de ellas deba ser la resolución impugnada y otra u otras la de contraste con la finalidad de poder observar la discrepancia de criterios aplicativos de ambas pese a la identidad de hecho y norma jurídica aplicada.

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que la exigencia de motivación no solo se cumple con la exposición de las razones que han llevado al órgano decisor a conceder o denegar la mejora de cualquier decisión penitenciaria, sino que exige que estas razones se acomoden a los requisitos legales y al enunciado constitucional que recoge la reeducación y reinserción social como principio programático inspirador de toda la política penal y penitenciaria, lo que obliga en caso de denegación a justificar qué bienes jurídicos son más relevantes que la propia reinserción social (73), ya que cualquier medida restrictiva que impida la concesión de figuras que supongan algún beneficio penitenciario que facilite la reinserción y la reeducación social exige una motivación específica de las circunstancias que priorizan otros bienes jurídicos en detrimento de la resocialización (74).

---

(72) ARRIBAS LÓPEZ, E. «El recurso de casación...» p. 12 cita la STS de 25 de noviembre de 2014 donde se justifica la posibilidad o no de añadir la restricción de comunicaciones junto a una sanción por la comisión de una infracción disciplinaria como muestra del análisis discrecional de las circunstancias personales.

(73) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional...» cit. p. 63.

(74) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional...» cit. p. 64.

## 5. CONCLUSIONES

El fin primordial de la reeducación y reinserción social en la ejecución de las penas privativas de libertad tiene como principal instrumento al sistema de individualización científica que permite separar en grados el cumplimiento de la pena para amoldar las condiciones de la misma a las características individuales de cada interno, ahora bien, ni este principio programático ni las dificultades para tomar decisiones adaptadas a las situaciones personales pueden ser utilizadas para justificar un campo de discrecionalidad tan amplio a la Administración que deje en una total incertidumbre el transcurso que va a seguir la condena de cada individuo.

Uno de los aspectos más relevantes del encarcelamiento, además del relativo a su duración, reside precisamente en las condiciones en las que se va a desarrollar su cumplimiento, es decir, la modalidad o régimen de vida en prisión, lo que depende no solo de la dureza de los requisitos legales que permiten el acceso a mejoras penitenciarias, sino en particular de las reglas de aplicación que ejercita el poder discrecional de la Administración cuya amplitud está estrechamente relacionada con el modelo de ejecución seguido.

De esta forma frente a la rigidez del retribucionismo punitivo que ignora la particularidad de la ejecución penitenciaria utilizando criterios asociados a la gravedad del delito y de la pena convirtiendo la ejecución en algo lineal, hermético y resistente a los cambios y la discrecionalidad absoluta que administrativiza el cumplimiento de la pena convirtiéndola en una ejecución abierta e incierta, la opción de un modelo discrecional reglado ofrece las ventajas de la flexibilidad dentro de un marco garantista de legalidad y seguridad jurídica, teniendo en cuenta que en materia penitenciaria un nivel muy exigente de seguridad jurídica no es viable porque la diversidad de situaciones que se plantean a lo largo del cumplimiento hacen que esté en constante transformación.

La indeterminación sobre la forma en que se va a cumplir la pena de prisión es 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 no puede dar paso a un abandono del marco de legalidad ni a una total discrecionalidad en la concesión de las figuras penitenciarias, sino a tener en cuenta preferentemente las necesidades tratamentales de cada individuo de manera que no quepan las restricciones colectivas aso-

ciadas a determinadas tipologías delictivas, ni tampoco los tratamientos diferenciados no justificados.

La razón de ello es que discrecional no es sinónimo de arbitrariedad, sino exigencia de legalidad, lo que implica autorización legal y obligación de justificar los motivos de cualquier decisión que afecte al cumplimiento penitenciario. De esta manera debe ser la ley la que delimite el marco de actuación de la Administración para que pueda valorar la respuesta penitenciaria más adecuada a las necesidades de cada interno, lo que desde una individualización garantista debe priorizar los criterios de valoración basados en la evolución del interno analizados con elementos objetivos, dejando de lado el recurso a la gravedad del delito o de la pena, por ser criterios ajenos a los objetivos penitenciarios.

En la línea de dotar de mayor seguridad jurídica a la individualización penitenciaria debería hacerse una revisión de los requisitos legales que navegan de forma inconexa por la LOGP, el RP e incluso el CP con el fin de darles una redacción uniforme y fiel al texto constitucional, reformulando conceptos carcelarios tradicionales excesivamente ligados a la prisión punitiva y alejados de la prisión resocializadora, tales como el historial delictivo previo, la buena conducta en sentido estrictamente disciplinario o las expectativas de conducta futura con patrones de conducta carcelaria, para dirigirlos hacia una valoración dinámica e integradora de la evolución de la conducta del interno analizada con elementos objetivos suficientemente motivados que sustituyan a las previsiones basadas en meras presunciones en contra del reo.

El objetivo de todas estas pretensiones es recuperar la orientación resocializadora de la pena de prisión desde una perspectiva garantista que permita limitar el poder discrecional de la Administración con la defensa del principio de legalidad, seguridad jurídica e individualización científica de una manera que sea capaz de compatibilizar la necesaria flexibilidad inherente a los cambios en el ámbito penitenciario con el derecho a conocer los criterios que van a ser valorados con una mínima certeza y concreción, ya que la decisión sobre la forma de cumplimiento penitenciario no puede depender de conceptos indeterminados, predicciones estadísticas, o meros juicios de valor, sino de acuerdos respetuosos con la legalidad y suficientemente motivados para impedir las diferencias de trato no justificadas.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, J. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español* Granada, Comares, 2001.

- ARRIBAS LÓPEZ, E. «La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las instrucciones y órdenes de servicio de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 7269, 29 de octubre de 2009.
- «La peligrosidad extrema y la inadaptación regimental en la legislación penitenciaria», *Diario La Ley* n.º 7281, 14 de octubre de 2009.
- «El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria: un análisis jurisprudencial». *Diario La Ley* n.º 8737 8 abril de 2016.
- BOONE, M. «Los procesos legislativos penales en los Países Bajos: ¿qué racionalidad hay detrás del Derecho penitenciario especial para pequeños traficantes de drogas?» en *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Ed. Díez Ripollés, J, L./Prieto del Pino, A. M./Soto Navarro, S. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CARMONA SALGADO, C. «Los permisos de salida» en *Comentarios a la legislación penal dirigidos por M. Cobo del Rosal*, tomo VI vol 2, Madrid, Edersa, 1986.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 4.ª Ed.
- *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo*. Barcelona, Bosch, 2009.
- CUARESMA MORALES, D. «Las funciones del criminólogo ¿informe criminológico vs informe jurídico?» «*V Jornadas de ATIP* Almagro 2008.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario. *Cuadernos de Política Criminal* n.º 120, diciembre 2016.
- DÍEZ RIPOLLES, J. L. «El abuso del sistema penal» *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* 19.1 (2017).
- ESBEC RODRÍGUEZ, E. «Valoración de la peligrosidad (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica» *Psicología clínica y forense* vol 3, n.º 2 2003.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. P. Andrés Ibañez y otros, 6.ª Ed, Madrid, Trotta, 2004.
- «Garantías y Derecho penal». «El paradigma del Derecho penal mínimo» en *Garantismo y Derecho penal* Coord. J. O. Sotomayor, Colombia, Temis, 2006.
- GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. *Principios de Criminología* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- JUANATEY DORADO, C. «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable» *ADPCP* Tomo LXV 2012.
- KAISER, G. «Ejecución penal y derechos humanos» *Direito e cidadania* n.º 6 1999, pág 18. Disponible en <http://www.ciencias penales.net>
- KAMINSKI, D. «Les droits des détenus au Canada et en Angleterre: entre révolution normative et légitimation de la prison», en *L'Institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droit des détenus* Kaminski, D. Schutter, O. de L. G. D. J. Bruselas, 2002.
- LACAL CUENCA, P./SOLAR CALVO, P. «¿Se puede exigir la asunción del delito al condenado?» *Diario La Ley* n.º 9277, 11 octubre de 2018.
- MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª Ed, Navarra, Civitas, 2011.

- MARTÍNEZ GARAY, L. «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad» en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la delincuencia*. Dtor E. Orts, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MATA MARTÍN, R. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario» *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010).
- MORABITO, M. R. «¿ Es arbitrario denegar permisos penitenciarios a penados que niegan su responsabilidad por el delito cometido?» *Revista Pensamiento Penal* 16.03.2011.
- NAVARRO, M. G. «Discrecionalidad administrativa» *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, n.º 3, septiembre 2012.
- NISTAL BURÓN, J. El principio constitucional de «seguridad jurídica» su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal. *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 743, 2008.
- PAVARINI, M./MOSCONI, G. «Discrecionalidad del poder penitenciario; la flexibilidad de la pena en la fase ejecutiva en la actividad de los Tribunales de Vigilancia» *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales*. N.º 11-12 1998.
- RÍOS, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*. Madrid, Une, 2018, 2.ª ed.
- SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P. «El sistema de individualización científica: estructura básica y principios» *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 26, 2018.
- SOTOMAYOR, J. O. (coord.) *Garantismo y Derecho penal* Colombia, Temis, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. *La reforma de la ejecución penal* García Albero, R./Tamarit Sumalla, J. M. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- TINEDO FERNÁNDEZ, G. «Alcance de la función jurisdiccional en fase de ejecución» *Capítulo criminológico* vol 34, n.º 3. Julio-Septiembre 2006.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional del mandato de resocialización» *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 63, 2001.
- VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

# Del soldado al empleo de establecimientos penales y al funcionario: historia del personal penitenciario

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

*A mi querido maestro, Carlos García Valdés, principal redactor de la LOGP, por haber alojado en su articulado los mejores postulados de los grandes reformadores del s. XIX.*

## RESUMEN

*El presente trabajo está dedicado a la evolución del personal penitenciario, realizando un análisis de la normativa del siglo XIX y principios del XX, que fue variando su denominación y su dependencia, así como su trato con los penados, acorde con la distinta función de las penas. Los militares serán los principales encargados de los presidios durante gran parte del siglo XIX, hasta que se consolida el penitenciarismo civil. Las ideas sobre la corrección de los penados favorece la creación del Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales en 1881. A partir de entonces, y una vez asignada a las penas la finalidad del tratamiento de los reclusos, durante la primera mitad del siglo XX se producirá su consolidación.*

*Palabras clave: Personal penitenciario, empleados de presidios y cárceles, cuerpo especial de establecimientos penales, funcionarios de prisiones.*

## ABSTRACT

*The present work is dedicated to the evolution of the prison staff carrying out an analysis of the regulations of the nineteenth century and early twentieth century,*

*which was changing its name and dependence, as well as its treatment with convicts, according to the different function of the penalties. The military will be the main ones in charge of the prison during great part of the XIX century, until the civil penitenciarismo is consolidated. The ideas about the correction of the convicts favors the creation of the Special Body of Employees of Penal Establishments in 1881. From then on, and once assigned to the penalties the purpose of the treatment of the inmates, during the first half of the 20th century it will produce its consolidation.*

Key words: *Prison staff, employees of prisons, special body of penal establishments, prison officers.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. El tránsito del penitenciarismo militar al civil. III. La creación del cuerpo de empleados de establecimientos penales.–IV. De la corrección al tratamiento: los funcionarios de prisiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Del querido y ejemplar maestro, el Profesor García Valdés, y de sus numerosos e insuperables trabajos (1), hemos aprendido los discípulos que formamos parte de su Escuela (2), la trascendencia de la legislación decimonónica en materia penitenciaria, resultando capital

(1) Entre otros, GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen Penitenciario de España*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1975; *Derecho Penitenciario* (Escritos, 1982-1989), Ministerio de Justicia, Madrid, 1989; *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Madrid, 1991; *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006; *Del presidio a la prisión modular*, 3.ª ed., Ópera Prima, Madrid, 2009; *Apuntes Históricos del Derecho Penitenciario Español*, Edisofer, Madrid, 2014; «La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015; «Breve historia del Derecho penitenciario español», en De Vicente Martínez, R. (Dir.): *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

(2) Denominada «Escuela Penitenciaria de Alcalá», por TÉLLEZ AGUILERA, A.: Prólogo al libro de RENART, F.: *El régimen disciplinario en el Ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002, pp. 14 ss.; y, en este mismo número del Anuario, también por MAPELLI CAFFARENA, B.: «Algunas cuestiones relacionadas con las garantías jurídicas de los beneficios penitenciarios». Asimismo, la ha calificado de «Escuela valdesiana», NÚÑEZ, J.: *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria*, Universidad Carlos III, Madrid, 2014, pp. 31 ss.



para el posterior desarrollo y progreso de esta rama del Derecho. Porque «la historia penitenciaria española viene de lejos y se conformó con actitudes y saberes muy determinantes» (3).

A ella es preciso acudir para comprender los orígenes y el devenir de nuestro sistema carcelario y, claro es, de sus empleados. Su denominación, así como su dependencia orgánica y funcional no siempre fue la misma y evolucionó con el tiempo. También su relación con los presos. De meros custodios de los reclusos, tan solo preocupados por evitar su fuga, del trato despegado y severo, a base de toque de corneta y rígida disciplina (4), se produjo por fin el acercamiento. Con el tiempo y despojado de galones, el personal encargado de atender a los presos irá interiorizando su verdadera función, acorde con la nueva filosofía de las penas. Desde entonces y con la preparación adecuada, su entregada misión a la corrección y enmienda de los condenados, y por fin a su tratamiento, será su vocación cierta.

La relevancia de los empleados en los establecimientos penales no pasó desapercibida por los gobernantes e ilustres penitenciaristas del XIX e inicios del XX. Supieron vislumbrar en ellos a uno de los pilares de la necesaria reforma penitenciaria, que se comienza a gestar en la primera mitad del decimonónico. Lo tiene muy claro Lastres al decir que «si no se escoge un personal de honradez e inteligencia, es inútil todo lo que se haga para reformar nuestro sistema penitenciario» (5), por ello es contundente al destacar más tarde que, para alcanzar dicha reforma «es indispensable un personal a propósito y de aptitud reconocida» (6). Tampoco a Concepción Arenal (7) se le escapa que «con un personal inteligente y honrado se puede hacer mucho bien, por malo que sea el sistema penitenciario que se adopte». De ahí la exigencia de que esté a la altura de su trascendente misión, porque como certeramente apunta Cuello Calón (8), «el personal si no es todo, es casi todo».

---

(3) GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria española...», ob. cit. p. 65.

(4) Al respecto, *vid.* el excelente trabajo de SANZ DELGADO, E.: «Disciplina y reclusión en el siglo XIX: criterios humanizadores y control de la custodia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LV, 2002, pp. 109 ss.

(5) LASTRES, F.: *La colonización penitenciaria de las Marianas y Fernando Póo*, Madrid, 1878, p. 62.

(6) LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1887, p. 20.

(7) ARENAL, C.: *Obras completas*, VI, 2, Madrid, 1895, p. 303.

(8) CUELLO CALÓN, E.: *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, reimp. 1974, p. 516.

Pero el camino a recorrer no será fácil ni corto. Denostada la profesión (9), a la que se miraba con desdén (10), se fue reclamando mayor consideración social para los encargados de los reclusos en nuestras penitenciarias, una vez asumida la trascendental labor que este personal habría de desarrollar, como «núcleo fundamental del cumplimiento de la pena privativa de libertad» (11). Por ello, una vez emprendida la reforma penitenciaria, centrada en el objetivo de la corrección de los penados, los responsables ministeriales entienden que es capital contar con un cuerpo de funcionarios al servicio del ramo, creándose en 1881 el Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales.

Desde entonces, y hasta su consolidación, «no pasó año sin que se modificase la organización del cuerpo, la denominación de los cargos y, en general, la legislación que había de regirlos. Tantas veces como un Ministro sometía a la sanción regia su plan de reforma» (12). A ello se dedica el presente trabajo.

## II. EL TRÁNSITO DEL PENITENCIARISMO MILITAR AL CIVIL

El penitenciarismo civil no puede entenderse al margen del militar, pues surge prendido de éste, siendo el espejo en que mirarse. De ahí la concluyente frase del maestro García Valdés, señalando que «el nacimiento, desarrollo y consolidación del Derecho penitenciario civil ha sido posible gracias a la intervención de ilustres militares» (13).

A principios del siglo XIX, los establecimientos penales existentes, arsenales, presidios peninsulares y africanos, gobernados por autoridades del Ejército o de la Armada, estaban impregnados del carácter

(9) En este sentido, señalaba Lastres «aun cuando es una gran injusticia, hoy se considera poco a los empleados de presidios, y muchas personas se sentirían agraviadas, si se les ofreciera una colocación de esta clase, consecuencia todo de la conducta observada por cierto número de funcionarios». Cfr. LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios*, ob. cit., p. 157.

(10) Así, según Llorca Ortega, si bien la labor del personal penitenciario «no fue, por lo general, encomiable» (...) no fueron ellos los únicos responsables del caótico estado de las prisiones ni, lógicamente, del pernicioso sistema que las regía», Cfr., LLORCA ORTEGA, J.: *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 376.

(11) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 38.

(12) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria española*, Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 59.

(13) GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho Penitenciario...*, ob. cit., p. 91.

castrense. Su organización, su funcionamiento y la dureza de su régimen disciplinario, todo era militar. Y es que todos ellos, «excepto el de Madrid que dependía del Presidente del Consejo Real, estaban sujetos a la jurisdicción de Guerra» (14). Este antecedente no debe perderse de vista, ya que esta estructura, esencialmente militar, «afectaba a la actividad del personal en el interior de un establecimiento penitenciario» (15).

Desaparecida la galera, surge el presidio, la embarcación encaillada. Los penados cumplirán sus condenas dedicados a faenas marineras en los arsenales, «esas fortalezas, a la manera de un buque en tierra» (16), a labores de fortificación en los presidios africanos, «plazas fuertes frente a territorio siempre enemigo» (17), o a obras públicas o industriales en los peninsulares, «las nuevas moles grises reconvertidas, cuyos patios miran al cielo» (18). Asimilados a la tropa de servicio, cubren los particulares intereses militares, bajo sus órdenes trabajan, vigilados por soldados para impedir la fuga. Responden a la necesidad de la época, lo que Salillas (19) denomina acertadamente «aprovechamiento de la pena», describiendo con su ingeniosa prosa el panorama: «el crimen representa la oferta, los Capitanes generales la demanda, el Estado la usura».

Como expone Castejón (20), «la primera disposición que determina el personal a cuyo cargo ha de ponerse el establecimiento, es la Real Ordenanza para el gobierno de los Presidios de los Arsenales de Marina de 1804». Firmada por Carlos IV, a instancias del Almirante General Godoy, «*mi Generalísimo de Mar y Tierra, Príncipe de la Paz*», la pretensión Real, expuesta en su preámbulo, es «*que se establezca en los Presidios de mis Reales Arsenales el siguiente sistema, en que conciliando no dexar impune el delito, alejando así la depravación, se saquen ventajas de las faenas a que se empleen los presidiarios; y cumplidas sus condenas, resulten unos benéficos artesanos, habiendo cambiado la naturaleza de sus costumbres y malas inclinaciones, propendiendo ya a ser útiles ciudadanos*» (21).

(14) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 13.

(15) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 52.

(16) GARCÍA VALDÉS, C.: «Breve historia del Derecho penitenciario...», ob. cit. p. 19.

(17) GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, ob. cit. p. 10.

(18) GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria española...», ob. cit. p. 67.

(19) SALILLAS R.: *La vida penal en España*, Madrid, 1888, p. 6.

(20) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 55.

(21) Enrique Sanz advierte acertadamente en este texto, «en un paralelismo histórico-evolutivo con los fines asociados a la penalidad, la conjunción de los com-

De los siete Títulos que contiene la Ordenanza, los dos primeros están dedicados al personal encargado del gobierno y vigilancia de los Presidios de Arsenales. Todos ellos, bajo las órdenes del Director General de la Real Armada.

Entre los mandos, el Jefe del Presidio, que será el Subcomandante del Arsenal; un Ayudante del Subcomandante, que será Oficial de Detall; y un Contador. El resto del personal, que ocuparan las plazas de Corrector (1), Subcorrectores (2) y Cabos de cuadrilla «*para el buen orden del presidio*», será propuesto por el Subcomandante, entre los marineros «*que sin mala nota hayan servido lo menos quince años en la Tropa de Marina*».

Bajo la rúbrica de «Penas», el Título séptimo de la Ordenanza se dedica al régimen disciplinario, requiriendo a los Jefes de los presidios que pongan «*una constante particular atención para precaver los delitos (...) las más veces por defecto de vigilancia de los encargados del buen orden*». Para mantenerlo, y asegurar la disciplina, azotes o palos, días de peonaje y recargos de parte de la condena. Sin embargo, y tras calificarlo de «*inhumano y dudosísimo recurso*», se prohíbe el uso de tormentos.

Lo más destacable de esta Ordenanza es que divide a los penados en tres clases o periodos premiando el trabajo y la buena conducta, progresando y retrocediendo según su comportamiento. Por ello, Salillas advierte en este sistema un sentido penitenciario progresivo (22), considerando que «*constituye un texto correccional muy adelantado a su época y muy superior a otras Ordenanzas y reglamentos posteriores*» (23).

En paralelo, de la mano de otro ilustre oficial, el Capitán General de la región militar de Andalucía, Tomás Morla, mediante la Real Orden de 23 de julio de 1802 se crea el Presidio de Cádiz y al frente del mismo se nombrará al Teniente Coronel Francisco Javier Abadía. Para su gobierno, se promulgaron dos Reglamentos, en agosto de 1802 y en marzo de 1805. La importancia del presidio gaditano «*reside en que, además de constituir una experiencia bastante innovadora, sus resultados fueron muy apreciados por los observadores, y prontamente se pensó en trasladar el modelo al resto de la península*» (24).

---

ponentes retributivo, preventivo general, utilitario y correccional-reinsertador». Vid. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2003, p. 193.

(22) SALILLAS R.: *Evolución penitenciaria en España*, T. II, Madrid, 1919, p. 219.

(23) SALILLAS R.: *La vida penal...*, ob. cit., p. 243.

(24) BURILLO, F.: *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1999, p. 29.

Para lograr dicho objetivo, tras presentarse dos proyectos en 1806, uno del propio Abadía, avalado por su experiencia al frente del presidio gaditano, y otro de Miguel de Haro, Capitán del Regimiento de infantería de Jaén, una vez refundidos, se promulga el Reglamento General de los Presidios Peninsulares, de 12 de septiembre de 1807, estableciendo uno en cada capital de provincia, que quedan sometidos a la dependencia del Ministerio de la Guerra y, de nuevo, bajo el mando de su Oficiales.

Pero en la primera mitad del XIX se iniciará un proceso para desgajar de esa dependencia a las prisiones. Sin embargo, la separación no será tajante, «sino gradual y progresiva» (25). De ahí que hayamos afirmado que «la mutación de la competencia militar a la civil se produjo de puntillas» (26).

Con la Ordenanza General de Presidios del Reino de 14 de abril 1834, que marca «una línea divisoria» (27) en la legislación penitenciaria española, se da el primer paso para la regulación de los presidios, al margen de la normativa militar. Su alcance fue «impresionante» (28). Un texto «minucioso, digno de aprecio, teniendo en cuenta la época y el espíritu que le animaba, siendo de elogiar, sobre todo, por haber organizado la Dirección General de presidios, creando un centro que diera unidad a este ramo de la administración pública» (29). Llegando a calificarse por mi maestro de «recital emblemático de Derecho penitenciario» (30).

Gestada tres años antes, con el fin de «poner término al estado de desorden en que por lo general se hallan los presidios del reino», se encarga a una Comisión designada por Fernando VII «formar un reglamento general, que conciliase la vindicta pública y la corrección de los penados con las atenciones de humanidad y economía». Cumplida celosamente la encomienda, la Ordenanza General será decretada por la Reina, cumpliendo los deseos de «su augusto esposo».

---

(25) GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho Penitenciario...*, ob. cit., p. 92.

(26) FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del penitenciarismo español*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 22.

(27) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 2.

(28) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 36. En parecidos términos, GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1976, p. 116, califica de «extraordinaria» esta Ordenanza, «pues se trata de un documento excepcional en nuestra historia penitenciaria, aparte de su larga trayectoria, ya que estuvo en vigor desde 1834 hasta 1901».

(29) LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, ob. cit., p. 14.

(30) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 36.

Tras su real firma, tuvo «la gloria» (31) de estampar la suya el Ministro de Fomento Javier de Burgos.

A partir de entonces todos los presidios del reino dependerán del Ministerio de Fomento (32) y su gobierno superior estará a cargo de un Director General (33). Sin embargo, en su régimen interior, siguen sujetos a la disciplina militar. Y para que se observe la misma, dispone el artículo 20 de la Ordenanza que «*se emplearán en el gobierno particular de los presidios individuos procedentes del Ejército o Armada en comisión*».

De la pluma del maestro García Valdés (34) la sencilla explicación: «la Dirección General de Presidios carecía de personal propio y todos los puestos de mando se cubrieron con oficiales, suboficiales y cabos del Ejército, de la Armada, milicias o cualquier clase de tropa, poco vocacionados las más de las veces, que causaban baja en el servicio de armas o se habían inutilizado para el mismo».

Así, y como apéndices de los cuarteles, dispone la Ordenanza (35) que en cada establecimiento presidial habrá un Comandante, un Mayor, un Ayudante, un furriel y un capataz al frente de cada brigada (de 100 hombres), que se subdividirá en cuatro escuadras (de 25 hombres cada una), siendo mandadas por un cabo de vara (36), «elegidos

(31) LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, ob. cit., p. 14.

(32) Creado mediante Real Decreto de 5 de noviembre de 1832, con la denominación de Secretaría de Estado y Despacho del Fomento General del Reino. Unos días después, el Real Decreto de 9 de noviembre de 1832, establecerá, entre sus competencias, «las cárceles, casas de corrección y presidios».

(33) Así, el Título II de la Ordenanza está dedicado a «la Dependencia y Gobierno Superior de los Presidios». En su Sección Primera «De la dependencia de los presidios», establece en su art. 18: *Conforme a lo prevenido en mi Real decreto de 9 de noviembre de 1832, todos los presidios del Reino dependerán de la Secretaría de Estado y Despacho del Fomento General del Reino*. Y en la Sección Segunda «Del gobierno superior de los presidios», el art. 22 dispone «*El gobierno superior de todos los presidios del Reino estará a cargo de un Director general, que residirá en la Corte a las inmediatas órdenes del Ministerio de Fomento*».

(34) GARCÍA VALDÉS, C.: *Del Presidio...*, ob. cit., p. 13.

(35) Artículos 77 a 81.

(36) Esta figura fue ferozmente criticada por Rafael Salillas considerándolo «un ser hecho a imagen y semejanza del cabo militar, pero hecho con tal levadura y en tal medio, que en vez de resultar lo que el legislador se propuso, es una monstruosidad, simbólica representación del organismo penitenciario... Un ente híbrido, hijo del crimen y de la ley... mitad presidiario sometido a la cadena y a la cuadra y uniformado al igual de sus compañeros, y mitad funcionario público, con sus galones, distintivo de autoridad, y su vara, medio de represión». *Vid.* SALILLAS R.: *La vida penal...* ob. cit., p. 197. Para un estudio más detenido de los cabos de vara, calificados por mi maestro como «la figura más peculiar y paradigmática del sistema penitenciario histórico español», *vid.*, GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit.,

por los Comandantes de entre los penados de mejor disposición y conducta» (37).

Bien lo describe Montesinos (38), «nuestros establecimientos penales, en su régimen interior, se encuentran pues, organizados de una manera análoga a nuestros regimientos, y esta semejanza es tal, que solo se diferencia en que aquellos se componen de individuos con fusiles, caballos, etcétera, y éstos de hombres con su hierro y sus herramientas, pero sometidos todos a las mismas reglas de rígida disciplina». Un rigor cuartelario, aplicado a las prisiones civiles, que es para Salillas (39) «un desdoro militar y un engendro penitenciario», considerando que «cuando la Comisión mixta (civil y militar) redactó las Ordenanzas de presidios, se dejó seducir, sin duda alguna, por la virtualidad de las Ordenanzas militares, sin pensar que las aplicaba a un organismo enteramente contrario. Es el mal de hacer leyes sin conocer las leyes de la vida».

Sin embargo, como acertadamente ha destacado el Catedrático de Alcalá, los militares «se adaptaron pronto, y con extraordinaria competencia, a la nueva tarea de ejercer su autoridad sobre personas recluidas, llenando páginas de nuestra mejor historia carcelaria con gran merecimiento» (40). Procurando corregir a los penados mediante el trabajo, con severidad, pero sin atormentarlos. Entre todos, destaca el Coronel Montesinos. Nombrado Comandante del Presidio de Valencia, el 6 septiembre de 1834 (41), reunía todas las cualidades requeridas por la Ordenanza General para el desempeño del cargo (42). Entendió,

---

pp. 91-106; también sobre «el cabo de vara y su desfigurado sentido» se ha ocupado SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., pp. 225-234.

(37) Los cabos de vara serán suprimidos de los presidios mediante la Real Orden de 30 de diciembre de 1885, reemplazándolos por celadores, «pues repugna considerar como agente de la Autoridad a un individuo que, por pertenecer a la clase de presidiarios, carece del prestigio indispensable para merecer el respeto y la obediencia de los penados». Vid. TEJÓN, V.: *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciario*, Madrid, 1886 p. 63.

(38) MONTESINOS, M., «Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia, Reforma de la Dirección General del Ramo, y sistema económico del mismo», (Valencia, 1846), publicado en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, p. 261.

(39) SALILLAS R., *La vida penal...* ob. cit., pp. 193-194.

(40) Así, «Abadía, Comandante-Director de Cádiz y Málaga; Montesinos, de Valencia; Alegret, de Ceuta; Puig y Lucá, de la Ciudadela de Barcelona; Guyón, de Zaragoza; Haro, de Granada o el Capitán General de Andalucía, Don Tomás Morla». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del Presidio...*, ob. cit., p. 13.

(41) Interinamente, nombramiento que se le revalidó en propiedad el 25 de julio de 1837.

(42) El art. 84 disponía que debía: «tener carácter firme, integridad, lealtad y aptitud». Además, entre sus deberes, el art. 86 establecía que «deberá ser exactísimo,

como ningún otro, su relevante cometido y supo llevar a la práctica un nuevo sistema, «con riesgos, entusiasta, enmascarado en la legalidad» (43) e «inspirado en un profundo sentido de humanidad» (44).

En sus *Reflexiones*, publicadas tras 12 años de experiencia en el ramo, el mismo Montesinos relata su firme convicción del objetivo de las penitenciarías, «cuyo instituto más bien que mortificar debe ser corregir, recibiendo en su seno hombres ociosos y malintencionados, para devolverlos a la sociedad, honrados y laboriosos ciudadanos» (45). Inculcó en sus subalternos el trato afable y respetuoso con los reclusos, pensando en ellos a futuro, enseñándoles un oficio, premiando el trabajo y la buena conducta, aliviando las cadenas. En definitiva, infundiendo esperanza a los penados, con el fin de fomentar su corrección. Y todo ello porque como el propio Montesinos decía «el oficio de la justicia no es vengar, sino corregir» (46). De ahí, que se haya considerado «el modelo que deben imitar cuantos sean llamados a regir una Prisión» (47), e incluso «el modelo ideal del Funcionario de Prisiones (...), pues realmente su figura humana y profesional es una verdadera anticipación en el conjunto de cualidades que la mentalidad de la época concebía en la profesión y suponía o exigía de los que a ella se consagraban» (48).

Por todo ello, el sistema ensayado por el Coronel Montesinos ha merecido sobresaliente estima, «por cuanto siempre pensó, y su pensar discurre por entre su praxis penitenciaria, que el penado recobraría la libertad y, en consecuencia, la esperanza en su corrección es la vértebra fundamental, en la que descansa la ideología penitenciaria de este gran reformador de personas» (49).

---

prudente e imparcial en el cumplimiento de sus obligaciones, incansable en acumular medios de perfección y de prosperidad en su Establecimiento, y atento siempre a morigerar a los penados de que cuide, para que corregidos de sus vicios se habitúen al trabajo y sean útiles a la sociedad y a sí mismos, después de haber purgado debidamente sus delitos y satisfecho la vindicta pública».

(43) GARCÍA VALDÉS, C.: *Del Presidio...*, ob. cit., p. 51.

(44) CUELLO CALÓN, E.: «Montesinos precursor de la nueva penología», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, p. 44.

(45) MONTESINOS, M.: «Reflexiones...», ob. cit., p. 254.

(46) MONTESINOS, M.: «Bases en que se apoya mi sistema penal» (1846), publicado en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, p. 290.

(47) LASTRES F.: *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, Madrid, 1875, p. 103.

(48) MORO RODRÍGUEZ, A.: «La personalidad y la obra de Montesinos ante el juicio de sus contemporáneos en España, y a la luz de los documentos originales conservados», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, p. 483.

(49) DEL ROSAL, J.: «Sentido reformador del sistema penitenciario del Coronel Montesinos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, p. 73.



Los excelentes logros alcanzados en el presidio valenciano, tuvieron el merecido reconocimiento gubernamental y reflejo legislativo. De ahí, que mediante Real Orden de 11 de enero de 1841, manteniéndole como Comandante del citado presidio, se le nombre, «con pleno acierto, gran sentido común y voluntad de sincero reconocimiento» (50) Visitador General de las prisiones de la península.

Así, en el apartado 11 de la citada Real Orden se dispone que «A fin de que todas estas disposiciones puedan tener pronto y cumplido efecto, la Regencia provisional ha tenido por conveniente nombrar al Coronel Comandante del Presidio de Valencia D. Manuel Montesinos, y con retención de esta comisión que tan dignamente ha desempeñado, según lo demuestra el brillante estado en que aquel se encuentra, para que con arreglo a las instrucciones que de la Dirección reciba, proceda a verificar una visita general de todos los establecimientos presidiales de la Península, procurando con el celo del que ha dado pruebas, y utilizando sus especiales conocimientos en la materia, corregir las faltas que advierta y hacer efectivas las reformas y mejoras indicadas, a cuyo efecto deberán prestarle los Jefes políticos todo el apoyo que esté al alcance de su autoridad».

Además, su influencia se vio reflejada positivamente en numerosas normas posteriores. Como afirma Del Rosal (51), «su idearium penitenciario cristalizó a las claras en el Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios del Reino (de 1844) y su legado penitenciario, pleno de enseñanza, cifrado en este Reglamento, en cuyo texto se aloja el sistema de Montesinos, es una clara lección al mundo de humanidad y consuelo y de esperanza en la corrección del penado» (52).

La idea de la corrección del penado, apuntada en el Preámbulo de la Real Ordenanza, ya flotaba en el ambiente de la época e irá ganando protagonismo a lo largo del XIX, como una «de las peanas básicas que informaran el cumplimiento de las penas privativas de libertad» (53), marcando con ello la función de los encargados de ejecutarla. Así, como bien intuyó Cadalso (54), se inicia un «periodo de transición», en el que

---

(50) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 18. En parecidos términos, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., pp. 184-185.

(51) DEL ROSAL, J.: «Sentido reformador del sistema penitenciario...», ob. cit., p. 72.

(52) También advierte en este Reglamento «la mano del Coronel Montesinos» BUENO ARÚS, F.: «Cien años de legislación Penitenciaria (1881-1981)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, enero-diciembre 1981, p. 65.

(53) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 16.

(54) CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, p. 332.

«siguió siendo militar el personal y la disciplina, pero con tendencia a hacerse civiles, así el uno como la otra, porque con el sistema de coerción y el fin utilitario mantenidos hasta entonces, casi de un modo exclusivo, se trata de armonizar la suavidad en el régimen y la corrección del penado, que más tarde habrían de tener el debido desarrollo».

Pero la verdadera separación de los presidios civiles de los militares aún tardaría en llegar. Tras la publicación de la Ordenanza, surgieron cuestiones de competencia entre el Director General de los Presidios civiles y la jurisdicción de Marina, de modo que fue preciso dictar diversas disposiciones adicionales, con la finalidad de ir resolviendo los conflictos que planteaba el cambio de dependencia (55).

La solución llegaría con la promulgación de la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, que confirma la separación, pasando a depender los presidios civiles del Ministerio de la Gobernación (56), quedando los militares bajo la dirección del Ministerio de la Guerra. Por ello, como bien apunta García Valdés, con la promulgación de esta Ley «la divergencia de los dos Derechos Penitenciarios, civil y militar, empieza a consumarse» (57) y, pese a su brevedad, «ostentará el innegable mérito de fijar para siempre esa diferenciación que le dará alas al Derecho penitenciario común en detrimento del castrense» (58).

Sin embargo, el personal de los centros carcelarios civiles seguirá siendo castrense (59). Como apunta Castejón (60), «el carácter militar en los empleados fue exigido posteriormente en el Real Decreto de 25

---

(55) Por ello, mediante la Real Orden de 25 de febrero de 1835 se determinó que los Presidios Arsenales no se hallaban comprendidos en la Ordenanza de 1834, disponiendo, como excepción de la regla general, su entera y absoluta dependencia de las autoridades de Marina.

(56) Art. 1: «*Todas las prisiones civiles, en cuanto a su régimen interior y administración económica, estarán bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación del Reino*».

(57) GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho Penitenciario...*, ob. cit., p. 116.

(58) GARCÍA VALDÉS, C.: «Breve historia del Derecho penitenciario...», ob. cit., p. 21.

(59) En este sentido, considera Serrano Patiño que «no podemos constatar una separación absoluta entre los distintos establecimientos penitenciarios con la Ley de 1849, ya que los empleados de las prisiones civiles seguían siendo militares, con nombramiento expedido por el Ministerio de Gobernación en el caso de los presidios peninsulares y por el Ministerio de Ultramar para los situados en ultramar aunque, siempre y en ambos casos, serían nombrados a propuesta del Ministerio de Guerra, de lo que se colige que esta separación no ocurrirá sino el 23 de junio de 1881, fecha en la que se crea el Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales, que prestarán servicios en las prisiones civiles». Cfr. SERRANO PATIÑO, J. V.: *El Sistema Penitenciario Militar Español*, Colección Premios Victoria Kent, Ministerio del Interior, Madrid, 2013, p. 24.

(60) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 65.

de octubre de 1857 para los presidios de la península, y en 1868 para los de Ultramar».

También Salillas (61) nos recuerda que «tan vivo se ha manifestado siempre el criterio militar en la organización de nuestros presidios, que en 1869 (17 de mayo) el Director general de Beneficencia, Sanidad y Establecimientos penales, propuso la siguiente organización del personal en su parte directiva: Comandante (elegido de entre la clase de Coroneles o Jefes de Administración civil); Ayudante primero (de entre la clase de Comandantes o Jefes de Negociado); Ayudante segundo (de la de Capitanes u Oficiales primeros o segundos de Administración civil); Sargento mayor (de la de Tenientes u Oficiales de Administración civil), y Sargento brigada».

Y aun en 1877, «esa Dirección General, ya denominada de Establecimientos Penales, todavía se planteaba si debía seguir con la organización semi-militar» (62). La duda se resuelve 4 años después, con la creación del Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales, mediante Real Decreto de 23 de junio de 1881. Con ello, se van asentando las bases para la consolidación del penitenciarismo civil.

### III. LA CREACIÓN DEL CUERPO DE EMPLEADOS DE ESTABLECIMIENTOS PENALES

Acorde con la nueva finalidad de las penas privativas de libertad, a partir de la segunda mitad del siglo XIX la función del personal encargado de ejecutarlas sufrirá una transformación radical. Las disposiciones que irán regulando su organización son paralelas a las de la reforma de los establecimientos penales. Entonces, «desaparece el antiguo carcelero, surgiendo en sustitución del mismo un hombre cuya misión constituye un auténtico servicio a los presos, tratando de conducirles y dirigirles hacia su reforma, y a la sociedad» (63).

A, una vez asentada la ideología correccionalista, que debía impregnar la reforma del sistema penitenciario, fue creciendo la necesidad de contar con empleados capacitados para ejercer la función primordial de la enmienda de los penados. Ese noble empeño de corregir

---

(61) SALILLAS R., *La vida penal...* ob. cit., pp. 148 y 149.

(62) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 55.

(63) GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria...*, ob. cit., pp. 249-250.

a los criminales, el lado más humano de la profesión, que requiere de los mejores. La experiencia lo ha demostrado.

Como evoca Lastres (64) «un funcionario digno de gran respeto y veneración, el coronel Montesinos, director que fue del presidio de Valencia, nos ha dejado una prueba concluyente de lo mucho que puede conseguirse siguiendo un sistema racional, que no se parezca a los procedimientos mecánicos empleados hasta el día, procurando sobre todo salvar siempre el pudor y la dignidad humana, pues dando al hombre idea de lo que es, pronto se consigue que sea lo que debe ser». También Salillas (65) recurre al mismo ejemplo, para acentuar que «un buen empleado en una prisión de hacinamiento puede, como Montesinos en el presidio de San Agustín, crear un sistema; y un empleado sin vocación ni aptitudes, convertiría en Saladero la cárcel celular».

De ahí que la mejor doctrina penitenciaria del momento destaque la trascendental labor encomendada al personal penitenciario, «sobre los que descansa el hábito de la puesta en práctica de esa función correctora» (66). Concepción Arenal es rotunda al apuntar que «si aspiramos a reformar nuestras prisiones, no es posible alcanzar el fin rechazando los medios, y el más indispensable, el primero, es un personal adecuado» (67), añadiendo más tarde que «el valor de un sistema penitenciario depende muy principalmente de los que lo ponen en práctica» (68).

Por ello, la selección y formación del personal encargado de la ejecución de las penas privativas de libertad fue un tema recurrente, incluyéndose en los programas de diversos Congresos Penitenciarios, como cuestión que debía ser objeto de debate para la mejora y el progreso de las instituciones penitenciarias, que tanto preocupaban a los Gobiernos de la época. Así, en el de Londres, celebrado en 1872, se abordó por vez primera «si debían crearse escuelas para la preparación de los oficiales de prisiones y para qué clase de oficiales». Posteriormente, en el Congreso de Estocolmo de 1878, figuraba, como asunto que debía discutirse, «la creación de escuelas normales para preparar en su misión a los vigilantes de prisiones ¿debe ser considerada como deseable o útil para el éxito de la obra penitenciaria?».

(64) LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, ob. cit., p. 20.

(65) SALILLAS R., *La vida penal...* ob. cit., p. 424.

(66) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 38.

(67) ARENAL, C.: *Obras completas...*, ob. cit. p. 303.

(68) ARENAL, C.: *Informes presentados a los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes*, Madrid, 1896, p. 148.

Francisco Lastres, enviado a dicho Congreso en representación de España, rinde cumplida cuenta de sus resultados, en la Memoria dirigida al Ministro de la Gobernación (69). Y al respecto de la citada cuestión refleja que «cuantos tienen idea de lo que es la reforma penitenciaria, convienen en que las leyes bien pensadas, los edificios bien contruidos y los reglamentos bien ordenados, son enteramente inútiles, si la custodia y corrección de los presos y penados se encomienda a funcionarios de poca moralidad o faltos de los conocimientos necesarios para cumplir la elevadísima misión que están llamados a desempeñar» (70).

También Concepción Arenal, respetada pensadora y ponente habitual en tales Congresos, tenía claro que el medio indispensable para lograr la corrección de los penados es «un personal adecuado, un cuerpo facultativo penitenciario, con conocimientos apropiados, con organización, con seguridad de ocupar su puesto mientras cumpla con su deber, con derecho a recompensa proporcionada, y con la consideración que merece quien desempeña la más alta misión que puede confiarse al entendimiento y a la conciencia humana» (71).

Se convencieron así los poderes públicos de que para alcanzar la reforma penitenciaria era indispensable contar con buenos empleados de prisiones, honrados y de aptitud reconocida. Para conseguirlo, se dictaron disposiciones de verdadera importancia, en las que se fijaban las condiciones que debían reunir los que aspirasen a ser empleados en las prisiones, marcando los conocimientos que debían poseer, otorgándoles garantías suficientes de estabilidad.

Pero antes, fueron conscientes de que había que acometer un cambio en su organización.

El primer intento de reformar la organización del personal empleado en los establecimientos penales se produce con el Decreto de 20 de diciembre de 1873, «que marca un hito en cuanto a los nuevos nombres de los cargos que existirán en los establecimientos penales» (72). Se dividió a los empleados en tres Secciones: la disciplinaria, la económica y la facultativa, todas ellas bajo la superior inspección de un Jefe del establecimiento. Formando parte de la sección disciplinaria, el Inspector, los Subinspectores y los Celadores. La económica se componía de Contadores, Oficiales de contaduría y Escri-

---

(69) Publicada en diversos números de la *Gaceta de Madrid*, del 6 al 10 de septiembre de 1879. También, íntegramente, en sus *Estudios Penitenciarios*, ob. cit., pp. 31-76.

(70) LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, ob. cit., p. 55.

(71) ARENAL, C.: *Obras completas...*, ob. cit. p. 303.

(72) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 56.

bientes; y a la facultativa pertenecían los Médicos y Profesores de instrucción primaria.

Pero no resultó ser efectivo, ni «propició la deseable seguridad en la normativa de los empleados de prisiones que regulaba su relación con la administración» (73). Y es que, «a partir de esta fecha, cada reforma en la organización del personal va seguida de otra disposición que la deroga o deja sin efecto» (74). En este caso, lo fue por Decreto de 16 de enero de 1874, que restablece la legislación anterior. En su preámbulo se exponen los motivos: «la penuria del tesoro, que por una parte nos impide aumentar con nuevos gastos la cifra enorme de nuestro presupuesto, y por otra, a la necesidad de estudiar detenidamente este asunto (la reforma penitenciaria), a fin de resolver de una vez todas las diversas cuestiones que se presentan al pretender dar nueva forma a nuestros establecimientos penales». En definitiva, el legislador dice quiero y el presupuesto no puedo. Como bien apunta Castejón, «la penuria del tesoro público es la suprema razón que se invoca para agostar las más fecundas iniciativas» (75).

Será en 1879, con el Real Decreto de 12 de agosto (76), cuando «parece propio variar las denominaciones militares de Comandantes, Mayores y Ayudantes con que se conocen estos empleos, que no guardan analogía con el carácter puramente civil de los cargos» (77). Además, el entonces Ministro de la Gobernación, D. Francisco Silvela, no deja pasar la ocasión para insistir (78) en la importancia de contar con un personal que responda «a las crecientes exigencias de la opinión en este ramo», así como de su formación, «para coadyuvar eficazmente a la reforma del personal y borrar las preocupaciones que ha acumulado la opinión sobre un servicio de tanta importancia social y tan abandonado por regla general del cuidado y atención de los Gobiernos». De ahí las modificaciones propuestas respecto a los nombramientos, «sujetando todos los que se hagan desde la publicación de este Decreto a un concurso (...) que garanticen mayor acierto en las designaciones, y den un carácter más exclusivamente administrativo al Cuerpo».

(73) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 56.

(74) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 58.

(75) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 58.

(76) Publicado en el *Boletín Oficial* de 20 de agosto de 1879.

(77) Así, conforme a lo establecido en su artículo 1.º, se decreta que «el Cuerpo de empleados de Establecimientos penales se compondrá por ahora, y hasta tanto que se publique la ley general sobre reforma penitenciaria, de Directores de Penitenciaría de primera clase, de segunda y de tercera; Inspectores de primera, de segunda y de tercera, y Celadores primeros, segundos y terceros».

(78) En la Exposición de motivos.

Pero, otro Real Decreto, de 16 de marzo de 1880 (79), presentado por un nuevo Ministro (80) suspendió sus efectos, en atención a que «la reorganización del personal debe hacerse paralelamente a la reforma de los establecimientos». Además, se expone que «la falta de individuos que se presentaran a sufrir los exámenes y a la provisión de los concursos, ha imposibilitado su cumplimiento». Por ello, y «con el objeto de evitar que a la sombra de aquella disposición, y dado el escaso número de aspirantes, se nombren empleados que careciendo de las cualidades que necesitan para el régimen de los presidios y de las cárceles, adquieran sin embargo derechos que los hagan inamovibles, aconseja la prudencia suspender por ahora sus efectos».

No basta con elevar a precepto legal que los funcionarios son la base de la función reformadora, también es necesario encontrar el personal adecuado y dispuesto a ejecutarla. Así, como señala Fernández Moreno (81) «es preciso que tenga el empleado conocimiento pleno de la trascendencia de su cometido y que se sienta capaz de contribuir a la obra de regeneración emprendida por el Estado, coadyuvando a las exigencias moralizadoras que ha de observar sobre el detenido». Se trata, por tanto, en palabras del maestro García Valdés (82), que los funcionarios asuman «esa responsabilidad que les corresponde como destinatarios de llevar a buen término la función reformadora, carga legal que se manifiesta cuando deben ejecutar las directrices que se dictan con ese fin».

A estas alturas del decimonónico ya estaban asentadas las bases para lograr la tan ansiada reforma penitenciaria. Se invocaban en cada disposición publicada, pero se resistía a quedar plasmada en la práctica y el penoso estado del erario público tampoco ayudaba, siendo «el escollo en que tropiezan todas las ideas salvadoras de nuestra administración penitenciaria» (83). Los gobernantes son conscientes de la necesidad de acometer reformas en los establecimientos penales, de la importancia de organizar un cuerpo de empleados y de los requisitos que han de exigírseles para el buen desempeño de la trascendente misión de corregir a los penados. Saben que deben modificar las condiciones de acceso a esta profesión, otorgarles garantías de inamovilidad para que resulte más atractiva y que el medio más adecuado es el examen y la oposición, que tan buenos resultados ha dado en otras

---

(79) Publicado en la *Gaceta de Madrid* núm. 81, de 21 de marzo de 1880.

(80) D. Francisco Romero y Robledo.

(81) FERNÁNDEZ MORENO, A.: *El fin de la pena o preceptos correccionales*, Madrid, 1929, p. 34.

(82) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 40.

(83) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 7.

carreras civiles del Estado. Aunque también asumen que la transición a esta nueva organización ha de ser paulatina. En este ramo de la administración nada es fácil, todo es lento y progresivo.

Todas estas consideraciones son invocadas por el nuevo Ministro de la Gobernación, D. Venancio González, al someter a la aprobación regia el Real Decreto de 23 de junio de 1881, tomando la iniciativa de crear el Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales. Con su promulgación, quedan derogados todos los decretos y disposiciones anteriores referidos a organización y condiciones de dicho personal.

Así, el «gran político que vivió, compartió y remedió, cuanto pudo y como pudo, muchos de los problemas carcelarios de su época» (84), fundamenta en su Exposición (85) que «importa a la corrección de los penados y al buen régimen a que hayan de estar sometidos durante su reclusión, tanto como la reforma de los Establecimientos penitenciarios, la organización del Cuerpo de funcionarios públicos que hayan de estar al frente de aquellos; cuidando, en cierto modo, de la educación de los confinados, y procurándoles todo el bienestar compatible con su situación triste y con la carencia de su libertad». Y entre las razones por las que considera necesario modificar la condiciones de acceso al mismo, «el notorio desdén con que viene mirándose esta carrera, sin duda la menos solicitada de todas las que se cuentan al servicio del Estado (...) el abandono con que ha dejado de exigirse a sus individuos garantías de suficiencia, de rectitud y de otras diversas condiciones igualmente indispensables para el buen desempeño de sus funciones, de las cuales es acaso la más interesante la de dar buen ejemplo con su conducta a los reclusos».

De ahí, y para convertir dicha carrera en un «Cuerpo cerrado», se motiva que para poder acceder al mismo «sea necesario previamente mostrar una rectitud e idoneidad tales que a lo menos ofrezcan una garantía de que los funcionarios del Cuerpo conocen de antemano sus deberes y los adelantos de la ciencia por lo que toca a la educación de la población penal que les haya de estar sometida». Para alcanzar dicho objetivo «ningún medio mejor que el del examen y la oposición». Ahora bien, demostrada de esta manera su especial aptitud, se considera «lógico» que «haya de otorgarse a los individuos la garantía de la inamovilidad, tan escaseada desgraciadamente para los cargos

---

(84) ZAPATERO SAGRADO, R.: «Apuntes para un estudio sobre la obra y figura de D. Venancio González», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, enero-diciembre de 1981, p. 216.

(85) Real Decreto de 23 de junio de 1881, publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 175, de 24 de junio de 1881, pp. 854-855.



administrativos en nuestro país, y que necesariamente ha de influir en el ánimo de los funcionarios del Cuerpo de Establecimientos penales para que procuren mantener el que definitivamente se halle a su cargo a la mayor altura, demostrando en su organización, en la mayor suma de trabajo, y en la tranquilidad y el bienestar de los penados, una capacidad superior que les dé opción a distinciones honoríficas y a premios efectivos que con este fin se crean».

Como base esencial del proyecto, «la separación en cargos distintos e independientes de las funciones de vigilancia y administración». Y como dificultades añadidas, «la forma en la que ha de hacerse la transición de la organización actual de la carrera a la nueva que se propone, y la consideración que han de merecer los servicios prestados y los derechos adquiridos en este concepto por los actuales funcionarios públicos destinados a los Establecimientos penales».

Como solución para la primera, «no llegar a la constitución definitiva del Cuerpo sino paulatina y periódicamente» y para la segunda, siendo justo, «reconocer la condición de individuos del nuevo Cuerpo en la categoría correspondiente a aquellos que hayan prestado sus servicios en el ramo durante un largo periodo de tiempo, dejando preferencia para el ingreso, en igualdad de calificaciones, para aquellos cuya antigüedad sea menor, aunque digna siempre de ser tomada en cuenta como garantía de que poseen ciertos conocimientos prácticos».

Entusiasta y con visos de futuro, finaliza el Ministro su exposición, considerando que con estos medios, «fácil ha de ser crear un personal que por su idoneidad y honradez pueda coadyuvar con provecho a la aplicación de los distintos sistemas penitenciarios que puedan irse aplicando según los adelantos de la ciencia».

Calificado de «reforma de las reformas» (86), la publicación de este Real Decreto, que vuelve a emprender la obra iniciada por Silvela, «vino a llenar una necesidad social y administrativa» (87). Aplaude la iniciativa Concepción Arenal (88), que ve con satisfacción la creación de un Cuerpo especial de funcionarios, «coadyuvando a la reforma de los presidios y las cárceles, en vez de hacerla imposible». De ahí que felicite al Ministro «por su buen propósito y plausible determinación».

---

(86) SALILLAS R., *La vida penal...*, ob. cit., p. 424.

(87) DÍAZ DE CEBALLOS, A.: *Legislación de prisiones*, Madrid, 1929, p. 15.

(88) ARENAL, C.: *Obras completas...*, ob. cit., p. 493.

Así, la fecha de 1881 «marca el inicio de la regulación general de la normativa de los funcionarios de los Establecimientos penales» (89) y a partir de este momento, comienza «una nueva era en las instituciones carcelarias» (90). De ahí que Cuello Calón, para conmemorar el 64 aniversario del Cuerpo de prisiones, titulara su contribución, acertadamente, «Del carcelero del tiempo pasado, al funcionario penitenciario del presente» (91).

Entre sus trascendentales reformas, la refundición en el recién creado Cuerpo de los cargos existentes aun en los presidios y cárceles, así como su división en dos Secciones: la primera de Dirección y Vigilancia, y una segunda de Administración y Contabilidad (92). Así, los actuales Comandantes y Alcaldes se denominarán Directores, y Vigilantes los restantes empleados que ejercen dicha función (Ayudantes, Sota-Alcaldes, Capataces, Celadores, Porteros y Llaveros), quedando comprendidos en la primera sección. En la segunda, los Mayores, que recibirán el nombre de Administradores, los Furrieles, que serán Oficiales de Contabilidad y el resto del personal administrativo, que pasarán a ser Subalternos.

Deja establecido el Real Decreto el sistema de acceso al Cuerpo, siendo provistas las plazas mediante concurso público, por examen u oposición en función de la categoría, así como las materias a las que se someterán los aspirantes, que han de certificar su buena conducta moral y no haber sido condenados por delito alguno. Para mayor concurrencia y publicidad, se anunciarán las convocatorias en la Gaceta.

---

(89) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 60. Al respecto, señala RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 364-365, que «desde entonces, el cuerpo civil de funcionarios de prisiones se fue imponiendo poco a poco en el sistema penitenciario español, logrando apartar la influencia militar de los establecimientos penales».

(90) ZAPATERO SAGRADO, R.: «En torno a una fecha: el 23 de junio de 1881», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 216-219, 1977, p. 342. Para BUENO ARÚS, F.: «Cien años de legislación...», ob. cit., pp. 66 y 67, con este Real Decreto «arranca la primera etapa de los cien años de legislación penitenciaria española», que califica como «la historia del origen, afianzamiento, culminación y transformación científica del sistema progresivo».

(91) CUELLO CALÓN, E.: «Del carcelero del tiempo pasado, al funcionario penitenciario del presente», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 3, junio de 1945, pp. 29-30.

(92) Una dualidad que según Concepción Arenal «no tiene razón de ser en teoría, y que, por consiguiente, dará fatales resultados en la práctica (...) la creación de las secciones administrativa y de vigilancia, dará lugar a rivalidades, tropiezos y aun conflictos, establece dualismo donde debe haber unidad, y lleva elementos de discordia donde es tan necesaria la armonía». Vid. ARENAL, C.: *Obras completas...*, ob. cit., pp. 494-495.

Para realizar adecuadamente la transición a la nueva organización, dispuso el Real decreto (93) que «en cada uno de los primeros cuatro años hasta la constitución definitiva del Cuerpo se hará una convocatoria de exámenes y de oposiciones para proveer en sus diferentes categorías la cuarta parte del personal de que se ha de componer el Cuerpo». Asimismo, hasta que se haga la primera convocatoria para la admisión de aspirantes al Cuerpo en sus dos Secciones, se establece que «el Ministro de la Gobernación podrá nombrar libremente el personal entre los cesantes del ramo con buenas notas, y a falta de estos, entre los de la Administración general» (94).

Concepción Arenal, que tanto habían anhelado la creación de este Cuerpo, tras examinar detenidamente el Real Decreto, le augura mal porvenir. Se teme que «por la mala organización de los elementos de que se compondrá el personal de presidios; por la poca instrucción que se exige; por la preferencia que se da a los actuales empleados en las oposiciones, y el suprimirlas para los antiguos; y por el descrédito, que no puede combatirse eficazmente con los medios empleados, el Cuerpo de Establecimientos penales seguirá inspirando el mismo desdén de que habla el preámbulo, el cargo de empleado en él continuara siendo odioso, como decía la Dirección, la reforma resultará ilusoria, y lo único positivo será dar derechos que constituirán otras tantas dificultades, el día en que con medios adecuados se quiera plantear reforma verdadera» (95).

Dificultades en la ejecución práctica de lo proyectado darán la razón a la ilustre pensadora. Pero este gran avance no podía torcerse y menos anularse.

De ahí, que transcurridos cinco años desde su promulgación, mediante Real Decreto de 13 de junio de 1886 (96), se introduzcan algunas modificaciones que la experiencia aconseja en la aplicación del decreto de 1881. Advirtiéndose que «más que reformas son ampliaciones que desenvuelven y llevan a debido cumplimiento el espíritu que la inspiró y algunos preceptos que iniciados no tuvieron en la práctica todo su conveniente desarrollo».

Su propio creador (97) hace balance de la observancia de la norma fundacional del Cuerpo, advirtiendo que «está sin cumplir en parte muy principal el Real Decreto de 1881, no abrogado ni suspenso por otro precepto legal alguno, y solo sujeto a una preterición y eclipse en

---

(93) Art. 16.

(94) Art. 20.

(95) ARENAL, C.: *Obras completas...*, ob. cit., p. 499.

(96) Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 167, de 16 de junio de 1886.

(97) D. Venancio González.

la práctica». Tras señalar que se han verificado oposiciones y exámenes «que dieron ingreso en los nuevos escalafones formados, según marcaba el Real decreto, a un personal apto e inteligente que desempeña la mitad de los cargos del referido Cuerpo», lamenta que quede aun la otra mitad, «entregado a la libre elección, y por lo tanto, sujeto a las vicisitudes de las mudanzas ministeriales y al inseguro desempeño de quien oscila entre las cesantías y los ascensos, según la desgracia o el favor de sus protectores».

Por ello, proclama que «tan indiscutibles son las ventajas del ingreso en las carreras del Estado por medio de la oposición y el examen, prueba pública de la competencia justificada, que aprobándolo todas las escuelas políticas, solo existen diferencias sobre las discretas etapas de una transformación, que hecha por partes regenera e intentada de golpe convertiría en un caos la Administración pública. Dispuso por tales razones el Real decreto la reforma de este Cuerpo en el término de cuatro años, proponiéndose por cuartas partes la renovación, de la que se ha verificado ya la mitad, existiendo hoy la anomalía, algún tanto perturbadora, del antagonismo entre dos clases de funcionarios de un mismo cuerpo que obedecen a diverso origen y que disfrutan de distintos derechos y escalafones».

Además, destaca que «la experiencia ha venido a demostrar que siendo mejores títulos los conquistados ante un tribunal de examen severo y justo, no empecen ni dificultan la acción fiscalizadora de la Administración central y los correctivos saludables cuando existan deficiencias prácticas en quien obtuvo un veredicto de idoneidad teórica». En consecuencia, y puesto que ha pasado con exceso el tiempo prefijado en 1881, entiende que «todo aconseja y recomienda para el mejor servicio público la provisión por oposiciones y exámenes de todas las plazas de libre nombramiento».

A pesar de estas consideraciones, y como no podía ser de otra manera, el Gobierno sigue sintiendo predilección por cuantos llevan determinados años de entrega, dedicación y buenos servicios en la ruda tarea que imponen la administración y vigilancia de los Establecimientos penales. De ahí, que «solo cuando los funcionarios antiguos, que no han comprobado su aptitud ante los tribunales de examen, revelen evidente deficiencia, se someterán las vacantes a la opción de examinandos u opositores que no hayan servido en el ramo».

Pero la tarea de aplicar lo aprendido memorísticamente requiere su tiempo y el filtro de la oposición no siempre es garantía de competencia. Por ello, se advierte la necesidad de consignar como precepto lo que la práctica viene probando. Así, como se expone, «suele acontecer que demostradas ante un tribunal examinador la capacidad téc-

nica y teórica del aspirante a funcionario, resultan luego, ya por falta de carácter o de diligente celo, lamentables deficiencias en el ejercicio del puesto brillantemente obtenido». De aquí, que se establezca «la conveniencia de que no deban ser confirmados en los respectivos destinos cuantos resulten nombrados por los tribunales competentes sino después de la práctica de un año, época suficiente para que demuestren con su conducta la aptitud material, sin la que suele ser ilusoria la capacidad teórica única que se demuestra en los exámenes y oposiciones».

Pese a las complicaciones, una vez creado el Cuerpo, aún parece preciso completar la meritoria obra de su creador para lograr su consolidación, asentándolo sobre las sólidas bases que la experiencia va proporcionando. A ello se dedica la posterior normativa, y cada nuevo responsable del ramo, como si de tejer y destejer se tratara, desea dejar su impronta. Pese a todo, este personal «logrará mantener su marcha ascendente y esperanzadora» (98).

Así, seis meses después, mediante Real Decreto de 13 de diciembre de 1886 (99), el nuevo Ministro de la Gobernación, D. Fernando de León y Castillo, procede a reorganizar el Cuerpo de empleados de Establecimientos penales y Cárceles. Una vez constituido, con los funcionarios procedentes de las dos oposiciones ya realizadas hasta la fecha, más la que habrá de convocarse en breve, los distribuye de nuevo en tres Secciones: de Dirección y Vigilancia, de Administración y Contabilidad y de Personal Facultativo.

Reconociendo el mérito de la empresa acometida por su digno antecesor «de dotar a tan importante ramo de la Administración pública de un personal formado mediante verdadera selección que venga a ser la mayor garantía posible de su competencia, acreditándola, por lo relativo a sus condiciones intelectuales, con el fallo de un Tribunal ilustrado y recto, y por lo que respecta a aquellas prendas de moralidad y de carácter, más necesarias aún que el saber, con la prueba a que ha de someterse a todos los elegidos, durante cierto período de tiempo, antes de otorgarles el nombramiento definitivo», considera que toca ya a su término.

Y para perfeccionar la labor realizada, merecedora de especial encomio, estima que «procede ante todo establecer, mediante algunas reglas capitales, la organización ulterior de ese Cuerpo, tan trabajosamente creado, condensando los sabios preceptos de los anteriores decretos, esclareciendo ciertos extremos, concordando de un modo sistemático los principios en que se fundan, recogiendo, para comple-

---

(98) ZAPATERO SAGRADO, R.: «En torno a una fecha...», ob. cit., p. 343.

(99) Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 357, de 23 de diciembre de 1886.

tarlos, las enseñanzas de la experiencia, y procurando, en suma, dar al conjunto aquella unidad, solo asequible en momentos como el actual, cuando ya cabe apreciar sintéticamente los sucesivos resultados de la obra renovadora».

En definitiva, «formar un todo armónico, en el que prevalezcan, no solo los derechos, sino hasta los intereses de los actuales funcionarios y de cuantos aspiren a serlo, favoreciendo a todos por igual; y donde el respeto debido a los hechos y a la realidad presente, ya que impida cualquier innovación profunda, venga a concertarse con las exigencias de un orden racional y de un proceso sistemático; partir, en suma, de lo que existe para desenvolverlo y depurarlo». Tal es el empeño al que obedece el presente Real Decreto.

De ahí, la minuciosa regulación que se lleva a cabo: garantías de permanencia, sistema regular de promociones con los requisitos de la mayor publicidad, facilitar ascensos para abrirles horizontes, recompensa al mérito, rigor inflexible con la falta, Tribunales de personas competentes que den a cada uno lo que en justicia le corresponda. Nada se omite de cuanto la razón y la experiencia aconsejan «para realzar la dignidad de un personal que tanto ha de cooperar a la difícil empresa de convertir el Presidio en Penitenciaría, y que, por lo mismo que a nombre de la Sociedad ha de vivir cerca del culpable, encaminándole al bien, necesita permanecer, más que nadie, limpio de toda culpa, ofreciéndose como verdadero modelo de actividad inteligente y de rectitud intachable».

Mas, como bien apunta Castejón (100), «no se detienen aquí nuestros legisladores». Mediante la Ley de Presupuestos de 29 de junio de 1887, la Dirección General de Establecimientos Penales pasa a formar parte del Ministerio de Gracia y Justicia. Dos años después, el entonces Ministro de dicha cartera, D. José Canalejas, retoma la tarea emprendida por las disposiciones anteriormente citadas, de creación y organización del Cuerpo de funcionarios de Establecimientos penales y Cárceles, con el fin de coronar el noble empeño de sus dignos antecesores (101).

---

(100) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 60.

(101) Sobre la influencia en esta norma, así como en las posteriores, de los sucesos acaecidos en 1888, tras la implicación de D. José Millán Astray, entonces Director de la Cárcel Modelo de Madrid, en el conocido crimen de la calle Fuencarral, que acabará salpicando al Cuerpo de prisiones, desprestigiándolo, *vid.* el interesante estudio de TÉLLEZ AGUILERA, A.: «El crimen de la calle Fuencarral y la reforma penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 261, 2018, pp. 9-48.

Así, mediante Real Decreto de 11 de noviembre de 1889 (102), se vuelve a reorganizar el Cuerpo de funcionarios del citado ramo, que se compondrá de cinco Secciones: Directivo-administrativa, de Vigilancia, Sanitaria, Religiosa y de Enseñanza.

En su Exposición, el Ministro comienza por reiterar la importancia de las cualidades que deben reunir tales empleados, al considerar indudable «que cualquier reforma en materia penitenciaria resultaría fallida, o por lo menos incompleta, no contando con un personal celoso, inteligente, idóneo y de incuestionable probidad». Por eso dedica encendidos elogios a los Reales decretos de 23 de junio de 1881, 13 de junio y 13 de diciembre de 1886, al haber contribuido a la creación del Cuerpo de funcionarios de Establecimientos penales y cárceles, que cree constituido, aunque no enteramente organizado todavía. Estima que «la transcendental obra basada en estas tres disposiciones, debe inspirar la mayor consideración, tanto por los méritos que la avaloran y por la rectitud de propósitos a que obedece, como por haber sido fuente de derechos y de intereses legítimos, acreedores, sin duda alguna, al más escrupuloso respeto».

Lejos de intentar una tarea demoledora, lo que se propone con este proyecto el Ministro es «que el ímprobo trabajo empleado en su formación y desarrollo reciba ahora aquel complemento necesario para que resulte una obra armónica, y aquellas rectificaciones que la experiencia de los últimos años ha declarado inexcusables». De ahí que pase a enumerar sus virtudes: «el Cuerpo de funcionarios de Establecimientos penales y cárceles tiene vida legal, intereses creados, garantías de existencia, y lo que es más importante todavía, anhelos de progreso y regeneración, con los cuales ha de conseguir el prestigio y la autoridad de que disfrutaban sus similares en países más adelantados».

Y tras ello, sus defectos: «pero hay algo en su manera de ser que dificulta la realización de tan excelentes propósitos y deprime y enerva sus estímulos restauradores. No es un cuerpo uniforme, porque está fraccionado en dos secciones independientes con funciones relacionadas, pero inconexas. No tiene unidad de procedencia, porque se ha formado con elementos distintos y en diferentes épocas. No tiene cumplido desenvolvimiento, porque falta en él la función inspectora, que es la verdaderamente selectiva, la que depura, la que crea instinto de conservación y forma ideales de colectividad. No tiene, en fin, el ambiente intelectual preciso para justificar la especialidad de su función, pues carece de un centro donde arraigue y florezca la cultura

---

(102) Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 318, de 14 de noviembre de 1889.

penitenciaria, que por estar entre nosotros sin representación docente, parece que no existe».

Para remediarlo, se propone «lograr la uniformidad refundiendo las Secciones de Dirección y Administración, dejando aparte la de Vigilancia para constituir una guardia especial; procurar la unidad de procedencia con un sistema de educación más ventajoso que el de pruebas improvisadas; crear Inspecciones para regularizar y perfeccionar todos los organismos de esta difícil administración, y abrir a los conocimientos de pedagogía y disciplina penitenciaria una Academia en donde la incapacidad encuentre obstáculo infranqueable».

Con ello, «habrán quedado atendidas las principales exigencias de una buena organización del personal penitenciario, y se ofrecerá a cuantos formen parte de él un porvenir más brillante y desembarazado».

De este modo entiende Canalejas «haber hecho cuanto es posible en las actuales circunstancias para dar constitución adecuada, vida normal y porvenir seguro a un Cuerpo como el de Establecimientos penales y cárceles, llamado a contribuir tan eficazmente al buen éxito de la reforma penitenciaria».

Entre sus principales novedades, destaca la creación de la denominada Escuela Normal, para formar a los empleados y prepararlos para su trascendente cometido. Se traslada a la norma lo que ya se venía reclamando por la mejor doctrina penitenciaria en los diversos Congresos Penitenciarios, siendo el germen de la futura Escuela de Criminología. El genio del que será su fundador, Rafael Salillas, lo venía intuyendo «este Cuerpo necesita como elemento indispensable, un prestigio y una autoridad, sin los que le será imposible realizar su importante misión» (103). Pese al intento, no fue posible instaurarla.

Tras ocupar la cartera de Gracia y Justicia un nuevo Ministro, este Real Decreto será derogado. A Raimundo Fernández Villaverde no le gustan algunas de las innovaciones introducidas, que considera fracasadas, y cree oportuno volver a reorganizar el Cuerpo de empleados de Establecimientos Penales. De ahí que someta a la aprobación de la Reina Regente un nuevo proyecto de reforma, que culmina con la promulgación del Real Decreto de 16 de marzo de 1891 (104).

Pese a reconocer cierta mejora en el régimen, disciplina y moralidad de las prisiones, a la que han contribuido las disposiciones orgánicas anteriores, encaminadas a regularizar la situación de los empleados y a ordenar su ingreso y ascenso en este ramo de la Administración pública, estima que «no abundan las ocasiones y motivos para congra-

(103) SALILLAS R., *La vida penal...* ob. cit., p. 169.

(104) Publicado en la *Gaceta de Madrid*, el 28 de marzo de 1891.



tularse por los resultados obtenidos con la creación del Cuerpo de funcionarios de los presidios y cárceles».

Tampoco le convence la oposición, como filtro para seleccionar a los más capacitados, considerando que «ha defraudado las halagüeñas esperanzas que sus mantenedores abrigaban, sin duda por no detenerse a meditar bastante, que, para ciertos cargos y determinadas funciones son menester, más que el erudito conocimiento de las teorías, dotes de carácter, hábitos de mando, integridad intachable, celo exquisito en el cumplimiento del deber, y un conjunto, en suma, de calidades y virtudes que no se acreditan ni demuestran en el palenque de públicos certámenes».

Manifiesta el Ministro su propósito de presentar a las Cortes un proyecto de Ley, «para dar cumplida satisfacción a las legítimas aspiraciones de la opinión y garantías a un servicio tan importante de la Administración del Estado». Mas, entretanto, considera urgente «atender a necesidades imperiosas que hoy se dejan sentir en la organización y disciplina de los empleados del Cuerpo de Penales».

En primer término, derogar el Real Decreto de 1889, «en el cual se llevaron a extremos, que la experiencia acredita de exagerados, las concesiones a favor de dicha clase, a expensas de las facultades del Centro directivo». De ahí, que suprima algunas de las innovaciones introducidas, que «como toda mera abstracción, han sido letra muerta desde que se publicaron».

Entre ellas, considera que no cabe mantener que los Directores del Establecimiento penal sean Vocales natos de las Juntas locales de Prisiones, pues al estar «llamadas a ejercer una fiscalización constante sobre el régimen y sobre el personal de los penales, se hace difícil que desempeñen desembarazadamente su saludable misión si han de intervenir en sus actos, con carácter de individuos de las mismas, los funcionarios que precisamente deben ser vigilados y pueden llegar a ser corregidos por ellas». En definitiva, que no puedan ser al tiempo Juez y parte.

Por similares motivos, tampoco cree conveniente sostener las Inspecciones, «sacando los Inspectores del propio Cuerpo de empleados», por las siguientes razones: «se priva a los Establecimientos del personal más idóneo encargado de su dirección y se correría el riesgo de desvirtuar las nuevas y delicadas funciones encomendadas a tales funcionarios, erigidos en investigadores cuando podrían volver a ser investigados, y que unidos con sus colegas por vínculos de compañerismo, y en algunos casos de amistad, habrían de luchar a cada paso en el ejercicio de sus nuevos cargos, con los compromisos y dificultades nacidos del espíritu del Cuerpo». De ahí que proponga combinar la

intervención de las Juntas locales con la acción eficaz del Centro directivo, quedando así «atendida cumplidamente esta parte del servicio penitenciario».

Pese a que suscribe la idea de preparar a los funcionarios, mediante una enseñanza especializada, no le genera entusiasmo la creación de la Escuela Normal, al pensar que «solo existe en el orden de las ideas, y que convertir al empleado en alumno ha ofrecido tales dificultades para su constitución, que no ha sido posible implantarla». Pero no abandona el propósito, manifestando su intención de «dar con condiciones prácticas de vida a tan interesante reforma».

En cuanto a la proyectada reorganización del Cuerpo de empleados de Establecimientos penales y cárceles, desea «facilitar la aspiración, hasta ahora no realizada, convirtiendo la numerosa clase de Vigilantes, en su mayor parte interinos, en funcionarios permanentes y estables, siempre que fueren aprobados en el examen a que se les somete, en los mismos puntos en que desempeñan sus cargos, y ante Tribunales competentes».

En esta ocasión, queda dividido el Cuerpo en cuatro Secciones, unificando por completo la Sección Administrativa, comprendiendo en ella «a todos los empleados a quienes incumbe la dirección, administración, régimen y vigilancia de los Establecimientos penales y cárceles». Las tres Secciones restantes, Sanitaria, Religiosa, y de Enseñanza, permanecen sin alterar. Y para todas ellas, se establecen metódicamente los necesarios preceptos que se refieren al ingreso, ascenso, exámenes, concursos, programas y Tribunales, aplicables a cada Sección, al tiempo que se agregan otras reglas comunes sobre licencias, excedencia y jubilaciones, en armonía con la legislación general, «salvando ciertas antinomias que anteriormente existían».

Por último, y con el fin de «ejercer saludable influjo en la moral de los empleados del Cuerpo de Penales», se completa la norma con disposiciones de carácter disciplinario, que se endurece. Así, respecto a lo dispuesto en el Real Decreto de 1889, por virtud del cual los empleados no podían ser separados del Cuerpo sin haber incurrido al menos en tres faltas graves, considera que «semejante lenidad no es posible que subsista con relación a funcionarios que gozan del beneficio de la inamovilidad, que ha de ir acompañado de una responsabilidad mayor, y que tienen bajo su custodia y defensa los importantes intereses morales y materiales de las prisiones». De ahí que «de ahora en adelante, se preceptúa que basta una sola falta grave para poder acordar la separación definitiva del empleado que la haya cometido».

No obstante, también se introducen mejoras y garantías, al determinarse por vez primera «los requisitos y formalidades que deben

concurrir en los expedientes gubernativos, estableciéndose un orden de procedimiento que, al par que consienta allegar elementos de prueba a lo actuado, permita depurar responsabilidades que hoy no podían hacerse efectivas, por deficiencias de los expedientes, instruidos sin reglas fijas señaladas de antemano». De ahí, que se establezca una clasificación de las faltas administrativas, se adopten precauciones para que la arbitrariedad no tenga cabida y se dicten otros preceptos en los que se armoniza el principio de autoridad y la eficacia de las responsabilidades con las garantías de los empleados del Cuerpo.

Va finalizando el siglo XIX, pero habrá que esperar al XX para que se produzca la definitiva consolidación de este Cuerpo, que va adquiriendo sentido corporativo. Así, para defender sus derechos y «como instrumento de lucha contra el desprestigio profesional del personal penitenciario» (105), en 1893 se funda la *Revista de Prisiones* (106), que será dirigida durante años por Fernando Cadalso (107). En su primer número, de 7 de julio, se exponen sus principales objetivos. Entre ellos, contribuir a la mejora de los empleados del Cuerpo de Prisiones (108). Entre sus muchas propuestas, algunas serán posteriormente atendidas.

Precisamente en el núm. 10 de la citada *Revista de las Prisiones*, publicada en 1896, su Director, Fernando Cadalso, consciente de que el personal de los establecimientos penales era el factor más importante de este ramo de la Administración pública, hace balance de su situación hasta la fecha, en un artículo denominado «El Cuerpo de Penales». Sus palabras no pueden ser más clarificadoras: «Compárense lo que eran las Cárceles y Presidios antes de 1881, cuando los empleados eran amovibles, y para nombrarlos solo se atendía al favor y a la influencia, con lo que han sido poco después de creado el Cuerpo especial de funcionarios que en los Establecimientos sirve. No es muy elevado el nivel a que hoy tales servicios se encuentran, en general apreciados, pero era tan bajo en el que se hallaban antes, que la diferencia resalta al primer golpe de vista, aun para aquellos que no han estudiado con detenimiento esta clase de cuestiones. Y si en el tiempo

---

(105) TÉLLEZ AGUILERA, A.: «El crimen de la calle Fuencarral...», ob. cit. p. 44.

(106) Subtitulada «Periódico de doctrina y legislación penitenciarias», se encuentra Disponible en <http://hemerotecadigital.bne.es/details.vm?q=id:0003979609&lang=es>

(107) Entonces Director de la Cárcel Modelo de Barcelona.

(108) NÚÑEZ, J.: «Algunos comentarios sobre las revistas penitenciarias en España durante la Restauración. Una fuente imprescindible (y olvidada) para el estudio del ordenamiento punitivo (1894-1927)», en *Revista Electrónica de Fuentes y Archivos*, núm. 4, 2013, p. 270.

que lleva el Cuerpo de existencia no se ha adelantado más, no debe imputarse a él la marcha lenta y retardada que sigue. Tiene vicios de organización, con los cuales el personal no puede luchar, y menos corregir por sí» (109).

#### IV. DE LA CORRECCIÓN AL TRATAMIENTO: LOS FUNCIONARIOS DE PRISIONES

Recién estrenado el nuevo siglo, se constata lo preciso de un estudio detenido de la situación en que se encuentra la administración y régimen de las prisiones, que se presiente atrasada y precaria. Teniendo en cuenta los progresos de la ciencia penitenciaria, relativos a la corrección de los penados, surge de manera clara y rotunda la necesidad de establecer un adecuado sistema penitenciario. De ahí, que como acertadamente expresa Garrido Guzmán (110), «al comenzar el siglo xx el panorama legislativo cambió resueltamente gracias a la labor de una serie de penitenciaristas que unieron a su papel de publicistas su actuación práctica en el campo de las prisiones: se trataba de Concepción Arenal, Rafael Salillas y Fernando Cadalso, los dos últimos funcionarios de prisiones».

Como resultado de este impulso, con el Real Decreto de 3 de junio de 1901 se instaura definitivamente el sistema progresivo, de «inspiración cadalsiana» (111), pues «ya no se trataba de salvar una situación puntual, localista, sino de implantar todo un sistema. Y es el momento de Fernando Cadalso, de su autoridad y del reflejo normativo de su iniciativa» (112). Lo ensayado por Montesinos en el presidio de Valencia, sobrevuela en la mente de los legisladores, pero al ilustre Coronel no se le hace justicia, pues en el preámbulo de la norma se atribuye la paternidad al irlandés Crofton (113). Como bien señala Lasala (114) «copiaron del extranjero lo que tenían en su propia casa».

(109) CADALSO, F.: «El Cuerpo de Penales», en *Revista de las Prisiones*, Año IV, núm. 10, 15 de mayo de 1896, p. 145.

(110) GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria...*, ob. cit., p. 118.

(111) GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, ob. cit., p. 41.

(112) SANZ DELGADO, E.: «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXV, 2012, p. 163.

(113) FIGUEROA NAVARRO, C.: *Los orígenes del penitenciarismo...*, ob. cit., p. 75.

(114) LASALA, G. «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, p. 96.

Siendo rotundo García Valdés (115), al afirmar que «el sistema progresivo es de meritoria raigambre nacional».

La implantación del citado sistema figura en el plan de reformas que el Ministerio de Gracia y Justicia se propone introducir en la Administración y Régimen de las prisiones, siendo anunciado poco antes por el Ministro D. Julián García San Miguel, en otra disposición, que reúne a todos los funcionarios bajo el nombre de Cuerpo de Prisiones, «sin perjuicio de que inmediatamente volvieran a separarse» (116).

Así, en el Real Decreto de 27 de mayo de 1901 (117), expone que «propondrá la reforma de la legislación de prisiones en cuanto sea necesario, inspirada en el deseo de mejorar la condición del recluso, rodeándole de todas aquellas garantías que considera más apropiadas para llevar a su espíritu el convencimiento de que solo practicando el bien merecerá el respeto y la consideración de la sociedad a la que ofendió con el delito cometido y la satisfacción de todas sus necesidades por medio del trabajo». Reconoce que «se han dado saludables pasos en este camino, así con relación al personal como en la construcción de prisiones correccionales», pero considera que el Estado necesita reformar sus penales, siendo preciso contar con «nuevas penitenciarías en las que el sistema Crofton o irlandés, que ha mejorado notablemente la servidumbre penal inglesa, pueda ser aplicado en toda su extensión».

Y para ello, y de ahí que someta a la aprobación regia este Decreto, «es preciso que el personal de Penales responda a las necesidades de la moderna ciencia penitenciaria, conozca el sistema que ha de aplicar, se sienta inspirado en el estímulo del bien y dispuesto al sacrificio que su noble profesión le impone; y no se conseguirán estos primordiales fines, si todos los funcionarios que prestan servicios en la Dirección general, en los establecimientos penales y en las cárceles, no se inspirasen en el mismo propósito, cooperando por igual al planteamiento de la reforma y velando por el prestigio del Cuerpo, alentados por el deseo de contribuir con su ilustrada cooperación y humanitarios sacrificios al bien de la Nación».

En este sentido, entiende necesario «unificar el personal penitenciario, creando el Cuerpo de Prisiones, del que formen parte los actuales empleados del ramo en sus diferentes servicios, a fin de que estos se desarrollen con la unidad, inteligencia y celo que son precisos para

---

(115) GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, ob. cit., p. 41.

(116) BUENO ARÚS, F.: «Cien años de legislación Penitenciaria (1881-1981)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, enero-diciembre 1981, p. 68.

(117) Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 149, de 29 de mayo de 1901.

que, bajo la acertada dirección de los Inspectores técnicos y la muy ilustrada del Director general, se plantee el nuevo sistema en condiciones de producir los beneficiosos resultados que en todas partes se han obtenido».

Así, en su art. 1.º se establece que «La Dirección general y el Cuerpo de Establecimientos penales formarán un solo organismo, con el nombre de Cuerpo especial de Prisiones», que queda dividido en cuatro Secciones: Administrativa, Sanitaria, Religiosa y de Enseñanza. Incluyéndose la relación de los funcionarios que compondrán cada sección y el sueldo correspondiente, elevándolo.

Por otra parte, se incluyen las nuevas materias de las que tendrán que examinarse los aspirantes al ingreso en el Cuerpo o los ya empleados que deseen ascender de categoría, ampliándose los temarios, pues para «para responder cumplidamente a los progresos de la ciencia penitenciaria, de necesidad es también que el personal ostente el mayor grado de ilustración posible». Y como «fuera injusto contrariar las aspiraciones a los que llevan largo tiempo dedicados a los penosos y comprometidos servicios de establecimientos penitenciarios, y que ya por su edad, ya por otras causas no se hallan en condiciones de dedicarse con fruto al estudio», se armonizan los deseos de unos y otros, «respetando el derecho a conservar los actuales cargos, combinando la oposición y la antigüedad para los ascensos».

Este cambio en el sistema de ascensos, es algo que ya venía reclamando Cadalso (118) en 1896, siendo Director de la Revista de las Prisiones, considerando que «el turno de antigüedad debiera combinarse con el de la oposición. De este modo, en todos se despertaría el estímulo al estudio y al trabajo, se mantendría viva la esperanza de mejorar en la carrera por medios tan legítimos y dignos, y se iría haciendo una constante y acertada selección. Esto, y el exigir algunos conocimientos más para el ingreso, levantaría el prestigio del Cuerpo, con lo cual ganaría el organismo y también ganarían los servicios».

Para finalizar, considera el Ministro que la reforma que somete a aprobación es «modesta», pero «es la base en que descansa la realización del pensamiento que anima este trabajo, porque sin un Cuerpo de empleados aptos e inteligentes para los servicios que han de desempeñar, no es posible hacer nada que sea útil y provechoso».

En definitiva, se refleja en la norma lo que ya venía requiriendo la mejor doctrina penitenciaria, pues también Concepción Arenal ya había manifestado que «ciencia, virtud, perseverancia, amor, fe, cuanto eleva y sostiene, cuanto impulsa e ilumina, todo lo ha menester

---

(118) CADALSO, F.: «El Cuerpo de Penales» ob. cit., p. 148.

quien con alguna probabilidad de éxito procura la enmienda del delincuente» (119). Tal vez por ello, se le hace justo reconocimiento en el preámbulo de esta norma, al referirse a la eximia escritora, «que tan profundos conocimientos ha revelado en todos los ramos del saber a que dedicó sus vigiliias, sobresalió en los estudios penitenciarios y llevo sus humanitarias doctrinas y sabias enseñanzas a los Congresos internacionales, con honra de la patria, que la cuenta en el número de sus más esclarecidos e ilustres pensadores, sirviendo sus teorías, sus observaciones y experiencias acerca de la vida y la enmienda del recluso de poderoso estímulo a los más doctos Profesores e influyendo no poco sus fecundos pensamientos y sanas doctrinas en las resoluciones de aquellas notables asambleas».

Sin embargo, reconoce que «como por fatalidad de la historia nos ocurre con frecuencia, las acertadas enseñanzas, las grandes concepciones de la ilustre pensadora, han repercutido más en otras Naciones que en España». De ahí que considere preciso «que nos decidamos a dar comienzo a la reforma con resuelto y firme propósito de llevarla a cabo en la medida que nuestros escasos recursos lo permitan, pero con el perseverante deseo de implantar en nuestros Establecimientos penales y carcelarios las doctrinas y progresos que la ciencia penitenciaria ha realizado para influir en la moralización del recluso y convertirle en hombre laborioso y útil a sus semejantes».

Una vez efectuada esta reforma en el Cuerpo de empleados, se promulga el Real Decreto de 3 de junio de 1901, que consagra el sistema progresivo *irlandés o de Crofton*. Así denominado, pese a tratarse de un sistema ensayado en España con anterioridad, ya que, como bien apunta Salillas (120), había sido practicado «en el sistema correccional implantado por Montesinos en el Presidio de Valencia». Su principio básico, siendo el eje principal del nuevo sistema, el tratamiento individualizado de los reclusos. Siendo tres los periodos por los que debía transcurrir la vida carcelaria, hasta obtener «progresivamente» la libertad, denominados por el citado autor «de los hierros, del trabajo y de la libertad intermedia» (121).

Además, en la segunda mitad del siglo XIX había sido recogido en diversas normas. Así, se ha señalado por diversos autores que el pri-

---

(119) ARENAL, C.: *Estudios Penitenciarios*, V. 1, Madrid, 1895, p. 122.

(120) SALILLAS R.: «Montesinos y el sistema progresivo» (1906), publicado en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, enero-diciembre 1981, p. 312.

(121) SALILLAS R.: *Un gran penólogo español. El Coronel Montesinos*, Madrid, 1906, pp. 53 ss.

mer precedente del sistema progresivo (122) es la Ordenanza para el Gobierno de los Presidios de los arsenales de Marina de 1804, reconociéndolo la propia Dirección General de Establecimientos Penales (123) al decir de ella que «es un germen del sistema progresivo muy adelantado, siendo de notar que hasta tiene su periodo preparatorio como el sistema irlandés, del que no puede ser copia». Posteriormente, en el Reglamento provisional para la Prisión Celular de Madrid, aprobado por Real Orden de 8 de octubre de 1883, se menciona por vez primera la posibilidad de implantar el sistema progresivo en España. Sin embargo, se queda en mera expectativa. Una vez que la Dirección General de Establecimientos Penales pasa a depender del Ministerio de Gracia y Justicia (1887), el Gobierno manifiesta su voluntad de no llevarlo a cabo, dado que «el intento de aplicar en su total contenido a los presidios peninsulares el régimen progresivo..., tropezaría con escollos, por el momento insuperables» (124).

Será Ceuta el primer lugar donde se implante el sistema progresivo, mediante el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, que organiza su población penal como colonia penitenciaria. De ahí la importancia de este Real Decreto, aunque solo se aplique con carácter local, constituyendo para Cadalso (125) «una de las páginas más brillantes de nuestra literatura penitenciaria, por virtud del cual se convirtió el viejo presidio de Ceuta en colonia penal, estableciéndose allí el sistema progresivo». Tal fue el éxito del régimen penitenciario aplicado en Ceuta que, según Castejon (126), «sirvió de ensayo y estímulo al legislador para que se extendiese a todo el país, en virtud del RD de 3 de junio de 1901».

Por tanto, con este Real Decreto de 1901 (127) se da entrada al tratamiento individual y al sistema progresivo de cumplimiento de condenas. De este modo, «la división en grados o periodos se con-

---

(122) Entre otros, SALILLAS R.: *La vida penal...*, ob. cit., p. 241; CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...*, ob. cit., p. 176; CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 5; LASALA, G.: «Condena a obras públicas», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 132-136, enero-febrero, 1958, p. 21; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria...*, ob. cit., p. 111; BUENO ARÚS, F.: «Cien años de legislación...», ob. cit., p. 70.

(123) En *Anuario Penitenciario, Administrativo y Estadístico*, 1888, Madrid, 1889, p. 16.

(124) En *Anuario Penitenciario...* ob. cit., p. 201.

(125) CADALSO, F.: *La actuación del Directorio militar en el ramo de prisiones*, Alcalá de Henares, 1924, p. 42.

(126) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 320.

(127) Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 158, de 7 de junio de 1901.



firma plenamente. Si no la letra, el espíritu se aúna con la historia. Y eso bien lo sabe Cadalso» (128). De ahí, que haya sido denominado acertadamente «sistema progresivo Cadalsiano» (129).

Como no podía ser de otra manera, de nuevo se alude a la trascendencia de los encargados de llevar a la práctica este sistema. Así, en su preámbulo, se advierte que «todos los funcionarios afectos al régimen del Establecimiento en que sirven, y cada uno dentro de su esfera, tienen el deber de contribuir a su mejoramiento y a la reforma del penado. Por eso intervienen en la aplicación del sistema, especialmente en lo que se refiere al estudio del recluso y a la acción que en él ejerce el tratamiento penitenciario».

Tras ocupar la cartera de Gracia y Justicia, mediante Real Decreto de 12 de febrero de 1903, el Ministro Eduardo Dato procede a derogar la unificación del personal penitenciario, prevista en el artículo 1.º del RD de 27 de mayo de 1901, «por dificultades nacidas en su aplicación». Así, se establece que «los actuales funcionarios de la Dirección general no formarán parte del Cuerpo especial de Prisiones».

Asimismo, 1903 será un año determinante en materia legislativa, promulgándose acertadas disposiciones, inspiradas en las teorías criminológicas de Salillas, que serán plasmadas por Dato. Como destaca García Valdés (130) «se inculca la eficaz y viva transición de la corrección al tratamiento (...) y ese año es el del apogeo cabal de Salillas como preclaro y capaz legislador asido de la mano progresista de Eduardo Dato».

En primer lugar, mediante el Real Decreto de 12 de marzo de 1903 se crea la Escuela Especial de Criminología, cuyo objetivo era «la enseñanza y educación del personal de la Sección directiva del Cuerpo de Prisiones, de la Dirección general de este ramo y de los establecimientos de educación correccional que se instituyan». Inició su andadura en enero de 1906, nombrándose Director de la misma a D. Rafael Salillas.

En su esclarecedora exposición de motivos, el Ministro del ramo hace alusión a los intentos anteriores de crear dicha Escuela, refiriéndose a «un procedimiento que se insinuó y no se puso en práctica» y reiterando «el empeño de implantarlo de un modo efectivo».

Así, se considera que es el momento oportuno de «desenvolver el pensamiento iniciado», porque, sin dejar de mirar al pasado, se vislumbra el futuro, al destacar que «las instituciones penales en su actual significación, casi no tienen nada de común con las antiguas, y lo ten-

---

(128) GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, ob. cit., p. 42.

(129) SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., p. 268.

(130) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 119.

drán menos cada vez». Y de conformidad con la nueva finalidad de la pena privativa de libertad, presintiéndose la pluma Salillas, se justifica que «no puede admitirse que la función penitenciaria la ejerza quien no esté educado en el conocimiento del hombre con la iniciación indispensable en este género de estudios». De ahí que se requiera a los empleados de prisiones que tengan conocimiento de los avances científicos procurados por ilustres investigadores de distintas ramas del saber, incluyendo enseñanzas técnicas en su programa de estudios, que serían impartidas por un profesorado designado «en virtud de la notoriedad de los elegidos por la reputación de su evidente competencia en tales conocimientos especiales».

Con ser todo ello relevante, como expone Jiménez De Asúa (131), «los más trascendental de la obra era el espíritu que iluminaba a Salillas y del que quedó penetrado el instituto. Contagiados de él todos los profesores, la Escuela de Criminología era un centro de educación en el que el régimen instructivo fue el medio de crear el ánimo...transmitiendo a los nuevos empleados la convicción de que el reo solo debe ser tratado con métodos correccionales y humanitarios». También Antón Oneca (132), al referirse a los profesores, que «aceptaron los puestos con una retribución más bien simbólica que retributiva», considera que su verdadero móvil era «secundar la obra noble y necesaria de Salillas».

Poco después, y para coronar su obra, Salillas impulsa el Real Decreto de 18 de mayo de 1903 (133), que establece en las prisiones un régimen de tutela y de tratamiento correccional. Entonces, como bien señala el maestro (134) «el Derecho penitenciario español empezará, definitivamente, a cambiar. Es el sello del genio». También su discípulo, Sanz Delgado, advierte en esta norma la impronta de Salillas, en lo relativo a «la filosofía tutelar de tratamiento correccional, vinculada a los medios criminológicos y enfocada a la individualiza-

---

(131) JIMÉNEZ DE ASUA, L.: «Escuela de Criminología e Instituto de Estudios Penales», prólogo al libro de Serrano Albillos, *La asistencia social de los delincuentes*, Segovia, 1935.

(132) ANTÓN ONECA, J.: «Don Rafael Salillas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo II, mayo-agosto, 1974, p. 208.

(133) Sobre las discrepancias surgidas en relación con el sistema progresivo entre Cadalso y Salillas *vid.* el magnífico artículo de SANZ DELGADO, E.: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2006, *Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús*, pp. 191-223.

(134) GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, ob. cit., p. 30.

ción científica» (135), denominando este nuevo régimen como «sistema tutelar salillista» (136).

Entre las consideraciones expuestas por Dato en su preámbulo, para justificar su proyecto de reforma, se destaca que «La sola virtud de la proclamación de un principio influye en las rectificaciones de la conducta que tiende a acomodarse a las nuevas orientaciones, y por eso no se debe reputar indiferente la proclamación del régimen tutelar, como definidor de las nuevas prácticas penitenciarias. El nuevo régimen dignifica a los encargados de su ejercicio, dignificará, consecuentemente, a los que han de experimentar su influjo; humanizará los procederes; ensalzará la inteligencia y el espíritu, y habrá de traducirse, más o menos pronto, en beneficios sociales».

En definitiva, con esta trascendente normativa se somete a los penados a un régimen de tutela correccional, aplicándoles un tratamiento constante e individualizado, partiendo de un profundo conocimiento de sus antecedentes y estado actual, con el fin de reintegrarlo socialmente, siguiendo un procedimiento gradual o progresivo. Además, es importante destacar que se eliminan completamente las reminiscencias militares que aún quedaban en el interior de las prisiones, al establecer su art. 5.º «queda terminantemente proscrito el sistema de organización militar prevenido en la Ordenanza de 1834, y que se practica todavía, desapareciendo, por lo tanto, la organización en brigadas y los toques de corneta para transmitir órdenes generales».

De este modo, se produce el tránsito de la corrección al tratamiento, elevándose con ello la trascendente misión de los funcionarios de prisiones. Un instante calificado por García Valdés (137) de «mágico y arriesgado» en el que el tratamiento «se erige en el podio de la actuación penitenciaria». Con ello, la profesión se dignifica y la Escuela de Criminología contribuirá a la especialización requerida, siendo el vivero donde el personal penitenciario encuentre la vocación necesaria para desempeñar tan importante cometido.

Pero faltaba una norma integradora, una disposición de conjunto que regulara los complejos aspectos de la vida penitenciaria, y para lograr dicha finalidad unificadora, se designó una Comisión de funcionarios, presidida por el Director General de Prisiones, que dio como resultado el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 (138). Una norma, que lleva la impronta de Cadalso, «retoma el sistema ideado

---

(135) SANZ DELGADO, E.: «Rafael Salillas...», ob. cit., p. 158.

(136) SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., p. 274.

(137) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 120.

(138) Publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 181, de 11 de mayo de 1913.

por Montesinos y lo eleva a categoría» (139), de modo que el régimen progresivo de cumplimiento de condenas se mantendrá hasta hoy vigente.

En su preámbulo, tras exponerse que «la aspiración de dar unidad y armonía al sin número de preceptos que regulan los servicios administrativos del Estado, ha sido sentida en todos los tiempos por los diversos organismos de la Administración Pública», se reconoce que «agrupar y clasificar la rica legislación penitenciaria era harta dificultad, por la considerable suma de disposiciones vigentes, en todo o en parte, que se precisaba recoger; pero la obra se imponía ya inaplazable en bien del servicio y del funcionario de prisiones, para no dejar a éste perderse en el laberinto de Decretos, Reales Órdenes y Circulares, en que se confunde lo derogante y lo derogado».

Pero sin detenerse en la idea compiladora, se llevan a cabo importantes modificaciones en la normativa vigente. Entre ellas, se considera preciso «atender en primer término a reorganizar el personal, tanto en lo que respecta a su cultura especializada, como a su nomenclatura y retribuciones», también «a variar la naturaleza y amplitud de las correcciones disciplinarias, sembrando estímulos eficaces para el exacto cumplimiento del deber».

Tras las últimas reformas y acorde con la nueva filosofía de las penas, se considera indudable que «la función del empleado de prisiones ostenta carácter de tutelar y la preparación para ejercerla debiera constituir una enseñanza facultativa, con estudios integrales adecuados, siguiendo las conclusiones que la Pedagogía formula». De ahí que se recomiende utilizar «la Escuela de Criminología como base de especialización científica» y exigiendo, como complemento, «sucesivas pruebas de competencia que aseguren en lo posible la de tales funcionarios». Así, se modifica el sistema de ascensos, que queda sometido a «una comprobación gradual de capacidad para la función», y se determina el sistema de recompensas y castigos «que adolecía de cierta indefinición», sustituyendo la suspensión de sueldo por la pérdida de números en el escalafón. Justificándose que estos procedimientos de selección, «complementándose recíprocamente con los que ofrecen las pruebas de suficiencia para el pase de una a otra categoría, garantizan al Estado la competencia técnica y la aptitud moral del empleado de Prisiones».

Respecto a la organización del personal de las Prisiones, regulada en su Título Primero, se dispone que «constituye un Cuerpo especial encargado de los servicios técnicos, facultativos y de vigilancia en

---

(139) GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria...», ob. cit., p. 70.

todas las Prisiones civiles del Estado». Se establece que forman dicho Cuerpo, todos los funcionarios que hayan obtenido su ingreso por oposición, examen o concurso, así como los que presten servicio activo o se encuentren en situación de excedencia. Y se compone de tres Secciones: la Técnica, la Facultativa y la de Vigilancia. En su Título II se establecen detalladamente sus deberes, quedando regulado todo lo referido al régimen interior en el III.

La relevancia de este extenso y detallado Real Decreto es destacada por Garrido Guzmán (140), considerándolo el «primer Reglamento sistemático y moderno de nuestra legislación penitenciaria», añadiendo mi maestro (141) que en sus preceptos se encuentran «instituciones que, modernizadas, se reproducen en los sucesivos Reglamentos de prisiones», destacando, entre otras, «la adopción del régimen progresivo de tratamiento del reo, en unión de la exigencia de un personal funcionario apto y vocacionado para la misión prisional».

Llegados a este punto, coincidimos con Castejón (142), al señalar que «la historia del cuerpo de prisiones puede dividirse en dos periodos: primero, de formación, desde 1881 a 1901; segundo, de consolidación, desde 1901 hasta el presente».

Para finalizar lo hasta aquí expuesto, acudo de nuevo al pensamiento de mi maestro, el Prof. García Valdés (143), pues nadie como él ha sabido resumir en tan pocas y hermosas palabras la evolución del personal penitenciario: «Frente a los siglos pasivos, indolentes y atrasados de penas históricas propiamente utilitarias, descontadas en sumideros de personas, sin participación directa del conjunto de los operadores penitenciarios en lo referido a la enmienda de los condenados, marginados pues de lo que no fuera vigilancia y estricta custodia, estos nuevos tiempos configuran una etapa, ocaso de la anterior, activa y ambiciosa que se caracteriza precisamente por lo contrario: por la intervención estimulante sobre la conciencia moral de los reclusos, en un primitivo momento, tratando de modificar así los comportamientos contrarios a la ley; y, después, por incidir en su corrección y tratamiento correccional de cara a su futuro retorno a la sociedad. Ese

---

(140) GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria...*, ob. cit., p. 122.

(141) GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen Penitenciario...*, ob. cit. p. 37. Asimismo, destaca su similitud con planteamientos garantistas y humanitarios, propios de legislaciones actuales, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., p. 294.

(142) CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria...*, ob. cit., p. 55. También Cadalso, apunta la fecha de 1901 como de entrada en el periodo de consolidación del Cuerpo, *vid.* CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, ob. cit., p. 798.

(143) GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...*, ob. cit., p. 38.

buscar algo más, ese digno hacer frente al simple estar, ajeno a la casualidad, ha sido la esencia manifiesta y sostenida de nuestro penitenciario, que jamás fue dilapidada».

Y para ir concluyendo, tan solo destacar las principales disposiciones normativas que se publicarán hasta la aprobación, en 1979, de Ley Orgánica General Penitenciaria, que afectan a los Cuerpos penitenciarios.

El 14 de noviembre de 1930 se dicta el Reglamento Orgánico de los Servicios de Prisiones, exponiéndose claramente su motivación: «con posterioridad al año 1913, se han dictado innumerables disposiciones que afectan a estos servicios, unas de honda trascendencia como la implantación de la libertad condicional y el traspaso al Estado de las obligaciones carcelarias, y otras, de menor intensidad, que modificaron también accesoriamente, a compás del progreso universal de las instituciones penitenciarias, su funcionamiento ulterior; variantes todas que, anulando el primitivo texto y haciendo ineficaz la mira codificadora que lo inspiró, han retrotraído la legislación del Ramo a su primer estado de dispersión y difícil conocimiento».

De ahí su extenso contenido, justificado en que «no se limita este nuevo Reglamento a recopilar la anterior preceptiva, sino que, como era lógico en obra de tanto detalle, introduce todas las innovaciones que la experiencia, aconseja». Un Reglamento que a juicio de Garrido Guzmán (144), «es técnicamente superior a los anteriores, escrito en lenguaje más claro y preciso con algunos retoques que revelan una acentuación del sentido humanitario».

Su Título tercero comprende el Estatuto jurídico del Cuerpo especial de prisiones, que se divide en dos Secciones: Técnica (Oficiales y Jefes de Prisiones) y Facultativa (Médicos, Capellanes y Maestros). Los empleados restantes constituirían un personal subalterno, compuesto por guardianes y celadores. En su preámbulo el Ministro D. José Estrada manifiesta que esta regulación del personal «constituye un verdadero Estatuto de la clase, siendo sus notas más salientes la restauración de la Escuela de Criminología, para seleccionar y preparar científicamente a los de nuevo ingreso, y la forma extensa y eficaz que se da a la Inspección técnica de los servicios, dirigida, más todavía que a corregir, a evitar la comisión de faltas reglamentarias».

Posteriormente, con el advenimiento de la II República, señala Bueno Arús (145), que «la obra penitenciaria coincide fundamentalmente con la de Victoria Kent al frente de la Dirección General de

---

(144) GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria...*, ob. cit., p. 123.

(145) BUENO ARÚS, F.: «Cien años de legislación...», ob. cit., p. 79.

Prisiones». Se mantuvo vigente el Reglamento de 1930, destacándose la creación del Instituto de Estudios Penales (146) y el Cuerpo femenino de prisiones (147). Sin embargo, la Directora General no tuvo precisamente buena relación con sus subordinados, de modo que tras una serie de conflictos con los funcionarios y tras ser rechazada por el Consejo de Ministros su propuesta de depuración, Victoria Kent presentó su dimisión en 1932 (148).

La legislación que se promulga durante la Guerra mantiene el sistema progresivo, ya que el Decreto de 22 de noviembre de 1936 restablece en toda su integridad el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1930, y lo complementa con la figura de la redención de penas por el trabajo que, como afirma Bueno Arús (149), «iba a caracterizar sin-gularmente nuestro sistema penitenciario».

Por otra parte, destaca la creación de la Escuela de Estudios Penitenciarios, mediante Decreto de 18 de mayo de 1940, para la «formación doctrinal, práctica y vocacional de los funcionarios del Cuerpo de prisiones», organizando cursos de capacitación teórica y profesional, «que atenderán al doble aspecto de la enseñanza teórica y de la orientación educativa y profesional, ya que la práctica penitenciaria exige de los funcionarios tanta vocación y virtudes de carácter como cultura».

En 1948, mediante Decreto de 5 de marzo, se promulga un nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones con la finalidad de unificar las disposiciones publicadas tras el Reglamento de 1930, que se encontraba vigente. Entre otros motivos, se apunta el de «facilitar a los funcionarios la aplicación de los preceptos reglamentarios, evitán-doles tal confusión; incorporar a la reglamentación de Prisiones los principios del nuevo Estado en materia de redención de penas por el

---

(146) Por Decreto de 29 de marzo de 1932, en sustitución de la Escuela de Criminología, para la preparación del personal de prisiones y la ampliación de sus estudios, exponiéndose en su preámbulo que «de la filosofía correccionalista, desarrollada en nuestro suelo con vigor propio, surge una escuela penal española, la de la tutela penal, que asignando a la pena un fin educador, ha sabido asimilar las nuevas aportaciones de los estudios criminológicos, orientándolas al fin moral de la protección al delincuente».

(147) Mediante Decreto de 23 de octubre de 1931, que crea, reglamenta y estructura el Cuerpo femenino auxiliar de prisiones. Al respecto, sobre la creación de la sección femenina del Cuerpo de Prisiones y del Instituto de Estudios Penales, *vid.* IBÁÑEZ PICAZO, C.: «Victoria Kent, una jurista republicana en la Dirección General de Prisiones (1931-1932)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 257, 2014, pp. 93-119.

(148) Sobre las reformas acometidas por Victoria Kent en el cuerpo de funcionarios, que finalmente le empujaron a su dimisión, *vid.* RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, *ob. cit.*, pp. 435-437.

(149) BUENO ARÚS, F.: «Cien años de legislación...», *ob. cit.*, p. 80.

trabajo, institución que ha tomado carta de naturaleza en la vigente legislación penal, y dar, por último, un rigor científico al régimen penitenciario español, con arreglo a las más avanzadas doctrinas, que miran al delincuente como persona humana, susceptible de regeneración mediante un tratamiento penitenciario fundado en principios de caridad cristiana; que lo aleje del peligro de la reincidencia».

Con el Reglamento de 2 de febrero de 1956, se modifica el anterior, con el fin de adaptar la organización y el régimen penitenciario a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por Naciones Unidas en 1955, así como adecuar el título dedicado a los funcionarios de prisiones a la Ley de 15 de julio de 1954, sobre situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, y a la Ley de 20 de julio de 1955, sobre plantillas de los Cuerpos Penitenciarios, siendo los siguientes: Cuerpo Especial, Cuerpo Auxiliar y Cuerpo Facultativo.

Transcurridos once años desde su entrada en vigor, dicho Reglamento será, a su vez, modificado por el Decreto de 25 de enero de 1968, tras comprobarse «la necesidad de mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes, todo lo cual resulta aconsejable incorporar a nuestro sistema en forma paulatina, con la necesaria adaptación a las peculiares características de éste».

Su mayor relevancia estriba, por un lado, en la flexibilización del sistema progresivo, estableciéndose tres grados en el tratamiento, cuyos periodos cambian de denominación (de reeducación, de readaptación social y de prelibertad), además de la libertad condicional; y, por otro, en la acogida del tratamiento científico y criminológico. En este sentido, se expone que «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».

Y para completar la labor de los Servicios cualificados, bajo cuyo impulso actuarán todos los funcionarios de la plantilla, a quienes se encomienda la necesaria observación de los internos, como base para la aplicación del tratamiento que requieren, así como para orientar e impulsar su funcionamiento, se crea una Central de Observación (150).

---

(150) Para el origen y desarrollo de la Central de Observación, *vid.*, en este mismo núm. del Anuario, TÉLLEZ AGUILERA, A.: «la Central Penitenciaria de Observación. Medio siglo de “historia palpitante”».



Y con el fin de atender adecuadamente las distintas funciones especializadas, incorporadas en virtud de dicho Decreto, la Ley 39/1970, de 22 de diciembre, procede a la reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios, motivándose que resulta preciso «contar con los oportunos cuadros de especialistas para poder aplicar las nuevas técnicas de observación y tratamiento y las correspondientes a una adecuada asistencia social, como complemento necesario de aquéllas».

Así, se establece en su artículo primero que «corresponde a los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el desempeño de los cometidos propios de las actividades de tal naturaleza en el tratamiento y régimen de quienes ingresen en los establecimientos dependientes de aquélla y las que tienen asignado carácter penitenciario por razón de las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada». Añadiéndose que «para el desempeño de estas funciones, además de los Cuerpos Especiales hoy existentes, se crea el Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias».

De este modo, la estructura queda como sigue: Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria, Cuerpo Auxiliar de Instituciones Penitenciarias y Cuerpo de Enfermeros de Instituciones Penitenciarias.

Posteriormente, con la Ley 36/1977, de 23 de mayo, se procede a la ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y la creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.

Su Exposición de motivos realiza una síntesis esclarecedora de la importancia de contar con funcionarios cualificados para cumplir su cometido, de conformidad con la nueva orientación de las penas privativas de libertad. Así, se considera que «Las Instituciones Penitenciarias exigen una atención preferente, si se pretende hacer realidad la concepción moderna de la pena como medida recuperadora del hombre delincuente, sobre la base de un tratamiento específico que, partiendo de un conocimiento previo de la personalidad, se oriente hacia la reinserción social del que delinquirió. Para lo cual es absolutamente necesario prestar singular atención al elemento humano que tiene a su cargo aquellas funciones y, de forma especial, a su idónea preparación técnica».

Por otra parte, tras la incorporación de las nuevas técnicas de observación y tratamiento, así como la correspondiente adecuación del personal encargado de atender estos cometidos, se considera que «la realidad ha demostrado la necesidad de potenciar estos objetivos, en orden a conseguir una mayor eficacia, de manera que quede sufi-

ciente y debidamente atendida la esencial función pública encomendada ya desde su primer nivel». De ahí, la creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, que viene a sustituir a los Cuerpos Auxiliares.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, forman la legislación penitenciaria vigente. Nadie mejor que García Valdés (151) para resumir su sentido, al expresar que «es una normativa inquieta, adecuada a la raíz constitucional, técnica, consagrada y nada apresurada».

Y en lo que respecta a los funcionarios, señala (152) «quien inspecciona, dirige y organiza la vida en el establecimiento, de cualquier clase, es el funcionario de Instituciones Penitenciarias. Los diversos Cuerpos, debidamente cualificados profesionalmente, jerárquicos y disciplinados, se distribuyen aquellas misiones, aplican la normativa vigente, sometidos al imperio de la Ley, dependientes, siempre, de su Dirección General, y hoy, en el supremo escalón, del Ministerio del Interior, lo que no ha representado especial dificultad para el desarrollo de sus tareas».

Por último, y ya que se trata con esta modesta aportación de conmemorar el 40 aniversario de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, quiero terminar como empecé, dedicando unas palabras a su principal redactor, parafraseando las suyas.

Cuando en 1974 el joven doctorando García Valdés redactó su Tesis sobre «El Régimen penitenciario de España», no era consciente de lo que le depararía el destino, ligado ya para siempre a la materia penitenciaria, la más querida y estudiada, a la que ha dedicado gran parte de su vida académica. Nadie, y menos él, podía presagiar que pocos años después ocuparía la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y redactaría y presentaría la Ley General Penitenciaria que hoy, todavía vigente, cumple 40 años.

Al aceptar en 1977, con ilusión y plena responsabilidad, la presidencia de la Ponencia redactora de la Ley, tenía en su mejor memoria lo narrado por los ilustres penitenciaristas del siglo XIX y principios del XX y de ello, con toda legitimidad, se sirvió. Siguiendo su senda, les rindió homenaje (153) y contribuyó con su mejor pluma a la reforma humanizadora de nuestro Derecho Penitenciario.

---

(151) GARCÍA VALDÉS, C.: «Del presidio...», ob. cit., p. 52.

(152) GARCÍA VALDÉS, C.: «Del presidio...», ob. cit., pp. 55 y 56.

(153) Como él mismo ha dejado por escrito, reflejando así su particular reconocimiento a D. Rafael Salillas respecto a la introducción en la LOGP del sistema de

Al asumir la Dirección General de Prisiones en 1978, con solo 31 años, «el supremo instante de una vida» (154), había interiorizado perfectamente la importancia de la labor de sus funcionarios, máxime en aquellos difíciles momentos de la transición española. Siempre los escuchó, atendiendo sus peticiones. Y para el desempeño del cargo supo rodearse de los mejores (155), acertando en la elección. Su lealtad correspondida será para siempre.

Y aunque solo fueron dos años, esa intensa etapa le marcó de por vida y desde entonces se ha sentido vinculado a Instituciones Penitenciarias «de forma invencible».

Gracias, querido Maestro, por tus sabias y humanas enseñanzas.

---

«individualización científica separado en grados», al decir que «Fue mi lealtad a nuestra mejor historia, a un término querido, compatible con mi homenaje a Salillas y el reconocimiento tardío de todos, aún, probablemente, sin muchos saberlo. Pero se deslizó en nuestra norma orgánica su pensamiento como lo hizo a lo largo de su obra: discretamente, poco a poco, casi sin darse cuenta, como un reflejo, mas con la firmeza y la entidad de la razón», en GARCÍA VALDÉS. C.: «Del presidio...», ob. cit., p. 44.

(154) GARCÍA VALDÉS. C.: «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2013, *In Memoriam del Profesor Francisco Bueno Arús*, p. 55.

(155) En este sentido, su discípulo Abel Téllez, sobre los retos asumidos por el maestro al aceptar el nombramiento de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, señala que «lo primero que hace es rodearse de un cualificado equipo entre los que destacan Bueno Arús, Emilio Tavera o Jesús Alarcón», en TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Vidas paralelas en el penitenciarismo europeo. De la unificación italiana a la transición española a través de sus figuras señeras*, Edisofer, Madrid, 2017, p. 81.

# Las circulares de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: Los decisivos eslabones de la reforma penitenciaria

FELIPE RENART GARCÍA  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alicante

## RESUMEN

*La transición política de la dictadura a la democracia acontecida en la España de la década de los años 70 del pasado siglo constituyó una etapa de profundas transformaciones sociales, culturales, políticas, económicas y, obviamente, legislativas. La necesidad de llevar a buen puerto la reforma penitenciaria emprendida, que debía culminar con la aprobación de una Ley Penitenciaria que se acomodara a las previsiones constitucionales y sustituyera al entonces vigente Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956, requirió, en un momento en que la realidad carcelaria era particularmente convulsa, de la aprobación de decisivas Circulares por parte de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que permitieran por una parte, atemperar una incendiaria situación prisional y, por otra, comenzar a impregnar la vida penitenciaria de nuevas medidas e instituciones acordes con los derechos fundamentales que la Carta Magna protegía.*

*Palabras clave: Transición política. Prisiones. Circulares. Administración penitenciaria. Reforma penitenciaria.*

## ABSTRACT

*The political transition from dictatorship to democracy occurred in Spain in the decade of the 70s of the last century, was a stage of deep social, cultural, political, economic and, obviously, legislative transformations. The need to achieve the prison*

*reform with a Prison Law according to constitutional rules that replace the Prison Service Regulation of 1956, required, at a time when the reality of prison life was particularly convulsive, the approval of essential Decisions by the General Directorate of Penitentiary Institutions that allowed, on one hand, to calm a critical prison situation and, on the other, to impregnate prison life with new rules and institutions according to the fundamental rights protected by the Constitution.*

*Key words: Political transition. Prisons. Decisions. Penitentiary Administration. Prison reform.*

**SUMARIO:** I. Introducción.–II. La situación prisional en los albores de la reforma penitenciaria.–III. Análisis cronológico de las circulares de 1978. 1. La Circular de 13 de abril: las normas provisionales para unificación de criterios en los Centros Penitenciarios españoles. 2. La Circular de 21 de abril: el desarrollo de los preceptos reglamentarios sobre permisos de salida. 2.1. Los permisos ordinarios de salida en la Circular. 2.1.1. La concesión de permisos a preventivos. 2.1.2. Los permisos de salida de penados. 2.2. Los permisos en los Establecimientos y secciones de carácter abierto: el antecedente de los permisos de fin de semana. 2.3. Los permisos extraordinarios de salida. 3. La Circular de 9 de mayo: la invalidación de las anotaciones de faltas disciplinarias. 4. La Circular de 29 de mayo: la asistencia médica a autolesionados. 5. La Circular de 31 de mayo: las normas reguladoras de la convivencia en los Centros Penitenciarios. 6. La Circular de 6 de junio: las requisas periódicas en los establecimientos penitenciarios. 7. La Circular de 24 de julio: las normas de régimen interior. 8. La Circular de 1 de septiembre: la adaptación de la enseñanza en los establecimientos penitenciarios a la E.P.A. a nivel de E.G.B. 9. La Circular de 4 de octubre: las nuevas instrucciones para la concesión de permisos de salida a internos. 9.1. Permisos ordinarios. 9.2. Permisos especiales. 9.3. Permisos extraordinarios. 10. La Circular de 16 de noviembre: el voto de los internos en el referéndum constitucional de 6 de diciembre. 11. La Circular de 29 de diciembre: los servicios de educación en los Establecimientos Penitenciarios.–IV. Balance conclusivo.–V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Si el interés de nuestra doctrina por la legislación penitenciaria española inmediatamente anterior a la LOGP no era cuantitativamente significativo (1), con la aprobación de esta última en 1979 germina

(1) Así, respecto de la reforma del RSP de 1956 operada en 1968, BUENO ARÚS, F.: «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones», en

una creciente disposición de los autores patrios por el análisis de la ejecución de la pena de prisión, llegándose en la actualidad a cotas de apego científico por la materia otrora insospechadas. Sin embargo, no deja de sorprender que, en esta inusitada eclosión de comentaristas, la reforma penitenciaria emprendida durante la transición política no haya deparado, más allá de en sus directos protagonistas, una particular atracción. Consecuencia de ello es el carácter testimonial de los estudios focalizados en el Anteproyecto y Proyecto de Ley Penitenciaria (2) o en su tramitación parlamentaria y, también, la ausencia de análisis específico de las trascendentes Circulares dictadas por la entonces Dirección General de Instituciones Penitenciarias en 1978 (3), solo tangencialmente tratadas por la doctrina en su abordaje de algunas de las materias que regularon.

Elaboradas en un momento en que el ambiente no era propicio para emprender una reforma serena y tranquila, la justificación de su adopción respondió, precisamente, a la necesidad de ordenar, con carácter de urgencia, aspectos esenciales de la vida carcelaria en una

---

*Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 180-181, Madrid, enero-junio 1968, pp. 63 ss. Ya en relación con la reforma de 1977, RUIZ VADILLO, E.: «Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, aprobada por Real Decreto de 29 de julio de 1977», en *Documentación jurídica*, núm. 15, Madrid, julio-septiembre 1977, pp. 615 ss.; SERRANO GÓMEZ, A.: «Reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional a Distancia*, núm. 2, Madrid, enero 1978, pp. 11 ss.; GARRIDO GUZMÁN, L.: «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3, Madrid, 1977; pp. 218 ss.; BUENO ARÚS, F.: «El Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 220-223, Madrid, enero-diciembre 1978, pp. 75 ss.; SACCO BACKUS DE GARCÍA, N.: «La reforma del Reglamento Penitenciario: sustancial modificación de dicho Reglamento», en *Redención 2013*, 15-22 de noviembre de 1977; GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la nueva reforma del Reglamento de Prisiones», en *Informaciones Políticas*, 24 de septiembre de 1977; MUÑOZ CONDE, F.: «Reformas penales de 1977», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, Madrid, 1978, pp. 118 ss.; SOSA WAGNER, F.: «Actualización del régimen penitenciario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, Madrid, octubre-diciembre 1977, pp. 593 ss.

(2) GARCÍA VALDÉS, C. (con la colaboración de Jorge Trias Sagnier): *La reforma de las cárceles*, Madrid, 1978; GARRIDO GUZMÁN, L.: «En torno al Proyecto de Ley General Penitenciaria», en Casabó Ruiz, J. R. (Dir.): *Escritos Penales*, Valencia, 1979; ALARCÓN BRAVO, J.: «El tratamiento penitenciario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 2, Santiago de Compostela, 1978, pp. 15 ss.

(3) Con la única excepción de la Circular de 21 de abril, el contenido de las restantes se halla publicado en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 220-223, Madrid, 1978, pp. 381 ss. La citada Circular de 21 de abril se encuentra recogida en GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982, pp. 148 ss.

época de nuestro penitenciarismo particularmente trepidante y convulsa. Quien no haya vivido, siquiera como mero espectador, aquellos turbulentos momentos en los que, a la inestabilidad política inherente a todo incipiente proceso democratizador se sumaban frecuentes atentados terroristas y una explosiva situación carcelaria, difícilmente podrá apreciar, en toda su magnitud, la entidad y relevancia de unas Circulares tendentes a pacificar y a ordenar el régimen penitenciario en aras del éxito de la reforma legislativa ya iniciada.

Junto al Prof. Francisco Bueno Arús (incorporado a la Jefatura del Servicio Técnico Jurídico), al Psicólogo Jesús Alarcón Bravo (ocupando la Inspección General Penitenciaria) y al Subdirector General Emilio Tavera Benito —erigido en el «colaborador más sabio, más sereno, más leal» (4), la persona con quien se compartieron «esperanzas, muy malos ratos, compañía y confidencias» (5) y quien aportó «serenidad y sentido común» (6)— fue protagonista indiscutible quien asumió, con encomiable valentía, la máxima responsabilidad al frente de la Dirección General del ramo, esto es, D. Carlos García Valdés. Transcurridas ya cuatro décadas desde entonces, sirvan las presentes líneas de sincero reconocimiento a quienes, incluso con evidente riesgo propio, tanto aportaron al penitenciarismo español en un período políticamente decisivo y, en particular, a los eximios penitenciaristas y penitenciarios antes citados por su inigualable contribución en aquellos trepidantes momentos.

## II. LA SITUACIÓN PRISIONAL EN LOS ALBORES DE LA REFORMA PENITENCIARIA

El 30 de marzo de 1978, D. Carlos García Valdés, «tal vez la única persona en toda la Nación que podía gozar de credibilidad ante todos los grupos políticos» (7), ocupó «el poco envidiado sillón de la Direc-

(4) GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, Madrid, 2015, p. 63.

(5) GARCÍA VALDÉS, C.: «A los veinte años de la Ley General Penitenciaria: algunos recuerdos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra 1, Madrid, 1999, p. 37.

(6) GARCÍA VALDÉS, C.: «Recuerdos de Emilio Tavera», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260, Madrid, 2017, p. 12.

(7) BUENO ARÚS, F.: *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid, 1981, p. 146.

ción General de Instituciones Penitenciarias» (8) en «uno de los peores momentos de la historia penitenciaria española: más de la treintena de establecimientos destruidos por los motines e incendios acaecidos en el pasado invierno, fuertes críticas de las Comisiones de encuesta de las Cámaras legislativas, especialmente del Senado, al régimen detentivo (9); una prensa literalmente machacando reiteradas noticias sobre las prisiones desde hacía, por lo menos, dos años y para colmo del desagradable y amargo cocktail, funcionarios procesados y encarcelados por la muerte de un recluso en Carabanchel, el día 14 de marzo y el asesinato el siguiente día 22 del Director General, D. Jesús Haddad Blanco» (10).

La grave situación de conflictividad en el ámbito de las instituciones penitenciarias, donde la indisciplina era generalizada, venía motivada, por una parte, por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos y, por otra, por la discriminación de la que los presos comunes fueron objeto al quedar al margen de las amnistías concedidas por el Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, y por la Ley de 15 de octubre de 1977, que beneficiaron, fundamentalmente, a los condenados por la comisión de delitos de intencionalidad política y de opinión (11), llegando incluso a alcanzar a no pocos terroristas, por ese generoso prurito de «empezar de nuevo» (12). Los enardecidos ánimos de los delincuentes comunes, por considerarse, por una parte, injustamente tratados al no haberseles concedido «una segunda oportunidad» y, por otra, víctimas de una estructura social injusta, propician la creación de movimientos organizativos que contarían con un importante apoyo desde el exterior. Así, a finales de 1976 nace la

(8) GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. Extra, *In Memoriam* del Profesor Francisco Bueno Arús, Madrid, 2013, p. 55.

(9) Véase el Dictamen de la Comisión Especial de Investigación del Senado sobre la situación de establecimientos penitenciarios, de 10 de mayo de 1978, así como el Informe de la Comisión de Investigación del Congreso sobre la situación de los establecimientos penitenciarios aprobado por el Pleno de la Cámara el día 11 de octubre de 1978 (*Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 164, 18 de octubre de 1978, pp. 3598 ss.).

(10) GARCÍA VALDÉS, C.: «La reforma penitenciaria española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. II, Santiago de Compostela, 1978, p. 94.

(11) En ese sentido, GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid, 1989, p. 252; BUENO ARÚS, F.: «Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Madrid, 1979, p. 4; FONTRODONA, E.: *Cárceles en llamas*, Barcelona, 1978, p. 159; ADÁMEZ CASTRO, R.: «Formación y evolución del Derecho Penitenciario moderno», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 258, Madrid, 2015, p. 68.

(12) GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria española: orígenes...», ob. cit., p. 72.



*Coordinadora de los presos en lucha* (COPEL), como expresión de la idea de que «la unión hace la fuerza» y, posteriormente, la *Asociación para el estudio de los problemas de los presos* (AEPPE), los *Comités de apoyo a COPEL* y la *Asociación de Familiares y Amigos de los Presos y ex presos* (AFAPE). El decidido recurso a la violencia, que ya se había evidenciado en el motín de Tarragona de 1972 y en los numerosos habidos en los años siguientes, iba a alcanzar su máxima significación con el incendio y grave deterioro de Carabanchel, el 18 de julio de 1977, y con la muerte violenta del recluso Agustín Rueda Sierra, en idéntica prisión madrileña, el 14 de marzo de 1978 (13). El panorama penitenciario en el que se iba a iniciar la reforma no podía ser más desalentador: gran parte de los edificios en estado desastroso como consecuencia de los motines e incendios, un recluso enormemente crecido que contaba, además, con el apoyo de determinados diputados y senadores que llegaban incluso a justificar públicamente su recurso a la violencia y, por último, un funcionariado confuso y desmoralizado ante la dificultad de hacerse con los resortes de mando dentro de los establecimientos cuando cualquier acto de fuerza hubiera significado incurrir en las iras de la prensa, grupos políticos y parlamentarios (14).

Fuera de los muros de las prisiones, la labor reformista que se pretendía llevar a cabo en el ámbito penitenciario discurría, así mismo, por una senda cuajada de obstáculos. En un Estado en mantillas, a las

(13) Una detallada referencia a estos acontecimientos en FONTRODONA, E.: *Cárceles...*, ob. cit., pp. 175 ss. Particularmente interesante el análisis de las causas de estas insurrecciones carcelarias que realiza CABALLERO, J. J.: «La conflictividad en las prisiones españolas: una perspectiva histórica y sociológica», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 232-235, Madrid, enero-diciembre 1981, pp. 121 ss. Un detonante añadido de estos sucesos fueron los dos intentos fallidos de indultar a los presos comunes; en efecto, los componentes del grupo parlamentario *Senadores Vascos*, en reunión celebrada el 22 de octubre de 1977, aprobaron las bases para una Proposición de Ley de Indulto, encomendándosele la redacción del texto articulado al senador Juan María Bandrés. Los únicos que apoyaron esta propuesta de indulto fueron los miembros del grupo parlamentario *Entesa dels Catalans*. La Proposición de Ley entró en la Mesa del Senado en fecha de 18 de noviembre de 1977 y a los votos de los dos grupos parlamentarios referidos se añadieron otros de integrantes del grupo *Progresistas y Socialistas Independientes* y los de algún que otro senador, pero finalmente, en fecha de 2 de diciembre, la propuesta fue rechazada. El 18 de enero de 1978 volvió a registrarse en el Senado el proyecto, que se debatió en el plenario del día 10 de febrero y fue rechazado este mismo día por 128 votos en contra, 16 a favor y 3 abstenciones. Para más detalle, GONZÁLEZ COLLANTES, T.: «Las prisiones en el contexto de la Guerra Civil española, el franquismo y la transición a la democracia», en *E-SLegal History Review*, Iustel, núm. 19, enero 2015.

(14) Así lo percibía y relataba, radiografiando magistralmente la situación, BUENO ARÚS, F.: *Estudios...*, ob. cit., pp. 146 ss.

reticencias mostradas por la extrema derecha –presta a zancadillear y plagada de angustias por el poder perdido– a todo lo que significara equilibrio en la ejecución, se añadía la salvaje actuación de los grupos terroristas e, incluso, la incomprensión de algún miembro del estamento judicial pretendiendo procesar al máximo responsable del Centro Directivo por entender que incurría en un delito de infidelidad en la custodia de presos al conceder permisos de salida al margen de la legalidad (15).

En este complejo escenario, asumido el reto de la vía reformista, se imponía atender a aquellos aspectos que se revelaban como prioritarios: el restablecimiento del orden, una adecuada respuesta a las justas reivindicaciones, afrontar la problemática que significaba el binomio funcionario-recluso y acomodar, paulatinamente y sin estridencias, la normativa penitenciaria vigente a los textos pre-legislativos que se estaban elaborando. En la consecución de estos fines, las Circulares de 1978 iban a desempeñar un papel decisivo.

### III. ANÁLISIS CRONOLÓGICO DE LAS CIRCULARES DE 1978

En el Prólogo de mi monografía *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, publicado en 2002 por la Universidad de Alicante, Téllez Aguilera aludía a la existencia de un sector marginal de la doctrina, intencionadamente ubicado en el sectarismo ideológico y en la descontextualización científica, que permanece anclado en una cuasi-patológica preocupación por denunciar supuestas confabulaciones del sistema y por rastrear en busca de fantasmas inexistentes (16). Aun cuando su falta de altura científica nos impida dedicarles mayor atención, conviene advertir al lector que las aceradas críticas que este grupúsculo de autores vertieron en sus «análisis» de la reforma penitenciaria y de las decisiones adoptadas por el Centro Directivo durante la transición política, presentándolas como una sucesión de actos deshumanizados y represivos, solo pueden responder, en el mejor de los casos, a la ignorancia del contexto socio-político en que se adoptaron. Ignorancia, por demás, en el sentido del *ignorieren* alemán, esto es, no solo no saber, sino no querer saber.

(15) Una soberbia exposición del contexto socio-político en que se producen estos hechos, vividos en primera persona, en GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la transición...», ob. cit., pp. 51 ss.

(16) TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Prólogo», en RENART GARCÍA, F: *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002, p. 14.

Para quienes, por el contrario, aspiren a tener una visión objetiva y realista del momento en que se dictaron las Circulares de 1978 y, así, percibir su extraordinaria trascendencia, sabrán valorar lo que podría haber acontecido si algunas de estas no se hubieran adoptado, incluso con carácter de urgencia, en aquel entonces. La conversación mantenida, el 28 de marzo de 1978, entre D. Landelino Lavilla, a la sazón Ministro de Justicia, y D. Carlos García Valdés, dos días antes de su nombramiento como Director General, no puede ser ni más elocuente, ni más contundente: «si en seis meses –advertía el primero– no sacamos esto adelante, les entregamos las prisiones a Martín Villa», es decir, a Interior, que las venía reclamando ante los sucesivos y graves problemas de orden público que estas ocasionaban en plena transición democrática (17).

Ante esta nada deseable expectativa, «no cabía más que dos grandes compromisos y la expresión tajante de un ruego: pacificar las prisiones y poner en marcha la reforma penitenciaria con la aprobación de la Ley fueron manifestación de los primeros» (18). Es, precisamente, en la consecución de ambas finalidades que las Circulares de 1978, doctrinalmente calificadas como «normativa de urgencia» o de «imperiosa necesidad» (19), se revelaron como instrumentos decisivos en el espinoso tránsito de la normativa penitenciaria pre-constitucional a la avanzada y garantista ley de 1979. Ante una coyuntura tan compleja por la multiplicidad de factores adversos confluyentes, el inconmensurable mérito de D. Carlos García Valdés no fue el buscar una solución, sino el construir la solución.

### 1. **La Circular de 13 de abril: las normas provisionales para unificación de criterios en los Centros Penitenciarios españoles**

Elaborada en un lapso que puede calificarse de asombrosamente breve al haber sido dictada catorce días después del nombramiento del nuevo Director General, evidenciándose, así, el firme compromiso y la férrea voluntad de este de llevar a buen término la reforma penitenciaria, la Circular de 13 de abril reguló diversos aspectos que, en aquellos instantes, se revelaban como imprescindibles, aportando en muchos aspectos una rotunda modernidad, posturas avanzadas y una

(17) GARCÍA VALDÉS, C.: «A los veinte años...», ob. cit., p. 35.

(18) *Ibidem*, p. 35.

(19) ARribas LÓPEZ, E.: *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Madrid, 2010, p. 72.

unificación de criterios tan necesaria en los diversos Centros penitenciarios españoles.

En respuesta a aquellas reivindicaciones de los internos y de los funcionarios que resultaban atendibles por su sensatez, la Circular conjugó a la perfección innovación y modificación de lo normativamente vigente, combinando contenidos humanitarios con exigencias de rigor profesional y requiriendo de la institución penitenciaria niveles de flexibilidad en la toma de decisiones cuasi impensables hasta la fecha. Es, precisamente, el término «flexibilidad» el que aflora, de manera recurrente, a lo largo de la Circular, constatándose su presencia en el mandato dirigido a las Juntas de Régimen y a los Directores de los Establecimientos de observar la mayor posible en todo tipo de comunicaciones y visitas –esto es, en las previstas en los artículos 84 y siguientes del RSP–, en las extraconyugales o de amigos e, incluso, para casos muy señalados, en la prohibición de entrada de mercaderías existentes en los Economatos. Se iniciaba, con ello, una política penitenciaria aperturista, desde el pleno e íntimo convencimiento de la trascendencia de las relaciones del interno con el exterior, y que hallaría su punto álgido con la potenciación de los permisos de salida que se iba a materializar ocho días después, esto es, el 21 de abril. Ahora bien, a la concesión de determinada relación se le fijó, con acierto, un límite infranqueable: el respeto a la dignidad del interno y de su visitante; por ello, para la visita íntima que la reforma de 1977 introdujera, la Circular estableció la necesidad de contar con locales dignos, «suprimiéndose temporalmente cuando el grado de dignidad exigible para internos o Funcionarios» no lo permitiera.

Aun cuando desde la perspectiva del siglo XXI, las peticiones relativas a «paquetes, transistores y revistas» pudieran parecer de menor entidad, en modo alguno fueron soslayadas por el máximo responsable del Centro Directivo, plenamente consciente de la importancia que éstas revestían para la población reclusa. Así, lejano ya aquel prístino y rancio contenido del artículo 126 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 (en lo sucesivo, RSP) (20), con la adición, en 1977, del apartado 6 a su artículo 84, se permitió a los internos recibir los

---

(20) En el mismo, se autorizaba, por una parte, la entrada de libros del exterior, previa censura del Capellán y del Maestro bibliotecario, debiendo el censor consultar al Centro Directivo en caso de duda, y, por otra, no se permitía, en general, la entrada de periódicos y revistas en las prisiones ni aun para los funcionarios o el personal libre, salvo los expresamente autorizados por la Dirección General. La reforma del RSP llevada a cabo en 1968 supuso la modificación del artículo 383 relativo a las obligaciones de los Capellanes; de entre las mismas, destaca la contenida en el número doce, por la que debía «velar para que los reclusos no tengan libros y publicaciones que atenten contra la moral o las buenas costumbres, poniéndolo en conocimiento del

libros, revistas y periódicos del exterior que tuviesen libre circulación en España. Ahora bien, a diferencia del precepto reglamentario que, con la máxima indefinición, establecía que «si circunstancias especiales aconsejaban la prohibición» el Director así debía acordarlo, la Circular sí concretaba qué publicaciones se hallaban vetadas: «las revistas pornográficas o las exaltadoras de la ultraviolencia». A su vez, con el fin de facilitar que los internos obtuvieran información de lo que acontecía en el exterior o que, simplemente, colmaran sus horas de ocio, quedó autorizado el uso de transistores de tipo petaca y con audífono, a condición que las pilas fueran adquiridas en el economato. Con fines educativos, la Circular también permitió el uso de cassettes pedagógicos, bajo la supervisión del profesor de E.G.B. Del mismo modo, amén de permitirse el uso de dinero en el interior de los establecimientos –que podía ser entregado al interno por cualquier persona, salvo que existieran claras sospechas de procedencia ilegítima–, se dispuso la admisibilidad de las comidas para el interior a familiares o personas ajenas que ofrecieran garantía.

Pero es, sin duda, en el ámbito disciplinario donde mejor se percibe el contenido humanitarista de la Circular. El mandato dirigido a las Juntas de Régimen de «procurar no sancionar sistemáticamente con aislamiento en la propia celda», salvo en los casos verdaderamente graves, evidenciaba que el excesivo apego de este órgano colegiado a dicho correctivo requería ser atemperado. Se imponía, pues, no solo el recordarle la existencia de otro importante repertorio de sanciones sino también el advertirle de la total supresión de toda clase de castigos a trabajos mecánicos. Del mismo modo, aun cuando desde la reforma de 1977 las «celdas de castigo» habían dejado nominalmente de serlo, la realidad demostraba que seguían existiendo algunas construidas en piedra formando un todo indisolublemente unido con el suelo de la estancia (Ocaña) o emplazadas en los húmedos sótanos de los establecimientos, algunas como verdaderos fosos subterráneos (Carabanchel y Modelo de Valencia, entre otras) (21). Ante esta evidencia, en su celo por preservar la dignidad humana, la Circular reaccionaba contundentemente, indicando que «bajo ningún concepto» se podían utilizar para cumplimiento de sanciones celdas inhabitables o insalubres, debiendo procurarse que la ejecución del correctivo se

---

Director de la prisión, a quien corresponde adoptar la decisión que proceda en esta materia».

(21) Así las describe, tras haberlas inspeccionado, GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la transición...», ob. cit., p. 66; así mismo, en «A los veinte años...», ob. cit., p. 36. Haciendo, también, referencia a las mismas, GARCÍA ARÁN, M.: «Sistema penitenciario español», en *Doctrina Penal*, núm. 3, Buenos Aires, julio-septiembre 1978, p. 672.

verificase en la propia celda del interno (22). El respeto a la legitimidad de la reivindicación sosegada determinó que se declarasen no sancionables las huelgas de hambre o las autolesiones llevadas a cabo de forma pacífica, ya fuera individual o colectivamente, a menos que constituyeran incitación al plante o conllevaran alteración grave del orden. Como se constatará en lugar más oportuno, esta disposición requirió no solo ser recordada sino también matizada en la posterior Circular de 29 de mayo.

## 2. La Circular de 21 de abril: el desarrollo de los preceptos reglamentarios sobre permisos de salida

La reforma del RSP acaecida en 1977 supuso la incorporación a nuestra legislación penitenciaria de permisos de salida distintos de los ya contemplados, desde 1956, por razones humanitarias. Su novedosa previsión determinó la necesidad de que el 13 de octubre de ese mismo año se dictara ya una primera Orden Circular sobre los datos que habían de cumplimentarse para su aprobación (23), siendo estos permisos transitoriamente suspendidos, durante un lapso de sesenta días, desde la publicación de la Orden Circular de 3 de febrero de 1978. No obstante, esta situación de paralización de su concesión se diluyó con la aprobación, el 21 de abril, de la trascendente Circular que no solo reactivó su otorgamiento, sino que potenció el acercamiento del recluso al mundo libre en aquellos supuestos en los que procedía darle un mayor protagonismo.

Atribuyéndoles naturaleza jurídica de recompensa, a fin de estimular los actos que pusieran de relieve buena conducta y espíritu de trabajo, los permisos de salida que, conforme a lo establecido en el artículo 109.2. c) y d) del RSP, podían concederse lo eran en domingos y días festivos, desde las once a las diecinueve horas, para pasarlos con sus familiares en la localidad donde radicase el Establecimiento, o bien de veinticuatro, cuarenta y ocho o setenta horas, pudiendo llegar excepcionalmente a una semana, para llevar a cabo visitas familiares, con independencia del grado en que el interno se encontrase, si bien, en el supuesto de estarlo en primero, el permiso no podía exceder de cuarenta y ocho horas.

---

(22) Destacando este último aspecto de la Circular, PASCUAL MARTÍNEZ, A.: «Régimen disciplinario penitenciario», en *Poder Judicial*, núm. especial III, Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 1986, p. 34.

(23) Los contenidos esenciales de la misma pueden verse en VEGA ALOCÉN, M.: *Los permisos de salida ordinarios*, Granada, 2005, pp. 10 ss.

Si sorprendente fue que el precepto reglamentario previera la concesión de este tipo de permisos a quienes se hallaban en primer grado de tratamiento, esto es, en el denominado «de reeducación del interno» y, por ende, en un Establecimiento de régimen cerrado, no menos llamativo resultó que las salidas del apartado d) del precepto antes citado fueran extensivas a los internos que tuvieran la condición de «presos preventivos», siempre y cuando la autoridad o autoridades judiciales de las que dependieran así lo autorizaran (24). Aun cuando los principios de jerarquía normativa y de vigencia de las normas impedían que la Circular prohibiera la concesión de permisos a preventivos y a internos en primer grado, nada obstaculizaba el que pudiera introducir criterios limitativos que imbuyeran las propuestas de permisos de racionalidad.

Dictada veinticuatro días antes de la entrega del Anteproyecto de Ley General Penitenciaria al Ministro de Justicia, la Circular de 21 de abril presentaba, por una parte, un contenido necesariamente respetuoso con la norma reglamentaria vigente y, por otra, un creciente acomodo a lo que ya preveían los artículos 47 y 48 del citado texto pre-legislativo.

## 2.1 LOS PERMISOS ORDINARIOS DE SALIDA EN LA CIRCULAR

### 2.1.1 *La concesión de permisos a preventivos*

La primera de las consideraciones que la Circular efectúa atañe, precisamente, a la, en principio, incompatibilidad de la situación de

---

(24) Las razones de esta sorprendente extensión de los permisos de salida a los cautelarmente privados de libertad jamás han sido explicitadas, de ahí que cualquier motivo que pueda aducirse por la doctrina científica constituya una mera especulación. En mi opinión, ya expresada en una anterior publicación (*Los permisos de salida en el Derecho comparado*, Madrid, 2010, pp. 78 ss.), cabría, tal vez, atendiendo al contexto sociopolítico en que se produjo, entender esta medida como la materialización de una decidida voluntad aperturista dirigida a insuflar las instituciones penitenciarias de mayores cotas de transigencia y de innovación o, incluso, en el posible deseo de ampliar, por esta vía, los aún escuetos supuestos extraordinarios que seguía previendo el artículo 375.9 del RSP de 1956. Todo ello sin descartar la eventual instrumentalización de esta previsión como medida apaciguadora de las convulsas cárceles españolas del momento. A estos posibles motivos cabría adicionar el hecho que un porcentaje altísimo de los internos que habitaban las prisiones españolas se hallaban cautelarmente privados de libertad; en ese sentido, GARCÍA VALDÉS (*La reforma...*, ob. cit., p. 39) revela cómo, en 1978, el 61,6% de la población reclusa masculina se encontraba en régimen de detención preventiva. En la *Memoria* de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias correspondiente a 1977 se constata que si el total de condenados ascendía a 3.373, el correspondiente a los preventivos se cifraba en 4.860.

preventivo con la salida del interno al exterior, toda vez que si la Autoridad judicial había decretado dicha situación era porque estimaba que debía mantenerse como medida precautoria. No puede obviarse que, en gran medida, el Centro Directivo estaba, con ello, cuestionando la decisión que el Ejecutivo adoptara en 1977 de conceder permisos a quien se hallaba sujeto a una medida cautelar (25). Consecuente con esta apreciación, aun cuando la Circular admitía la existencia de supuestos en los que, atendidas las circunstancias del interno, estas salidas podían resultar pertinentes, «solamente en casos excepcionales» se proclamaba justificada la propuesta razonada que las Juntas de Régimen formularan a la Dirección General para su aceptación y posterior aprobación por la Autoridad judicial competente. Así, con este expreso mandato de limitación de las propuestas de salidas de preventivos a supuestos excepcionales, la Circular introdujo, con evidente acierto, un criterio que vino a racionalizar, en la medida de lo posible, la previsión del artículo 109.5 del RSP.

### 2.1.2 *Los permisos de salida de penados*

La incorporación de los permisos ordinarios de salida al catálogo de recompensas que establecía el ya citado artículo 109 del RSP no se caracterizó, pese a su notable relevancia, por ser objeto de una minuciosa regulación que describiera detalladamente todos los requisitos, elementos y límites temporales que los singularizaran. Perfeccionando la anterior Orden Circular de 13 de octubre de 1977, la Circular de 21 de abril vino a colmar esta laguna normativa, puntualizando las directrices generales a las que las Juntas de Régimen de los Establecimientos habrían de ajustar sus propuestas. Así, en relación con los penados y en atención a la naturaleza premial de estas salidas, no solo estableció que, salvo en supuestos excepcionales, el número de permisos propuestos no podía afectar a más de un diez por ciento de la plantilla de internos del Establecimiento sino también que, en ningún caso, podía concederse un permiso ordinario antes de haber transcurrido sesenta días desde el ingreso en prisión del interesado (26). La fijación de ambos límites, cuantitativo el primero y temporal el segundo, abortaban cualquier tentación por parte del órgano colegiado del Centro Penitenciario de realizar, por una parte, propuestas masivas y, por

---

(25) Nótese que el artículo 48 del Anteproyecto excluía a los preventivos de la concesión de permisos, lo que resultaba plenamente congruente con la novedosa configuración de éstos como instrumentos de «preparación para la vida en libertad».

(26) El artículo 48 del Anteproyecto condicionaba la concesión del permiso a la previa extinción de «sesenta días de condena efectiva» o de «la cuarta parte de la condena».



otra, de elevar peticiones de aprobación de permisos a penados al Centro Directivo en momentos tan cercanos a su ingreso que impedirían verificar la buena conducta y el espíritu de trabajo que el precepto reglamentario exigía.

Complementando lo dispuesto en los apartados c) y d) del artículo 109 del RSP, que aludían exclusivamente a franjas y a límites horarios o a días específicos de la semana y del calendario en que estos permisos podían disfrutarse, la Circular estableció las cifras máximas anuales de concesión en atención al grado en que el penado se hallara. Así, incorporando ya el excelente criterio de la distribución proporcional en cada semestre, se fijó el tope anual en dieciocho, veinticuatro y treinta días para quienes se encontrasen, respectivamente, en primer, segundo o tercer grado (27).

## 2.2 LOS PERMISOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS Y SECCIONES DE CARÁCTER ABIERTO: EL ANTECEDENTE DE LOS PERMISOS DE FIN DE SEMANA

La reforma del RP de 1981, llevada a cabo mediante el RD 787/1984, de 28 de marzo, supuso la adición de un núm. 7 a su artículo 45 y, con ello, la previsión de que en los establecimientos y secciones de régimen abierto los internos pudieran disfrutar, como norma general, de permisos de salida de fin de semana.

Sin embargo, fue precisamente la Circular de 21 de abril la que, adelantándose en varios años a la normativa reglamentaria antes citada y erigiéndose en el antecedente de la misma, introdujo el derecho de los internos clasificados en tercer grado a que se les concediera, en principio y si así lo deseaban, permiso «los días festivos, desde la víspera por la tarde», sin necesidad de previa aprobación por parte de la Dirección General. Es, en consecuencia, al Centro Directivo a quien procede atribuir la creación de este nuevo permiso de salida y, con ello, la potenciación de las relaciones con el exterior de quienes se hallaban gozando de un régimen de vida en semi-libertad (28).

---

(27) Para la determinación de la duración del permiso, preveía la Circular que debían de tenerse principalmente en cuenta la conducta observada y el espíritu de trabajo del interno, el grado penitenciario, las necesidades de este, especialmente familiares y profesionales y, por último, la distancia al punto de destino. En relación con este criterio temporal, debe significarse, de nuevo, que el artículo 48 del Anteproyecto establecía límites anuales de 18, 24 o 36 días a los condenados de primero, segundo o tercer grado, respectivamente.

(28) No deja de sorprender la escasa atención que la doctrina ha deparado a esta novedosa modalidad de permiso introducida por esta Circular, pese a lo trascendente de su previsión. Así, por todos, confirmando mi apreciación sobre el particular, no desta-

### 2.3 LOS PERMISOS EXTRAORDINARIOS DE SALIDA

El primer antecedente normativo en España de los permisos extraordinarios de salida se halla en el RSP de 1956, claramente influenciado por las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955; en efecto, si el artículo 44.2 de éstas preveía la obligación no solo de informar al recluso inmediatamente del fallecimiento o de la enfermedad grave de un pariente cercano sino también de autorizar, cuando las circunstancias lo permitiesen, para que fuera a la cabecera del enfermo, solo o con custodia, el artículo 375.9 del citado Reglamento disponía que el recluso debía ser informado de la muerte o de la enfermedad grave de un pariente próximo, y cuando las circunstancias lo permitieran, el Director, siempre previa aprobación de la Dirección General, podía autorizarle a trasladarse a su lado, en el supuesto de enfermedad muy grave o de defunción.

Pese al carácter tasado y cerrado de los supuestos de concesión, debe destacarse que la entonces Dirección General de Prisiones autorizaba, en algunos casos, salidas para objetivos distintos de los señalados en el artículo 375, como podían serlo la asistencia a comuniones, bodas o exámenes en un Instituto de Enseñanza Media (29). Así, mientras el diario «ABC» de 3 de junio de 1972 se hacía eco de la noticia del permiso concedido en Soria a un recluso para asistir a la comunión de su hijo, acompañado por un asistente social, en el diario «Ya», de 21 de febrero de 1973, se destacaba la salida de dos internos de la prisión cántabra de El Dueso para casarse e ir a la boda de la hija, respectivamente (30).

Ninguna de las sucesivas reformas del RSP habidas en 1968 y 1977 modificaron un ápice la redacción original del precepto de 1956, de ahí que la complementariedad perseguida por la Circular de 21 de abril de 1978 lo fuera, necesariamente, de una disposición reglamentaria

---

cando esta innovación, CARMONA SALGADO, C.: «Los permisos de salida», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.): Comentarios a la legislación penal, tomo VI, vol. II, Ley Orgánica General Penitenciaria, Madrid, 1986, p. 695.

(29) En ese sentido, SOSA WAGNER, F.: «Administración Penitenciaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 80, Madrid, 1976, p. 110; REJAS RODRÍGUEZ, S.: «Los permisos de salida: análisis de las causas de no presentación», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 244, Madrid, 1991, pp. 55 ss. Corroborando lo afirmado, conviene destacar que la Orden Circular de 15 de febrero de 1968 ampliaba los supuestos de hecho que la norma reglamentaria preveía al señalar que «la Dirección del Establecimiento podrá conceder a los internos permisos de salida por el tiempo indispensable, por motivos justificados de carácter familiar o por asuntos propios, dando cuenta al Centro Directivo. En estas salidas el interno podrá ir acompañado o no por el educador, según proceda a juicio de la Dirección del Establecimiento».

(30) GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen Penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975, p. 80, nota 207.

cuya vigencia ya había superado las dos décadas. Sin embargo, más que unas normas complementarias, en el ámbito de los permisos extraordinarios, la Circular procedió, por una parte, a clarificar aspectos que la redacción del artículo 375 ensombrecía y, por otra, a oficializar concesiones puntuales que se daban en la práctica. Así, la inconcreta expresión «pariente próximo» utilizada en el RSP fue perfeccionada por la Circular al delimitar, con suma nitidez, el círculo de personas cuyo fallecimiento o grave enfermedad (31) determinaban que el Director del centro otorgara el permiso, sin necesidad de previa autorización del Centro Directivo: el cónyuge, los hijos, los padres o hermanos y los afines en los mismos grados (32). El incremento de la seguridad jurídica que supuso esta precisión se vio acompañado de una previsión de notable contenido humanitario que dignificaba al recluso en general y, muy particularmente, a la interna embarazada. Así, en los supuestos de celebración de matrimonio canónico o civil por un interno o de próximo nacimiento de hijos de una interna, la Circular ordenaba a los Directores que procuraran que el matrimonio y el alumbramiento tuvieran lugar fuera del Establecimiento penitenciario, facilitando al efecto los permisos necesarios, no sin antes indicarles que estos permisos no debían computar como días de permiso ordinario.

### 3. La Circular de 9 de mayo: la invalidación de las anotaciones de faltas disciplinarias

Los artículos quinto y sexto del Real Decreto 338/1977, de 14 de marzo, sobre Indulto General (33) tuvieron una extraordinaria incidencia en el ámbito disciplinario penitenciario toda vez que, si el primero de estos preceptos declaraba indultadas todas las sanciones correspondientes a las faltas penitenciarias, cualquiera que fuera su naturaleza, que se hubieran impuesto o pudieran imponerse por hechos realizados hasta el día inmediato anterior a la publicación del citado Real Decreto, el segundo establecía que aquellos a quienes la aplica-

---

(31) El que la voluntad del pre-legislador fuera la de ampliar estos limitados supuestos se evidencia en el contenido del artículo 47 del Anteproyecto, toda vez que, junto a éstos, preveía así mismo la concesión de permisos extraordinarios «por importantes y comprobados motivos».

(32) Debe, no obstante, señalarse que la concreción de las personas incluidas en el concepto de «pariente próximo» del artículo 375.9 del RSP se produce, por primera vez, con la Orden Circular de 13 de octubre de 1977 sobre «Normas provisionales de régimen interno para la tramitación de los permisos a los que se refiere el artículo 109 y subsiguiente aprobación por esta Dirección General».

(33) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 66, de 18 de marzo de 1977.

ción de los beneficios que se concedían en el mismo no supusiera la inmediata libertad, podían disfrutar de los beneficios concedidos por los artículos 98 y 100 del Código Penal, cuando se cumplieran los requisitos que en ellos se establecían, valorando la conducta penitenciaria que se observase a partir de la entrada en vigor de dicha disposición, esto es, a partir del 18 de marzo de 1977.

Pese a las trascendentes consecuencias regimentales que ambas disposiciones generaban, no surtieron el efecto balsámico pretendido en una población reclusa crecientemente reivindicativa y en absoluto renuente a la hora de organizar virulentos desordenes colectivos en la mayoría de centros penitenciarios.

La decidida voluntad conciliadora del máximo responsable del Centro Directivo y el férreo deseo de apaciguamiento de la situación carcelaria, determinaron que el 9 de mayo de 1978 se dictara una Circular para que, con inmediato cumplimiento y a efectos de redención de penas por el trabajo y libertad condicional, se procediera a la invalidación, por parte de las Juntas de Régimen de los Centros penitenciarios, de las anotaciones de faltas disciplinarias de los internos derivadas de motines, plantes y actos de destrucción de los Establecimientos cometidas con anterioridad al 31 de marzo de 1978 (34). Se allanaba, así, el camino para la posible concesión del beneficio penitenciario y para el disfrute en libertad del último período de condena (35) toda vez que el artículo 65 del RSP de 1956, modificado por el RD 2273/1977, de 29 de julio, excluía de la citada redención a quienes reiteradamente observaran mala conducta durante el cumplimiento de la condena –entendiendo por tal la reiteración en la comisión de faltas graves o muy graves sin haber obtenido la invalidación de las anteriores–, y el artículo 98 del Código Penal requería una «intachable conducta» para el acceso a la libertad condicional.

---

(34) Apunta LORENZO RUBIO («El mal necesario» o la política penitenciaria en la transición, en *Mientras Tanto*, núm. 99, Barcelona, 2006, p. 91) que 1977 acabó con los incidentes carcelarios más importantes de la historia: se habían impuesto más de 9000 sanciones a presos por «faltas graves o muy graves», el doble que el año anterior y casi 3000 de ellas por «cometer actos tumultuosos, plantes o desordenes graves». Véase, así mismo, la *Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 1977*, pp. 43 y 44.

(35) Comparto la opinión de ANDRÉS LASO (*La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro*, tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Ricardo Manuel Mata y Martín, leída en la Universidad de Valladolid el 17 de julio de 2015, ejemplar impreso, p. 92) cuando señala que «se trata de una medida generosa que permitió la no consideración de los incidentes acaecidos dentro del contexto de violencia vivido en los meses previos para acceder a las nuevas posibilidades ofrecidas».

La pretensión sosegadora del exaltado clima prisional es patente. Y ello por cuanto que, a diferencia del indulto, cuyos efectos se extendían a la totalidad de las sanciones impuestas con independencia de la naturaleza de la infracción cometida, la Circular focalizaba la invalidación de las anotaciones a las faltas disciplinarias derivadas de motines, plantes y actos de destrucción. Siendo esto así, cabría entender que quedaba excluida de la invalidación toda aquella anotación derivada de la realización de una conducta tipificada en los artículos 110 a 112 del RSP de 1956 que no constituyera, *strictu sensu*, un motín, un plante o un acto de destrucción, por lo que la anotación de la sanción impuesta por la falta muy grave consistente en proferir blasfemias, irreverencias o burlas contra las creencias religiosas o realizar actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres, seguiría desplegando todos sus efectos, a menos que se hubiera verificado con ocasión de los desórdenes y actos tumultuosos de índole subversiva antes citados.

#### 4. La Circular de 29 de mayo: la asistencia médica a autolesionados

La *tabula rasa* que la Circular de 9 de mayo efectuó, invalidando anotaciones de faltas disciplinarias cometidas en situaciones específicas anteriores al 31 de marzo de 1978, no aquietó plenamente la convulsa situación carcelaria. Las actitudes violentas de los internos no se tradujeron exclusivamente en comportamientos activos dirigidos a la causación de daños materiales sino también en conductas autolesivas. Así, a la clásica huelga de hambre como mecanismo de presión e instrumento reivindicativo se sumaba, surtiendo efectos mucho más inmediatos y devastadores, toda una panoplia de actos atentatorios a la propia salud e integridad física que iba desde los cortes a diversas partes del cuerpo a la ingesta de objetos metálicos (36). Pese al dramatismo que este tipo de recursos encerraba, no pasaron desapercibidas al Centro Directivo las reiteradas salidas del establecimiento penitenciario de internos autolesionados para su conducción a Centros sanitarios, permitidas por las Autoridades de determinadas prisiones aun cuando se constatará su «nula necesidad clínica». Ante este exceso de flexibilidad, «después de los abusos y ciertos desmanes cometidos por reclusos en sus salidas hospitalarias» (37) (Hospitales de Segovia y Mora de Cádiz), «dándose además numerosos casos de inaceptables actitudes por parte de los favorecidos» y «una considerable alarma y

(36) Véase, por todas, la edición impresa del Diario *El País* de 11 de mayo de 1978, haciéndose eco de las autolesiones que, la víspera, trescientos internos se causaron en la prisión de Carabanchel.

(37) GARCÍA VALDÉS. C.: *Estudios de Derecho Penitenciario*, Madrid, 1982, p. 111.

rechazo social en muchas localidades», la Circular de 29 de mayo vino a establecer diferentes pautas de actuación en atención a la situación procesal del interno y a la mayor o menor dotación de medios y de personal sanitario de cada Centro penitenciario, fijándose, con carácter general, la prestación de la asistencia sanitaria en el propio establecimiento (38). Merece destacarse el punto sexto de la Circular, no solo por su pertinencia sino, fundamentalmente, por reflejar la férrea voluntad de la Administración Penitenciaria de atajar cualquier actitud que pusiera en peligro «la misma raíz, credibilidad y seriedad de la reforma emprendida». Con ese fin, se estableció que, si bien la Circular de 13 de abril dejaba sin correctivo disciplinario aquellas huelgas de hambre, autolesiones o ingestión de cuerpos extraños que efectuasen los internos de forma pacífica, la sanción recobraba su vigencia cuando tales conductas, «asumidas y meditadas por sus autores», se acompañasen de probados graves insultos o vejaciones a funcionarios y personal facultativo, amenazas y coacciones al resto de los internos o destrozos en las instalaciones.

## **5. La Circular de 31 de mayo: las normas reguladoras de la convivencia en los Centros Penitenciarios**

La configuración de las Circulares de 1978 como un medio, antes que como un fin, para llevar a buen término la reforma penitenciaria emprendida vuelve a constatarse ya desde las primeras líneas de la Circular de 31 de mayo. Reforzar los cimientos del régimen penitenciario, apuntalar los pilares sobre los que se asienta y cubrir con presteza las grietas que se observasen deviene una imperiosa necesidad para evitar el derrumbe de la obra legislativa que se hallaba en proceso de construcción (39). Por ello, señalaba la Circular, «se requiere necesariamente un mínimo de ordenada convivencia en los Establecimientos Penitenciarios, base de partida y fundamento de la trascendente obra emprendida y que no puede ser entorpecida, cuando no imposibilitada». Sin embargo, lejos del contenido represivo y autoritario que algunos intoxi-

---

(38) Señala GARCÍA VALDÉS («Sobre la transición...», ob. cit., p. 66) que «la asistencia sanitaria era materia conflictiva en este período. Las profusas autolesiones, unas reivindicativas otras simplemente miméticas, desbordaban su curación en las pequeñas enfermerías de los centros y no era factible el continuo traslado e ingreso, desde cualquier punto de España, en el Hospital Penitenciario de Madrid, único existente, pensado para intervenciones más complicadas, medianas y largas estancias sanitarias o enfermedades consabidas».

(39) Once días antes de la fecha en que se dicta esta Circular, esto es, el 20 de mayo de 1978, ya había sido entregado al Ministro de Justicia el Anteproyecto de Ley Penitenciaria.

cadores atribuían, sectaria e intencionadamente, a las decisiones adoptadas por el Centro Directivo, la Circular de 31 de mayo revela, antes bien, la preeminencia que debía otorgarse a las medidas conciliadoras en detrimento de otras más contundentes, solo legitimadas como *ultima ratio*. Así, tras reiterarse la prohibición absoluta de malos tratos a los reclusos, en estricto cumplimiento de lo previsto en el artículo 104.2 del RSP, no solo se recuerda que la coacción debe estar exclusivamente dirigida al restablecimiento de la normalidad, que la fuerza física debe ser la mínima indispensable y que deberá cesar en el mismo instante en que la situación creada desaparezca, sino que se ordena que el recurso a la misma tenga un carácter subsidiario, «agotadas las vías de diálogo o cualquier otro similar procedimiento». No concluye, empero, con esta previsión el contenido garantista, humanitario y preservador de la dignidad del recluso –incluso en situaciones de graves alteraciones de la convivencia o de negativa arbitraria al cumplimiento de órdenes legales–, sino que se extiende, así mismo, al ámbito disciplinario. En efecto, a diferencia de los artículos 114 del RSP de 1956 y 115.3 del RD de 1977 (40) que, en una muy rudimentaria formulación de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, establecían, respectivamente, que «las Juntas de Régimen al sancionar las faltas apreciadas, tendrán en cuenta las circunstancias del hecho y las que al sujeto se refieren» y que «en la determinación de la sanción serán ponderadas las circunstancias del hecho y del culpable», la Circular apuntaba que toda falta disciplinaria había de llevar consigo «el proporcionado y razonable correctivo». Este mandato de razonabilidad, postulado esencial del principio de prohibición de exceso, se veía acompañado por la novedosa exigencia de que la sanción de aislamiento en celda (41) se impusiera con carácter excepcional y, en todo caso, subsidiario, debiendo reservarse, exclusivamente, para los supuestos más graves.

---

(40) Sobre la aplicación del régimen disciplinario regulado en el RSP de 1956, ZAPATERO SAGRADO, R.: «Apuntes para un estudio sobre el estado disciplinario de las prisiones españolas de 1961 a 1976», en *Documentación Jurídica*, núm. 18, Madrid, abril-junio 1978, pp. 401 ss.; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1976, pp. 212 ss.

(41) No debe sorprender esta particular sensibilidad del artífice de la Circular respecto de esta sanción; en 1975, GARCÍA VALDÉS (*Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*), Madrid, 1975, pp. 168 ss.), en su referencia al régimen disciplinario establecido en el RSP, ya había destacado su dureza y, en particular, la ilegalidad, rayana en el rigor innecesario, de la ejecución de las sanciones disciplinarias de reclusión. A su vez, constata TÉLLEZ AGUILERA (*Seguridad y disciplina penitenciaria*, Madrid, 1998, p. 202) cómo el sistema sancionador establecido en el RSP de 1956 colocaba la reclusión en el eje del mismo, «lo que correspondía a un régimen que ordenaba guardar y mantener una inquebrantable disciplina (art. 104) y que imponía a los reclusos un sometimiento marcial ante el funcionario (art. 106)».

## 6. La Circular de 6 de junio: las requisas periódicas en los establecimientos penitenciarios

De entre las múltiples vivencias experimentadas por el entonces máximo responsable del Centro Directivo con ocasión de sus visitas a más de treinta de las prisiones que conformaban el mapa penitenciario español, destaca, por resultar hartamente expresiva de la candente situación carcelaria, aquella habida en la Modelo valenciana en la que, reunido con uno de los reclusos más conflictivos, procedente de muchas prisiones, este interrumpió el relato de sus problemas para formularle la siguiente pregunta: «¿Usted cree que me han cacheado bien y que está usted seguro? pues mire», exhibiéndole un pincho de considerables proporciones (42). Ante episodios como el relatado y la existencia de no pocas fugas, algunas consumadas y otras en grado de tentativa, cobra todo su sentido que la Dirección General dictara, el 6 de junio de 1978, la Circular sobre requisas periódicas en los establecimientos penitenciarios, recordando la necesidad de un cumplimiento preciso de las obligaciones generales respecto a la vigilancia interior recogidas en el artículo 79 del RSP, en relación con los artículos 83.1.º y 99.4 del mismo cuerpo reglamentario. «Su razonable cumplimiento –rezaba la Circular– permitirá un muy superior control de la seguridad de los locales penitenciarios y, en consecuencia, contribuirá a crear un clima de tranquilidad ciudadana de la que se encuentra necesitada este importante tema».

## 7. La Circular de 24 de julio: las normas de régimen interior

Pese al ya demostrado talante conciliador y dialogante del máximo responsable del Centro Directivo, la pervivencia de situaciones de conflicto en los centros penitenciarios determinó la perentoria necesidad de implementar nuevas normas de régimen interior y de completar lo dispuesto en las anteriores Circulares de 29 y 31 de mayo, de 6 de junio y en la Orden telegráfica de 15 de julio, referente a la posibilidad de aplicar a los internos más peligrosos un régimen de vida mixta (celular), cuando no el traslado a departamentos celulares de otros Centros Penitenciarios (43).

---

(42) GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, Madrid, 2015, p. 65.

(43) Conviene recordar que, en la Circular de 3 de febrero de 1978, dictada por el entonces Director General, D. Jesús Haddad Blanco, ya se pretendió «contrarrestar la presión de grupos organizados que en los Centros penitenciarios alteran el orden y



Es en una de las bases del régimen general de los Establecimientos de Cumplimiento, en concreto, en la necesidad de «un régimen disciplinario tendente a conseguir que los internos adquieran hábitos de orden, disciplina espontánea, interés por el trabajo y sentimiento de la propia responsabilidad» (art. 50.1. F del RSP, en redacción dada por el RD de 1977), que halla su escaupia normativa –aunque, tal vez, no excesivamente sólida (44)– y, por ende, su aparente legitimidad, la previsión de un régimen de vida mixta que limitara las actividades en común de los reclusos y ejerciera un mayor control y vigilancia sobre los mismos. Si, como señalamos anteriormente, la apoyatura reglamentaria respecto de los penados podía adolecer de cierta fragilidad, esta no se daba, empero, en relación con los preventivos por cuanto que el artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal legitimaba la adopción de medidas extraordinarias de seguridad «en el caso de desobediencia, de violencia o de rebelión o cuando hubiera intentado o hecho preparativos para fugarse» (45).

Tras una prolija enumeración de las conductas que, amén de motivar la imposición de la correspondiente sanción disciplinaria, justifican la aplicación del régimen celular y el traslado del interno partícipe en las mismas –y, aun cuando lo fuera de forma más restringida, también al considerado instigador– a uno de los departamentos especiales

---

la disciplina», mediante la concentración en el Centro Penitenciario cántabro de El Dueso de los internos más conflictivos.

(44) En este sentido, no le falta razón a ARRIBAS LÓPEZ (*El régimen...*, ob. cit., pp. 74 ss.) cuando advierte que tal apoyatura legal o, incluso, reglamentaria, no existía, dándose lo que él denomina una «anómia» regimental, en tanto en cuanto, en el texto del RSP, tras las reformas operadas en 1968 y en 1977, para el entonces ya denominado «régimen cerrado», no había prácticamente normas reglamentarias de aplicación, «lo que se dejó sentir –apunta este autor– cuando hubo una necesidad imperiosa de controlar a grupos de internos que, no por minoritarios, dejaban de causar gravísimos problemas a sus propios compañeros de internamiento, a los funcionarios y, repetimos, a la reforma penitenciaria entonces en ciernes». Por ello, en palabras de este autor, la Circular de 24 de julio de 1978 «significaba la entrada en escena de un instrumento normativo que hacía posible el imprescindible control de los internos más peligrosos y conflictivos».

(45) Aun cuando un sector de la doctrina, ya aprobada la LOGP, cuestionaba la aplicabilidad de su artículo 10 a los preventivos, GARRIDO GUZMÁN («Régimen penitenciario e Instituciones de máxima seguridad», en *Eguzkilore*, núm. Extraordinario, San Sebastián, enero de 1988, p. 154) venía a legitimar el régimen que implantara la Circular de 24 de julio al señalar que «la medida tiene carácter excepcional y constituye una amarga necesidad impuesta por la realidad prisional española. La participación de grupos reducidos de internos preventivos en actos de destrucción, violencia, motines y desmanes de todo tipo en los establecimientos penitenciarios ha sido frecuente en estos últimos años, no quedando otra vía para tratar de controlar a los internos que sean altamente peligrosos».

habilitados al efecto (46), la Circular concretaba las medidas que requerían ser adoptadas y que, como se verá, afectaban esencialmente al mantenimiento de las relaciones con el exterior. En efecto, de modo transitorio, «mientras perdure esta situación», se ordenó no solo que las comunicaciones orales de los internos sometidos al régimen celular se limitasen estrictamente a los familiares, en los términos precisos reflejados en el recientemente reformado artículo 85.1 del RSP (47), sino también que fueran siempre intervenidas, pudiendo ser suspendidas por razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del Establecimiento. A su vez, junto a la declaración de inaplicabilidad del artículo 85.4 del RSP para los reclusos sometidos al régimen celular y, con ello, de la prohibición de mantenimiento de comunicaciones orales en sala independiente, se les excluyó del disfrute de los permisos de salida establecidos en las letras c) y d) del artículo 109.2 del RSP y desarrollados por la Circular de 21 de abril, lo que adquiría todo su sentido a partir del instante en que ambas modalidades de relacionarse con el exterior requerían, reglamentariamente, la buena conducta del interno.

La censura de la correspondencia de los penados y la interceptación de la de los preventivos –«mientras se solicita de los Tribunales

---

(46) Apunta la Circular que dicho traslado se produciría «en casos de imposibilidad material de ejecución de tal régimen en el Centro Penitenciario donde se cometió la falta, o cuando, aun siendo viable tal cumplimiento, razones excepcionales de seguridad, a criterio del Centro Directivo, así lo aconsejen». Recuerda GARCÍA VALDÉS («La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia», en *La Ley Penal*, núm. 56, Madrid, 2009, p. 6) que a los departamentos celulares de Burgos, El Dueso, Cartagena, Ocaña o El Puerto, que estaban infrautilizados, fueron trasladados «cuantos preventivos o condenados mostraban una mayor conflictividad o peligrosidad, anticipo del régimen cerrado que vendría a establecer el artículo 10 de la Ley Penitenciaria, recuperando estos lugares su útil función primigenia e, incomprensiblemente, desaprovechada». Respalda estas medidas, GARRIDO GUZMÁN (*Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid, 1988, p. 108) al considerar decisivo el restablecimiento de la normalidad en los centros penitenciarios. Apunta este autor que «si las coacciones, vejaciones y agresiones constituyen la forma reiterada de actuar de algunos grupos de reclusos, es indispensable la separación y aislamiento de los mismos, acabando con esos grupos mafiosos que, aun siendo reducidos, echan por tierra cualquier posibilidad de tratamiento penitenciario, convirtiendo las prisiones en comunidades de reclusos amedrentados y funcionarios desmoralizados e impotentes».

(47) Con ello, quedaban vetadas las comunicaciones «con otras personas» que el precepto reglamentario preveía. Aun cuando del contenido literal de la Circular podrían, así mismo, entenderse prohibidas las comunicaciones de los internos extranjeros con los representantes diplomáticos y consulares de su nación o con «las personas que sus Embajadas o Consulados indiquen» (art. 84.5 del RSP), no parece haber sido ese el propósito del Centro Directivo si nos atenemos a las razones que motivaron la Circular y al fin pretendido con su dictado.

y Jueces de quienes dependen la autorización judicial precedente»—, no fue sino la lógica consecuencia de las irregularidades constatadas en el ámbito de los intercambios epistolares y que abarcaban desde el envío de consignas de prisión a prisión hasta la libre correspondencia desde los Centros de cartas y misivas firmadas por meras siglas, nombres imaginarios o pseudónimos, contraviniendo con ello los principios reglamentarios (48). La trascendencia de estos actos comunicativos, por los que «en su osadía, se ha llegado a realizar llamamientos a la lucha armada, solicitándose el apoyo exterior necesario», determinó que, de modo plenamente justificado, se extendiera la interceptación automática y la censura de la correspondencia dirigida «de prisión a prisión» —«vehículo inequívoco y comprobado de transmisión de consignas de un Establecimiento a otro»— a todos los reclusos que no se encontraran en un Establecimiento de régimen abierto. En efecto, junto a las medidas específicas destinadas a los reclusos en régimen celular, la Circular implementó instrumentos de control para el resto de la población carcelaria, exceptuando únicamente a los que se hallaban en tercer grado, esto es, en el entonces denominado período «de prelibertad». Así, no solo se exigió el riguroso cumplimiento de lo establecido en el artículo 91 del RSP, esto es, el depósito de la correspondencia expedida por los internos en el buzón al efecto y la clara expresión del nombre y apellidos completos del remitente, sino también el que la correspondencia no censurada ni interceptada fuera abierta por el funcionario en presencia del interno, previa comprobación de que el sobre no contenía objetos prohibidos. La recepción de comidas y encargos fue, así mismo, objeto de una particular atención, requiriéndose el exacto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 82 del RSP, de inalterado contenido desde su prístina redacción en 1956 (49). A diferencia de los internos sometidos al régimen de vida mixta, cuyo disfrute resultaba taxativamente

---

(48) El artículo 90.2 del RSP, en relación con los internos en régimen cerrado o intermedio y solo con carácter excepcional, atribuía al Director del Centro la competencia para poder censurar la correspondencia «cuando graves razones de índole penitenciaria o prevención de infracciones penales» así lo aconsejasen. Con la Circular que comentamos, los máximos responsables de los Centros ya se veían, pues, no ya facultados sino compelidos a censurar y a interceptar en todos los supuestos en ella recogidos.

(49) Conforme a este precepto, la recepción de comidas y encargos debía efectuarse con arreglo al horario establecido. Los funcionarios a quienes se encomendasen estos servicios tenían la obligación de hacer los oportunos registros personalmente, con toda escrupulosidad, siendo directamente responsables de la introducción o salida de objeto que debieran retener. A tal efecto, debía llevarse un libro registro en el que habían de anotarse las entradas y salidas de paquetes y encargos.

prohibido, la comunicación en sala independiente para el resto de reclusos solo podía verse limitada respecto de aquellos que tuvieran sanciones disciplinarias muy graves sin invalidar, sin que pudiera permitirse el acceso a la misma «de forma indiscriminada o cediendo a las presiones de internos que fueran acreedores a tal concesión».

#### **8. La Circular de 1 de septiembre: la adaptación de la enseñanza en los establecimientos penitenciarios a la E.P.A. a nivel de E.G.B.**

Si la reforma de 1977 modificó sustancialmente el contenido de los artículos 121 a 123 del RSP, la extensa Orden de 14 de febrero de 1974, por la que se aprobaban las orientaciones pedagógicas para la Educación Permanente de Adultos, a nivel de Educación General Básica (50), supuso, entre otros muchos, el establecimiento de tres ciclos —«con el fin de ordenar de algún modo los objetivos, contenidos y actividades, así como para lograr una acomodación a las circunstancias, capacidades y madurez de los alumnos adultos»— que la Circular de 1 de septiembre incorporó al sistema escolar entonces vigente en los Establecimientos Penitenciarios españoles. Con este acomodo a la nueva normativa educativa, el Centro Directivo, en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 121 del RSP, ajustaba la enseñanza que se impartía en los centros penitenciarios al régimen fijado con carácter general por el Ministerio de Educación y Ciencia (51). Se abandonaba, con ello, aquella clasificación de alumnos en los grados de Alfabetización, Preliminar, Elemental, Medio y Superior de los que constaba el período de instrucción primaria que conformaba, junto con el de clases especiales, aquella enseñanza cultural que la versión original del citado artículo 121 regulaba.

#### **9. La Circular de 4 de octubre: las nuevas instrucciones para la concesión de permisos de salida a internos**

La negativa experiencia obtenida en relación con los permisos otorgados a penados clasificados en primer grado y a extranjeros, con

---

(50) *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 5 de marzo de 1974, pp. 4486 ss.

(51) Para más detalle, ANDRÉS LASO, A.: *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro*, Madrid, 2016, pp. 88 ss. Un análisis de la evolución legislativa de la educación en el ámbito penitenciario en MAPELLI CAFFARENA, B.: «Educación y actividades culturales», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. II, Ley Orgánica General Penitenciaria, Madrid, 1986, pp. 867 ss.

unos inaceptables índices de evasiones, unida a la constatación, por una parte, de la acusada tendencia de los internos a considerar estos permisos como un derecho subjetivo de concesión automática y, por otra, de la ocasional laxitud de las Juntas de Régimen y Administración a la hora de elevar sus propuestas sin una serena valoración del estudio del recluso efectuado por el Equipo de Tratamiento, determinaron la necesidad de derogar la Circular de 21 de abril y de promulgar nuevas Instrucciones donde se precisaran con más detalle las condiciones y procedimientos para la concesión de permisos.

### 9.1 PERMISOS ORDINARIOS

Contemplados, por primera vez, en la Circular de 21 de abril, los ahora denominados permisos «ordinarios» constituían las salidas concedidas por las Juntas de Régimen y Administración, con carácter preceptivo o potestativo en función de su finalidad, a todos los penados clasificados en tercer grado que voluntariamente las solicitaran, ya por encontrarse en Establecimientos o secciones de carácter abierto, ya por salir diariamente a trabajar al exterior.

Aun cuando se fijaba, con carácter general, la duración de estas salidas desde las ocho horas del sábado –o desde que terminara la jornada laboral si el penado trabajaba en ese día– hasta las veintidós horas del domingo –o hasta la mañana del lunes para aquellos penados que disfrutaran del permiso en otra localidad donde no existiera medio de transporte en domingo–, también se contemplaba la posibilidad de extenderlas a las vísperas de días festivos no domingos e, incluso, a los días laborables intermedios entre dos festivos, siempre y cuando no se trabajara en la empresa a cuya plantilla perteneciera el penado.

El notable incremento de días de disfrute en libertad –revelador del firme propósito del Centro Directivo de fortalecer las relaciones con el exterior de quienes se hallaban en la antesala de la libertad condicional–, no se circunscribió exclusivamente a los fines de semana y a otros festivos sino que se amplió, excepcionalmente y por razones muy justificadas, incluso a los días laborables, siempre y cuando los solicitantes contasen con la autorización de las empresas donde trabajasen (52).

Ahora bien, siendo características del tercer grado, entonces denominado «de prelibertad», el acrecentamiento de la confianza depositada

---

(52) La Circular apuntaba, a título de ejemplo, entre otros posibles supuestos, las gestiones con vistas a la próxima libertad o la asistencia a consultas médicas u odontológicas.

en el interno, la asunción por éste de mayores cotas de responsabilidad y la observancia en sus Establecimientos de las reglas mínimas de disciplina y de orden penitenciario (art. 100 RSP), adquiriría todo su sentido que, tras la generosa configuración de estos permisos, la Circular calificara como falta disciplinaria grave (art. 111.7 RSP) el retraso no justificado en la vuelta al Establecimiento y, como infracción muy grave (art. 112.7 RSP), la no presentación al mismo.

## 9.2 PERMISOS ESPECIALES

La denominación de «permisos especiales» fue atribuida a aquellas salidas que, con un límite mínimo de veinticuatro horas y máximo de siete días, las Juntas de Régimen y Administración de los Establecimientos, previo estudio y propuesta de los Equipos de Observación o de Tratamiento donde estos existieran, podían conceder, a título de recompensa, a penados y a preventivos. Es, precisamente, en relación con los sujetos a la medida cautelar de prisión provisional que la Circular dicta sus primeras instrucciones al órgano colegiado penitenciario competente, señalándole la necesidad de que el permiso otorgado al preventivo tuviera la previa conformidad, manifestada de forma fehaciente, por el Juez o Tribunal del que dependiera, reputándose, en consecuencia, inadecuadas la simple llamada telefónica o el telegrama no confirmado posteriormente por escrito por el órgano judicial (53).

Tras excluir del posible disfrute de estos permisos a los internos a quienes se les hubiera aplicado el «régimen de vida mixta» —esto es, aquellos a los que se refería la Circular de 24 de julio—, así como a los disciplinariamente sancionados por falta grave o muy grave no invalidadas (54), la Circular señalaba, insistiendo en ello, que los permisos que se propusieran para los penados clasificados en primer grado, «en tanto no entrara en vigor la futura Ley General Penitenciaria» (55), no

---

(53) Debe destacarse que, en la esfera pre-legislativa, el artículo 48 del Proyecto de Ley General Penitenciaria volvía a contemplar la concesión de permisos a preventivos, tras la exclusión de la que habían sido objeto en el texto del Anteproyecto.

(54) Precisaba la Circular, en este punto, que no debía tomarse en consideración la invalidación de oficio a que se refería la Orden Circular de 9 de mayo pues aquella se había otorgado exclusivamente a efectos de redención de penas por el trabajo y libertad condicional.

(55) Importante precisión por cuanto que el artículo 47.2 del Proyecto ya preveía la exclusión de la concesión de permisos ordinarios a los clasificados en primer grado.

solo debían obedecer a circunstancias muy excepcionales sino que, en ningún caso, podían exceder de dieciocho días anuales.

La armonización de la Circular con el contenido del artículo 47.2 del Proyecto de Ley y, fundamentalmente, con la nueva naturaleza jurídica que la reforma legislativa atribuía a los permisos ordinarios como elementos esenciales del tratamiento penitenciario, no solo se constataba en la exigencia de previa extinción de la cuarta parte de la condena y en la fijación de límites de veinticuatro y treinta y seis días anuales de disfrute, sino también en las circunstancias que las Juntas tenían que valorar para su otorgamiento. En efecto, los dos requisitos inherentes a la configuración del permiso como recompensa (conducta del interno y espíritu de trabajo) se veían complementados con una serie de factores que presentaban un contenido mucho más acorde con la idea de tratamiento. La ponderación, entre otras, de variables como «la vinculación familiar, necesidades personales del interno, diagnóstico de peligrosidad, tratamiento a que se encontrase sometido e incidencia del permiso en el mismo, distancia al punto de destino o permisos disfrutados anteriormente y uso que se hubiera hecho de los mismos» revelaba cómo en el dictado de la Circular se atendía necesariamente, por una parte, a la normativa reglamentaria entonces vigente y, por otra, a la nueva conformación que en el ámbito legislativo se estaba coetáneamente proyectando de los permisos como instrumentos tratamentales.

Una vez limitados, cualitativa y cuantitativamente, los permisos de salida de los internos en régimen cerrado y de los extranjeros, el apuntalamiento, con vocación de futuro, de las satisfactorias cifras obtenidas desde el 21 de abril con relación a los penados clasificados en segundo grado requería de la adopción de nuevas cautelas (56). En consecuencia, la Circular no solo instaba a una más cuidadosa ponderación de las circunstancias personales de los internos que careciesen de familia antes de resolver sobre la concesión del permiso sino también al aseguramiento de que el penado dispusiera de los medios económicos suficientes para los gastos de desplazamiento y estancia, caso de disfrutar del permiso en localidad distinta a aquella en la que radicaba el Centro penitenciario (57). Junta a estas medidas tendentes a evitar el no retorno

---

(56) Medidas que resultaron eficaces si nos atenemos al ínfimo porcentaje de fugas y de fracasos: 2,16% en 1978; 0,68% en 1979; 0,40% en 1980 y 0,46% en 1981. En ese sentido, GARCÍA VALDÉS, C.: «Relación del interno con la vida exterior y beneficios penitenciarios», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, Madrid, 1982, p. 605; así mismo, BERISTAIN IPIÑA, A.: «Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutivos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, fasc. 3, Madrid, 1979, p. 593.

(57) No obstante, esta medida cautelar se acompañaba de una previsión que denotaba el humanitarismo de quien la dictaba. Así, «en casos excepcionales, si el

del recluso tras el disfrute del permiso, la Circular, adelantándose en varios años a disposiciones más propias de los albores del siglo XXI, prohibía la concesión de un permiso para su disfrute en la misma localidad o barrio en que residía la víctima o su familia cuando el interno hubiese cometido delito de sangre o contra la honestidad.

Los aspectos disciplinarios y regimentales consecuentes al incumplimiento del compromiso bajo palabra que el interno debía asumir de observar buena conducta y de regresar al Establecimiento cuando finalizara el tiempo del permiso no fueron soslayados por la Circular. Antes bien, la inobservancia de estas condiciones no solo constituía una falta disciplinaria grave o muy grave sino que podía motivar una regresión de grado que imposibilitara al interno el disfrute de futuros permisos hasta que no fuera nuevamente promovido al grado que tuviera anteriormente. La medida más severa que la Circular contemplaba y que se reservaba para el supuesto de comisión, durante la salida, de un nuevo delito castigado con pena grave, suponía la imposibilidad de que el penado volviera a obtener permisos ordinarios o especiales hasta la extinción de la condena que se encontrara cumpliendo en aquel momento y, en todo caso, en un período de tres años.

### 9.3 PERMISOS EXTRAORDINARIOS

Consecuente con el espíritu humanitario y aperturista que impregnaba los respectivos contenidos de los artículos 47 y 47.1 del Anteproyecto y Proyecto de Ley General Penitenciaria, por los que se extendía la concesión de permisos extraordinarios de salida a «importantes y comprobados motivos» distintos del fallecimiento o la enfermedad grave de determinadas personas, la Circular de 4 de octubre amplió significativamente el elenco de situaciones propiciatorias de salidas que tan cicateramente preveía el aún vigente artículo 375 del RSP. En efecto, si la Circular de 21 de abril incrementó los supuestos que la norma reglamentaria establecía, alentando el otorgamiento de permisos a los internos que fueran a contraer matrimonio y a las internas que fueran a dar a luz, la que vino a derogarla evidenció la particular sensibilidad del Centro Directivo respecto de momentos y situaciones que, sin ser extremas, podían ser de vital significación para el interno. Así, junto a eventos tasados como el «matrimonio o alumbramiento»,

---

interno no puede hacer uso de un permiso exclusivamente por carecer de medios económicos, éstos le serán facilitados, en la medida de lo posible, por el Establecimiento con cargo al Fondo de Reclusos, salvo que se recibiese la oportuna ayuda de la correspondiente Delegación del Patronato de «Nuestra Señora de la Merced».



«el nacimiento, matrimonio, primera comunión, enfermedad grave o fallecimiento de familiares comprendidos dentro del segundo grado civil» o la asistencia a «exámenes», la Circular también contemplaba la concesión de permisos para que el interno pudiera «resolver situaciones de especial gravedad o importancia susceptibles de incidir sobre su situación económica o profesional futura» (58).

#### 10. **La Circular de 16 de noviembre: el voto de los internos en el referéndum constitucional de 6 de diciembre**

En aplicación del artículo 3 de la Ley para la Reforma Política se convocó, por el Real Decreto 2560/1978, de 3 de noviembre, el referéndum para la aprobación del Proyecto de Constitución, a celebrar el día 6 de diciembre del mismo año. Con anterioridad, el Real Decreto 2120/1978, de 25 de agosto, estableció las normas para la celebración de consulta directa a la Nación por medio de referéndum, proclamándose, en la regla 11 de su artículo 22 que los electores que se encontrasen recluidos en establecimientos penitenciarios ejercerían su derecho de voto por correo, a cuyo fin la correspondencia electoral tendría libre entrada y salida en los mismos.

El celo del Centro Directivo por garantizar el ejercicio del derecho de sufragio activo de los internos motivó el dictado de la Circular de 16 de noviembre por la que se instruía a la Dirección de los Establecimientos penitenciarios sobre diversos aspectos y procedimientos a seguir para facilitar el voto de los mismos. Tras recordar que todos los internos podían votar, «puesto que la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio no se extiende al voto en referéndum», la Circular distinguía entre los penados clasificados en tercer grado –que saldrían a votar personalmente ante la mesa electoral que les correspondiera– y el resto de la población reclusa, que habría necesariamente de votar por correo. Es, precisamente, en relación con este último colectivo que la Dirección General encomendaba a los responsables del Centro penitenciario la realización de toda una serie de actuaciones ante las Juntas Electorales, Ayuntamientos y Oficinas centrales de correos dirigidas a asegurar la participación de los reclusos en todo el proceso consultivo.

---

(58) Debe destacarse que, a diferencia del artículo 47.1 del Proyecto, con el que pretendía armonizarse, la Circular reiteraba a las Juntas de Régimen y Administración y, en caso de urgencia, a los Directores de los Centros Penitenciarios, la naturaleza imperativa de la concesión de estos permisos. En efecto, no puede desconocerse que el citado precepto del texto pre-legislativo señalaba que, en los supuestos que recogía, podían concederse permisos de salida.

## **11. La Circular de 29 de diciembre: los servicios de educación en los Establecimientos Penitenciarios**

Con un contenido revelador de la importancia atribuida por el Centro Directivo a la materia educativa, la última Circular de 1978, fechada el 29 de diciembre, abordó las singularidades de los estudios a realizar en los Centros penitenciarios, alentando decididamente su seguimiento por parte del interno al considerar la promoción académica del alumno o el alcance de los objetivos propuestos, en cuanto a madurez personal y sociabilidad, factores positivos a tener en cuenta por las Juntas de Régimen.

Aun cuando la Educación Permanente de Adultos tenía un carácter voluntario, libre y de asentimiento personal a los objetivos, contenidos y técnicas del mismo, el fin primordial de la reinserción social del interno y la constatación de que su ingreso en el mundo laboral libre exigía, como mínimo, el que poseyera el Certificado de Escolaridad, determinaron que la Circular estableciera, respecto de los reclusos que no tuvieran los conocimientos del primer y segundo ciclos de la E.P.A, la obligación de asistir a la Escuela hasta la obtención del citado certificado.

La conciencia de que la constrictión en el plano educativo rara vez depara éxitos si no va acompañada de estímulos impulsó a que la Circular estableciera que la obtención del Certificado de Escolaridad o del título de Graduado Escolar pudiera ser considerada como «circunstancia muy excepcional» para la concesión de los permisos especiales de salida que la Circular de 4 de octubre regulaba. El aprovechamiento de los estudios, la promoción académica de uno a otro ciclo o el alcance de determinados objetivos tenían, así mismo, que ser considerados por la Junta de Régimen como factores positivos para la progresión de grado, la concesión de comunicaciones especiales y el acortamiento de la pena.

## **IV. BALANCE CONCLUSIVO**

Enmarcándolas en el contexto extremadamente complejo en el que se dictaron, las Circulares de 1978 evidenciaron la firme decisión y la gran inteligencia de quien asumió el reto de llevar a buen término la reforma penitenciaria. Desbrozaron y allanaron la senda que debía conducir a la aprobación de la Ley Penitenciaria, pacificaron las prisiones, restablecieron el orden alterado, respondieron con generosidad a aquellas reivindicaciones que se revelaban como justas, aumentaron la confianza de un funcionariado confuso y desmoralizado, dotaron determinadas instituciones de mayores cotas de humanidad y trufaron

el camino emprendido con hitos de modernidad. No puede comprenderse, en toda su dimensión, el tránsito de la normativa penitenciaria pre-constitucional a la aprobada el 26 de septiembre de 1979 al margen de unas Circulares que constituyeron el decisivo eslabón que las enlazaba. Quienes participaron en su confección adquirieron, desde entonces, su condición de eternos acreedores del moderno penitenciarismo español, en permanente deuda con los mismos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁMEZ CASTRO, R.: «Formación y evolución del Derecho Penitenciario moderno», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 258, Madrid, 2015, pp. 49 ss.
- ANDRÉS LASO, A.: «Veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, primera norma con este rango en la democracia española», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, enero de 2005, pp. 85 ss.
- *La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro*, tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Ricardo Manuel Mata y Martín, leída en la Universidad de Valladolid el 17 de julio de 2015 (ejemplar impreso).
- *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro*, Madrid, 2016.
- ARRIBAS LÓPEZ, E.: *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Madrid, 2010.
- BERISTAIN IPIÑA, A.: «Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, Fasc. 3, Madrid, 1979, pp. 583 ss.
- BUENO ARÚS, F.: «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 180-181, Madrid, enero-junio 1968, pp. 63 ss.
- «El Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 220-223, Madrid, enero-diciembre 1978, pp. 75 ss.
- «Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias», en *Historia 16*, Extra VII: *Cárceles en España: cinco siglos de horror*, Madrid, octubre 1978, pp. 113 ss.
- «Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Madrid, 1979, pp. 3 ss.
- «Estudio Preliminar», en GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Madrid, 1981, pp. 7 ss.
- *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid, 1981.

- CABALLERO, J. J.: «La conflictividad en las prisiones españolas: una perspectiva histórica y sociológica», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 232-235, Madrid, enero-diciembre 1981, pp. 121 ss.
- CARMONA SALGADO, C.: «Los permisos de salida», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. II, Ley Orgánica General Penitenciaria, Madrid, 1986, pp. 693 ss.
- CASTELLANO CERVERA, V.: «Consideraciones sobre la prisión provisional», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 13, Madrid, 1981, pp. 165 ss.
- FONTRDONA, M.: *Cárceles en llamas*, Barcelona, 1978.
- GALVÁN, V.: «Michel Foucault y las cárceles durante la transición política española», en *Dáimon. Revista Internacional de Filosofía*, núm. 48, 2009, pp. 21 ss.
- GARCÍA ARÁN, M.: «Sistema penitenciario español», en *Doctrina Penal*, núm. 3, Buenos Aires, julio-septiembre 1978, pp. 665 ss.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975.
- «Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario», en *Arbor*, Madrid, 1976, pp. 99 ss.
- «Sistema penitenciario español», en *El preso común en España*, Madrid, 1977, pp. 55 ss.
- (con la colaboración de Jorge Trias Sagnier): *La reforma de las cárceles*, Madrid, 1978.
- «La reforma penitenciaria española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. II, Santiago de Compostela, 1978, pp. 93 ss.
- *Informe General 1979*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Alcalá de Henares, 1979.
- «Un año de reforma penitenciaria», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Madrid, 1979, pp. 39 ss.
- «La reforma del Derecho penitenciario español», en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 59 ss.
- *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Madrid, 1981.
- *Introducción a la penología*, Madrid, 1981.
- *Estudios de Derecho Penitenciario*, Madrid, 1982.
- *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982.
- «Relación del interno con la vida exterior y beneficios penitenciarios», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, Madrid, 1982, pp. 599 ss.
- *Teoría de la pena*, Madrid, 1987.
- «El movimiento de reforma penitenciaria de los años 70 en Europa, con especial referencia al caso español», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1987.
- *Derecho Penitenciario* (Escritos, 1982-1989), Madrid, 1989.
- «A los veinte años de la Ley General Penitenciaria. Algunos recuerdos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, Madrid, 1999, pp. 31 ss.
- «El desarrollo del sistema penitenciario en España. Historia de una transición», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, Madrid, 2002, pp. 13 ss.
- «La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia», en *La Ley Penal*, núm. 56, Madrid, 2009, pp. 5 ss.

- GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, *In Memoriam* del Profesor Francisco Bueno Arús, Madrid, 2013, pp. 51 ss.
- *Apuntes históricos del Derecho Penitenciario español*. Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 de septiembre de 2014, en el paraninfo de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2014.
- «Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de Vigilancia en la legislación penitenciaria española», en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 107, Madrid, 2014.
- «La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, Madrid, 2015, pp. 63 ss.
- «Recuerdos de Emilio Tavera», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260, Madrid, 2017 (en prensa cuando se redactan estas líneas).
- GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1976.
- «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3, Madrid, 1977, pp. 218 ss.
- *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1983.
- *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid, 1988.
- «Régimen penitenciario e instituciones de máxima seguridad», en *Eguzkilore*, núm. extraordinario, San Sebastián, enero de 1988, pp. 145 ss.
- «Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario español», en *Eguzkilore*, núm. 2 extraordinario, San Sebastián, 1989, pp. 65 ss.
- GÓMEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> del R. y RODRÍGUEZ MORO, L.: «Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 19, 2015, pp. 391 ss.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T.: «Las prisiones en el contexto de la Guerra Civil española, el franquismo y la transición a la democracia», en *E-SLegal History Review*, Iustel, núm. 19, enero 2015.
- LORENZO RUBIO, C.: «El mal necesario» o la política penitenciaria en la transición», en *Mientras Tanto*, núm. 99, Barcelona, 2006, pp. 85 ss.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983.
- «Educación y actividades culturales», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. II, Ley Orgánica General Penitenciaria, Madrid, 1986, pp. 857 ss.
- NÚÑEZ, C. y GONZÁLEZ, J.: *Los presos*, Barcelona, 1977.
- PALACIO SÁNCHEZ-IQUIERDO, J. R.: «Rebelión en las cárceles (Penas y penados en la España de hoy)», en *Estudios de Deusto*, núm. 60, enero-junio 1978, pp. 193 ss.
- RENART GARCÍA, F.: *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002.
- *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2003.
- *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, Madrid, 2010.

- RODRÍGUEZ ALONSO, A.: «Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos tiempos. Situación actual», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 256, Madrid, 2012, pp. 67 ss.
- RUIZ VADILLO, E.: «Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, aprobado por Real Decreto de 29 de julio de 1977», en *Documentación Jurídica*, núm.15, Madrid, julio-septiembre 1977, pp. 615 ss.
- SOSA WAGNER, F.: «Administración Penitenciaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 80, Madrid, 1976, pp. 83 ss.
- «Actualización del régimen penitenciario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, Madrid, 1977, pp. 593 ss.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid, 1998.
- *Seguridad y disciplina penitenciaria*, Madrid, 1998.
- VEGA ALOCÉN, M.: *Los permisos de salida ordinarios*, Granada, 2005.
- ZAPATERO SAGRADO, R.: «Apuntes para un estudio sobre el estado disciplinario de las prisiones españolas de 1961 a 1976», en *Documentación Jurídica*, núm. 18, Madrid, abril-junio 1978, pp. 401 ss.

# De la disciplina a la seguridad integral: Los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria

ENRIQUE SANZ DELGADO  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

*A mi querido maestro*

## RESUMEN

*En este trabajo se aborda la transición desde el concepto tradicional de disciplina correccional, como elemento inherente de la actividad carcelaria y penitenciaria durante siglos, hasta el actual de seguridad integral, necesaria y exigible en el día a día de un establecimiento penitenciario, con medidas dirigidas a la protección de bienes jurídicos cuando surge un incremento del riesgo. Se ofrece así una mirada a los instrumentos coercitivos recogidos en la normativa penitenciaria internacional y en la legislación española, como mecanismos aplicados y dirigidos, desde antaño, a la recuperación del equilibrio en el orden regimental alterado, al logro de la homeostasis penitenciaria.*

Palabras clave: *Derecho penitenciario; disciplina penitenciaria; seguridad penitenciaria; medios coercitivos.*

## ABSTRACT

*This paper deals with the transition from the traditional concept of correctional discipline, as an inherent element of penitentiary activity for centuries, to the current comprehensive security, characteristic and required in the day to day of a prison, with measures aimed at protection of legal assets when an increase in risk arises. This offers a look at the coercive instruments regulated in the international prison regulations and in Spanish legislation, as mechanisms applied and directed, since long ago, to the recovery of the balance in the altered regimental order, to the achievement of penitentiary homeostasis.*

Key words: *Penitentiary Law; prison discipline; coercive instruments.*

SUMARIO: Introducción.–I. Una mirada al concepto histórico de disciplina penitenciaria.–II. La seguridad como objeto de interés penitenciario.–III. Una constante atemporal: los medios coercitivos. 1. Evolución histórico-legislativa. 2. Perspectiva internacional y europea. 3. Regulación nacional. 4. Principios rectores para su uso. 5. Supuestos previstos para el uso. 6. Clases de medios coercitivos. 7. Depósito y guarda de los medios coercitivos. 8. Responsabilidad y competencia. 9. Control judicial y límites.–IV. Algunas consideraciones finales acerca de la seguridad intrapenitenciaria.

## INTRODUCCIÓN

Al cumplirse cuatro décadas desde la promulgación de la vigente Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, en los párrafos que siguen se pretende ofrecer una visión de la naturaleza de ciertas medidas de aseguramiento, inherentes al uso durante siglos de la reclusión, ya como medida de encierro procesal ya posteriormente como pena, partícipes de los caracteres actuales de la ejecución penal, en el marco de la seguridad penitenciaria. El uso de la fuerza física y de otros medios e instrumentos dirigidos a la contención de las personas privadas de libertad, cuando se ponen en riesgo bienes jurídicos protegidos por la legislación penitenciaria, se vislumbra, rescatando la expresión del legislador de la norma orgánica, como otro *mal necesario*, por lo que su aplicación se ha revestido en estos años de progresivas garantías como reflejo de normativas supranacionales traídas a la legislación estatal, atendiendo a los criterios de excepcionalidad que han de constatarse para el uso de tales medios llamados coercitivos.

Históricamente, el concepto de seguridad en el ámbito carcelario no tuvo el carácter global o integral que hoy se normaliza. La propia Ley General Penitenciaria aludía a conceptos de orden regimental, disciplina y seguridad, algo distintos de los que habían protagonizado las normativas durante la centuria decimonónica, durante el siglo xx y la etapa preconstitucional. De todas las formas y mecánicas características de los lugares de encierro, dirigidas a salvaguardar los bienes jurídicos personales y materiales, prestamos especial atención a las denominadas medidas de contención, o medios coercitivos. Si el régimen penitenciario puede ser definido como el conjunto de normas destinadas a la consecución de una convivencia ordenada y pacífica en un establecimiento, dicho orden regimental se asegura desde antaño



mediante la vigilancia y la observación, y mediante la acción de inmediata contención cuando dicho orden ha sido vulnerado. El conocimiento de un hecho que ponga en riesgo el equilibrio regimental, llegará usualmente por ese modo de control visual de la realidad física y personal. Si en la Ley se predicaba que la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos, el fin hoy pretendido es la consecución de un entorno seguro para todos los allí destinados, para su retención y custodia o para el desarrollo de su actividad profesional, la seguridad así entendida como un concepto global o integral. Tales medios coercitivos son pues los instrumentos previstos para recuperar la normalidad, evitando la continuidad del riesgo cuando tiene lugar.

Una perspectiva más amplia de la seguridad penitenciaria exigiría, no obstante, la atención y el estudio del resto de las medidas regimenterales propias de la seguridad interior de los establecimientos (observación, recuentos, registros, cacheos y requisas, controles e intervenciones, reguladas con precisión en la Instrucción 3/2010, de 12 de abril de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias) que conforman gran parte de las obligaciones de los denominados funcionarios de vigilancia de Instituciones penitenciarias (Cuerpo de Ayudantes), y que, arbitrariamente, no se abordan en estas páginas, enfocadas tan solo al uso y regulación de los medios coercitivos.

## I. UNA MIRADA AL CONCEPTO HISTÓRICO DE DISCIPLINA PENITENCIARIA

Como expresara García Valdés en su ya clásica y lúcida síntesis, la prisión, entendida como el lugar donde retener o custodiar a las personas acusadas o declaradas culpables, ha existido siempre, lo que ha variado en mutación progresiva ha sido la manera de llevarse a cabo (1). Sin pretender un acercamiento exhaustivo a las sujeciones carcelarias propias de los encierros preventivos de antaño, y a los modos de frenar el desorden y la desobediencia en tales formas de reclusión, la constante advertida en la legislación y doctrina penitenciaria decimonónica es la referencia a la relevancia de la disciplina como concepto vertebral. Así, en relación a los principios esenciales de la privación de libertad, de los primeros sistemas penitenciarios surgidos en el primer tercio del s. XIX, se daba una primera noticia trascendente por Marcial

---

(1) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penitenciario: Escritos*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 26 y 27.

Antonio López, con estos términos: «Sin disciplina, sin medios interiores de corrección, sería en vano cuanto se prescribiese para el régimen de las prisiones» (2). Y sería el propio López, cuya obra escrita, junto a las reglamentaciones presidiales, castrenses (3), de 1804, 1807 y 1834, serviría de modelo teórico para la práctica individualizada y humanitaria (4), de Manuel Montesinos y Molina, quien rescataría los límites a la disciplina señalados en 1805 por la Asociación de Caridad de Madrid, para la casa de corrección como sigue: «Se prohíben en ella enteramente los golpes y palabras denigrativas, puesto que una constante experiencia nos pone a la vista que los hombres se dirigen más bien por razones y expresiones comedidas, que, por los vergajos y demás instrumentos de castigo material y doloroso, los cuales envilecen e irritan sin ilustrar y convencer el entendimiento» (5).

El concepto de seguridad, relacionado con el aseguramiento de los presos, es el que ha permanecido en el tiempo desde las primeras manifestaciones carcelarias y se vincula siempre con la posibilidad o la existencia de fugas o evasiones. La reclusión preventiva o provisional debía, así, asegurar la custodia y la presencia física del recluso. Como recuerda García Basalo, «la privación de libertad aparece como un medio curialesco para asegurar la presencia del acusado ante el juez y la presencia del condenado para la ejecución de la pena» (6). La estabilidad regimental se obtenía, durante siglos, mediante el uso de medidas y sistemas mecánicos de sujeción (7). Los principales utilizados, no como elementos esenciales

(2) Cfr. LÓPEZ, M. A.: *Descripción de los más célebres Establecimientos Penales de Europa y los Estados Unidos*. Imprenta de Don Benito Monfort, Valencia, 1832, en su capítulo XI relativo a la disciplina, del Tomo 1.º, 1832, p. 140.

(3) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XXXIX, Fascículo III, 1986, pp. 775 ss.; el mismo: «El Derecho penitenciario militar: sus orígenes», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXV, 2012, pp. 5-23; más recientemente, SANZ DELGADO, E.: «Del trato al tratamiento militar. Algunas reflexiones», en VV. AA. (Sanz Delgado, Dir.): *Derecho penal y penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI*. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Ideas Solución. Lima, 2015, pp. 971-979.

(4) Vid., por todos, al respecto, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer, Madrid, 2003, pp. 163 ss.; más recientemente, FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Premio Nacional Victoria Kent, Año 2013. Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2014, pp. 108 ss.

(5) Vid. LÓPEZ, M. A.: *Descripción de los más célebres...* ob. cit., p. 147.

(6) Cfr. GARCÍA BASALO, J. C.: «Introducción a la arquitectura penitenciaria», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 126, enero-febrero, 1957, p. 73.

(7) Vid., al respecto, SANZ DELGADO, E.: «Disciplina y reclusión en el s. XIX: Criterios humanizadores y control de la custodia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. MMII, Madrid, 2004, p. 162 (nota 124).

de la pena, sino como medios asegurativos en los antiguos lugares de encierro pueden clasificarse con referencia a las sujeciones férreas utilizadas, como sigue: a) *Ammarrar en blanca*. Consiste en colocar un grillete en el tobillo del interno, que se encuentra unido por una cadena a un eslabón anclado en la pared; b) *Collera*. Consiste en una cadena, de seis, ocho, diez o doce eslabones, que fijaba al recluso a la pared, no permitiéndole separarse más que la longitud que proporciona la propia cadena; c) *Grillos* (8). Se trata de una barra cilíndrica, variable de peso y longitud, con dos argollas móviles en los extremos que se sujetaban a las piernas de los reclusos. Se reservaban para los que estuviesen en calabozos o castigados; d) *Cartageneras y ramales*. Son las cadenas que estaban obligados a llevar, por un tiempo determinado, los que cometían faltas de menor entidad, lo que permitía prescindir de las sujeciones anteriores. La cartagenera, prendida por un extremo al grillete, la lleva de un lado a otro el propio interno, ya sea envuelta en la cintura, descansando en los hombros o arrastrándola por el suelo cuando anda. En cambio, el ramal se encuentra unido a la argolla del tobillo, pende de la cintura y es siempre de menos eslabones y mucho más ligero que la cartagenera (9).

Desde la cardinal Ordenanza General de Presidios de 1834, que los contemplaba en sus artículos 177, 248, 249, 250 y 337, la regulación que aceptará tal sistema de aseguramiento de reclusos, se encuentra en la Real Orden de 11 de enero de 1841, estableciendo reglas para la mejora de los Presidios y, específicamente, en la regla 5.<sup>a</sup>, para la sujeción de los presidiarios ocupados en carreteras y obras públicas. La siguiente norma de relevancia viene a ser el Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios del Reino de 5 de septiembre de 1844, de mano de Manuel Montesinos y Molina, que prescribía la forma de aplicación de los hierros y la descripción de los mismos conforme a los años de sentencia, así como para los supuestos de castigo ante el «mal comportamiento, genio díscolo, pendenciero ú otras causas». Siguiendo un orden cronológico, del mismo modo, el Reglamento para las Cárceles de capitales de provincia de 25 de agosto de 1847 establecía, en el artículo 60, relativo a las correcciones, las competencias en esta materia. Y por Real Orden de 20 de junio de 1851, declarando que, respecto al régimen interior de los Presidios, se hallaba vigente la Ordenanza General del ramo, diferenciándose «entre la imposición de hierros á un

---

(8) Conforme disponía el art. 6 del Título IV de la Ordenanza para el Gobierno de los Presidios de los Arsenales de Marina, de 20 de marzo de 1804.

(9) Vid. CADALSO Y MANZANO, F.: *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*, Tomo II, Madrid, 1903, pp. 547 ss.; el mismo: *Estudios penitenciarios: presidios españoles, escuelas clásica y positiva y colonias penales*, F. Góngora, 1.º ed., Madrid, 1893, pp. 70 ss.

confiando cuando ésta se hace porque esté prevenida en la misma condena, ó es una circunstancia inherente á ella, y cuando nace de las medidas de precaución y correcciones que, como responsables toman los Comandantes de los Presidios, ya por la poca seguridad que los locales presten, ya para mantener la disciplina y subordinación, tan necesaria en esta clase de Establecimientos». Establecía asimismo entre las competencias de los Comandantes, el artículo 15 de la Orden Circular de 12 de noviembre de 1852, el permitir la aplicación de «cadenas, ramales y grilletes a los penados entrantes, con arreglo a sus condenas». La tónica de tales aplicaciones viene a cambiar en virtud de la Real Orden de 1.º de agosto de 1857, «declarando que lo dispuesto en el Reglamento de 5 de setiembre de 1844 sobre aplicación de hierros, se halla modificado por el Código penal vigente» (refiriéndose al Código de 1840). En este sentido, se establecía observar aplicación de hierros según lo prevenido en el Código, quedando sin efecto lo dispuesto en el Reglamento citado, «sino como medida de seguridad cuando los penados se ocupen fuera del Establecimiento, ó como medida de corrección cuando por su mala conducta se hagan dignos de castigo. En el ámbito penal sustantivo, el Código penal de 1870 vendría a establecer al respecto, en su artículo 107: «Los sentenciados á cadena temporal ó perpetua trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura (...)». En cualquier caso, el muy relativo cumplimiento de tal precepto penal se advierte de manera clara en la realidad presidial africana y en especial en la que vendrá a denominarse en 1889 la colonia penal de Ceuta.

La disciplina se configuraba así, hasta mediados del s. XIX, como el elemento vertebrador y característico de la actividad presidial configuradora de un Derecho penitenciario militar. El propio Manuel Montesinos daba noticia de dicha realidad castrense, como sigue: «Nuestros establecimientos penales en su régimen interior, se encuentran pues, organizados de una manera análoga a nuestros regimientos (...). Se componen de hombres con su hierro y sus herramientas, pero sometidos todos a las mismas reglas de rígida disciplina», o resaltando dicha condición marcial en el ejercicio de la disciplina con estos términos: «Los establecimientos penales deben estar regidos en su interior como un cuerpo del ejército, sin que pierdan por eso su condición de civiles. Solo así, y no de otro modo, pueden conservarse el orden y disciplina, sin las cuales no hay mejoras posibles» (10).

---

(10) Cfr. MONTESINOS Y MOLINA, M.: «Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia. Reforma de la Dirección General del Ramo», Valencia, 1846, recogido en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 159, 1962, pp. 261 y 268, respectivamente.

El sistema de Montesinos fue rescatado en 1905 por Rafael Salillas en la *Revista Penitenciaria* (11), atendiendo a lo escrito por Vicente Boix (12), reproducido en el párrafo que sigue: «Todo el sistema correccional de la penitenciaría de Valencia está basado: primero, en conservar separados entre sí los buenos de los malos; segundo, *en no alterar jamás la disciplina*; tercero, en la ocupación sujeta a toda clase de deberes, cuarto, en la constante vigilancia sobre los penados, y quinto, en los premios y castigos, distribuidos equitativamente». Poco ha cambiado desde entonces. Todas estas facetas de la vida penitenciaria, en modo complementario, sirven hoy al concepto de seguridad. La idea del ejercicio de la persuasión para procurar la disciplina, por entonces reivindicado por Montesinos en sus *Reflexiones*, también se ha valorado y reiterado posteriormente. Así, se ha hablado de «disciplina persuasiva», en el entendido de que «la disciplina es orden, es justicia, es caridad, es paz y armonía. La indisciplina es todo lo contrario» (13). Y la seguridad se favorece, o se previene el desorden, mediante el destierro de la ociosidad. Como al respecto recordaba Cuello Calón, el desarrollo de una actividad laboral «elimina la ociosidad, causa de graves perturbaciones de la disciplina» (14).

Si disciplina, desde una visión genérica podía definirse, en términos de Castejón, como «el gobierno interior, la norma de vida observada dentro de los muros de la prisión» (15), desde una mirada más particular, la diferencia entre orden y disciplina se manifiesta en que ésta sirve al propósito del aquel. Así cabe la distinción de Concepción Arenal al decir que «en los presidios españoles, donde el principal elemento (no de orden, que se desconoce en ellos, sino de lo que se llama disciplina) son los cabos de vara» (16). Su significado penitenciario se señalaba ya en el Congreso de Cincinnati de 1870, cuando se señaló que si la disciplina es necesaria en la más elemental organización social, es en el campo penitenciario donde adquiere su significación más amplia. Entre los principios adoptados en su declaración final se

(11) Cfr. SALILLAS, R.: «El sistema de Montesinos», en *Revista Penitenciaria*, 1905, Tomo II, p. 677.

(12) Vid. BOIX, V.: *Sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*. Imprenta del Presidio, Valencia, 1950, p. 133.

(13) Cfr. LÓPEZ RIOCEREZO, J. M.: «Labor de orientación profesional», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 144, enero-febrero 1960, p. 1804.

(14) Cfr. CUELLO CALÓN, E.: «Montesinos precursor de la nueva penología», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 159, octubre-diciembre 1962, p. 47.

(15) Cfr. CASTEJÓN, F.: *La Legislación Penitenciaria Española*. Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 221.

(16) Cfr. ARENAL, C.: «El visitador del preso», en *Obras Completas*, XIII, Madrid, 1946 (por la que se cita. Ed. original, 1891), p. 148.

afirmaba, en el tercero de sus *Principios*: «el objetivo supremo de la disciplina carcelaria es la regeneración de los criminales, no la imposición de sufrimientos vengativos (17). En el *Principio* décimo quinto, asimismo se decía: «En la administración penitenciaria, se debe confiar en las fuerzas morales, con la menor mezcla de fuerza física posible, y ha de buscarse una organización persuasiva, que tome el lugar de la restricción coercitiva, a la búsqueda de hombres libres y honestos, en lugar de presos ordenados y obedientes» (18).

Lo ha señalado certero Téllez Aguilera, al decir que «la normativa penitenciaria histórica situó siempre en la cúspide del Ordenamiento al sometimiento al régimen y a la disciplina» (19). El concepto de seguridad se refería más bien a la protección del establecimiento o se integraba entonces en el más omnicompreensivo relativo al orden y la disciplina. Como señala el citado gran especialista, en el articulado de la normativa «no encontramos un tratamiento sistemático de la seguridad de los establecimientos (...). Esta subsunción de la seguridad de los establecimientos en el concepto genérico del «régimen interior de los establecimientos», es una constante histórica de nuestra normativa penitenciaria» (20). Pero si el orden y la disciplina ha sido el concepto esencial y transversal en la actividad penitenciaria, también dicha visión incluyó desde antaño el control de los excesos sobre los sometidos a custodia. Así, otro ejemplo decimonónico, antecedente de la progresiva ampliación del concepto de seguridad interior, puede encontrarse en el ya citado y esencial libro de López, quien señalaba la relevancia y responsabilidad del personal penitenciario para ese propósito asegurativo, como sigue: «Es de la mayor importancia (...), el elegir y designar las personas que han de hacer las referidas aplicaciones, el prescribirles las responsabilidades convenientes, y el establecer una supervigilancia graduada y continua para reparar cualquier agravio que en esta parte pueda causarse al más ínfimo de los detenidos» (21).

(17) Cfr. WINES, E. C. (Ed.): *Transactions of the National Congress on penitentiary and reformatory discipline held at Cincinnati*, Ohio, October 12-18, 1870, Weed, Parsons and Company printers, Albany, p. 541.

(18) Cfr. WINES, E. C. (Ed.): *Transactions of the National Congress...*, ob. cit., p. 543.

(19) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina. Un estudio jurídico*. Edisofer, Madrid, 1998, pp. 93 y 94.

(20) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina...* ob. y loc. cit.

(21) Cfr. LÓPEZ, M. A.: *Descripción de los más célebres Establecimientos...* ob. cit., p. 153; más recientemente, en relación a la evolución histórica del control de la custodia y la responsabilidad de los custodios, SANZ DELGADO, E.: «Disciplina y reclusión...», ob. cit., pp. 163 ss.; también, MAPELLI CAFFARENA, B.: «El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad», en VV. AA. (Sanz Delgado, Dir.): *Derecho penal y penitenciario...* ob. cit., pp. 537-568.

El actual concepto de seguridad dinámica (22), bien pudiera encontrar su antecedente en las citadas ideas de Montesinos, y una versión más reciente en la normativa europea que recoge las Reglas penitenciarias del Consejo de Europa de 2006, cuando en la regla 51.2 se señala: «La seguridad proporcionada por barreras físicas y otros medios técnicos debe completarse con una seguridad dinámica, asegurada por un personal vigilante que conozca bien a los internos a su cargo». Si bien la seguridad total puede no existir, o no se puede alcanzar en organizaciones humanas, se procura neutralizando el riesgo visible y procurando entornos preventivos. 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 custodia. Como así lo señalan Snacken y Van Zyl Smit, «la seguridad (u orden) y la protección contra el delito (o custodia) se refieren a dos ámbitos distintos del buen orden en los centros penitenciarios. El primero se refiere a la seguridad interna, a una vida segura y ordenada dentro de la prisión, mientras que el segundo hace referencia a la seguridad externa en cuanto a prevención de fugas» (23).

El concepto de disciplina actual se ha venido pues históricamente estrechando en su contenido, y encuentra actualmente mayor encaje en la puesta en marcha de procedimientos sancionadores frente a las infracciones disciplinarias cometidas en prisión. Así, el sistema disciplinario penitenciario, como tal entendido, a la búsqueda de objetivos de equidad y justicia, ha encontrado en el ámbito europeo, y por correspondencia en el sistema español, fuentes normativas y garantistas y de política penitenciaria europea, en el Comité de Prevención de la Tortura, en las Reglas Penitenciarias Europeas, así como en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (24). La regla penitenciaria europea n.º 57.2, establece los elementos esenciales que la ley nacional debe determinar: a) los actos u omisiones de los reclusos que constituyen faltas disciplinarias; b) los procedimientos que deben seguirse en las audiencias disciplinarias; c) los tipos y la duración de las sanciones que pueden imponerse; d) la autoridad competente para aplicar dichas sanciones; e) el acceso y la

---

(22) *Vid.*, al respecto, desde una visión internacional, de Naciones Unidas, UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito): *Manual de seguridad dinámica e inteligencia penitenciaria*. New York, 2015 (trad. Española, agosto 2016, por la que se cita), pp. 33 ss.

(23) Cfr. VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y política penitenciaria europea*. Tirant Lo Blanch Valencia, 2013, (ed. original Oxford University Press, Oxford, 2009), p. 400

(24) *Vid.* VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principios de derecho y política penitenciaria...* ob. cit., p. 442.

autoridad del proceso de apelación. Ello no obstante, el resultado de la aplicación del régimen disciplinario intramuros (25), mediante un procedimiento sancionador y garantista, asimismo revierte en el pretendido espacio de seguridad, reequilibrando el medio regimental y ofreciendo seguridad jurídica; pues tal seguridad no ha de consistir únicamente en la prevención de riñas, malas conductas (26), disturbios y fugas, que constituyen la negación de la función de retención y custodia (27), sino en la ordenada y razonable regulación de la vida diaria, a fin de que la institución se mantenga como una comunidad ordenada y respetada (28).

Es así innegable el principio de que toda agrupación humana requiere un espacio normativo de orden y disciplina para hacer posi-

---

(25) *Vid.*, al respecto, por todos, las magníficas obras de TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina penitenciaria...* ob. cit., pp. 167 ss., aportando la experiencia del autor en la elaboración del Reglamento penitenciario de 1996 y de RENART GARCÍA, F.: *El régimen penitenciario en el ordenamiento penitenciario español: Luces y sombras*. Universidad de Alicante, Alicante, 2002; el mismo: «El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario», en *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. n.º 2, 2002, pp. 1725-1735.

(26) En relación a la conflictividad penitenciaria, y al entorno carcelario como espacio cargado de tensión, que precisa de elementos de seguridad, *vid.* CABALLERO, J. J.: «La conflictividad en las prisiones españolas: una perspectiva histórica y sociológica», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, enero-diciembre 1981, pp. 121-168; más recientemente, en relación a la violencia en prisión y sus posibles factores originarios, REDONDO ILLESCAS, S.: *Evaluar e intervenir en las prisiones. Análisis de conducta aplicado*. PPU, Barcelona, 1993, p. 43.

(27) *Vid.*, al respecto, entre otros, desde una visión clásica, PACHECO, J. F.: *El Código penal concordado y comentado*. Vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1856, pp. 504-505 (hay edición moderna, Edisofer, Madrid, 2000); HENTIG, H. VON: *La pena II. Las formas modernas de aparición*. Espasa Calpe, Madrid, 1968, pp. 381 ss.; y más recientemente, cuestionando «ese pretendido deber de fuga», GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. 2.ª ed. Civitas, 1982 (reimpresión 1995), Madrid, p. 37; MAPELLI CAFFARENA, B.: «Quebrantamiento de condena y evasión de presos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 244, 1991, pp. 11-39; CORCOY BIDASOLO, M.: «El quebrantamiento de condena: Una propuesta legislativa, la frustración de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo 1, 1992, pp. 113-164; SALCEDO VELASCO, A.: «El quebrantamiento de condena. Los artículos 468 a 471 del nuevo Código Penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 4, 1997, pp. 301-386; más recientemente desde tal visión libertaria, reivindicando el derecho a la evasión o *ius fugiendi*, protegido por el Derecho Natural, puede verse en AMEZÚA AMEZÚA, L. C.: «Derecho de evasión y humanidad penal: Notas de Francisco Suárez sobre la obligación penal y la fuga de presos», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º XXXI, 2015, pp. 103-136 (especialmente, p. 125).

(28) *Vid.* AMERICAN CORRECTIONAL ASSOCIATION: *Manual of Correction Standards*. Ed. 1959, Recogido y traducido en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 150, enero-febrero, 1961, p. 2742.



ble una convivencia ordenada (29), no pudiendo un establecimiento penal constituir una excepción a dicho principio (30). Garantizar la seguridad de los internos y funcionarios que los custodian, así como preservar la seguridad del centro penitenciario, son el propósito integral de la seguridad, como un componente imprescindible en los centros, para conseguir un ambiente pacífico y ordenado que favorezca el desarrollo del tratamiento de los internos (31), como marco necesario para favorecer su reinserción y reeducación social (32).

## II. LA SEGURIDAD COMO OBJETO DE INTERÉS PENITENCIARIO

En este sentido, desde su ingreso los internos se integran en una institución preexistente, que proyecta sobre ellos su autoridad (33), por lo que adquieren un *status* especial de personas sujetas al poder público (34). Es decir, los internos «están sometidos a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos» (35), por lo que se admite que sus derechos constitucionales puedan ser objeto de ciertas limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comu-

---

(29) Vid. COYLE, A.: *La Administración Penitenciaria en el Contexto de los Derechos Humanos. Manual para el personal penitenciario*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Reino Unido, 2002, p. 60; COYLE, A./FAIR, H.: *A Human Rights Approach to Prison Management. Handbook for Prison Staff* 3.<sup>a</sup> ed., Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck, University of London, London, 2018, pp. 61 ss.

(30) Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Edersa, Madrid, 1983, p. 379.

(31) Vid. SANZ DELGADO, E.: «Síntesis de los panoramas nacionales», en VV. AA. (Escobar Roca, G. Dir.): FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DEL OMBUDSMAN: *Sistema penitenciario. V Informe FIO sobre Derechos Humanos*, Trama editorial, Madrid, 2007, p. 403.

(32) Vid. GARCÍA ALBERO, R./TORRES ROSELL, N.: *Los deberes del interno. La vigilancia y la seguridad de los establecimientos. El régimen disciplinario*. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, 1998, p. 5 (Disponible lectura on line, en: <https://docplayer.es/30824571-Los-deberes-del-interno-la-vigilancia-y-la-seguridad-de-los-establecimientos-el-regimen-disciplinario.html>)

(33) Vid. REVIRIEGO PICÓN, F.: *Los Derechos de los reclusos en la Jurisprudencia Constitucional*, Universitas, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2008, pp. 35 ss.

(34) Vid. HERRERO ORTEGA, A.: «Ejecución Penal y Procedimiento Penitenciario», en VV. AA.: *Ministerio Fiscal y procedimiento penitenciario, Centro de Estudios Judiciales*, núm. 9, Madrid, 1992, p. 341.

(35) Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>) 129/1995, de 11 de septiembre.

nes (36). De esta manera, la situación de los reclusos respecto de la Administración penitenciaria constituye un ejemplo prototípico de relación de supremacía, que constituye el pilar básico sobre el que fundamentar la limitación de los derechos fundamentales del interno (37).

Desde el ámbito internacional, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, en su versión de 2015 (reglas Mandela) (38), por su parte, utilizan el término seguridad, cuando resaltan que las modificaciones a dicha normativa supranacional deberían tener presentes los avances recientes en la ciencia penitenciaria y las buenas prácticas, «a fin de promover la seguridad y las condiciones dignas de los reclusos». Especialmente, entre los Principios Fundamentales, se enmarca un concepto integral de seguridad en la Regla n.º 1, que dispone: «Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes». Posteriormente, en la regla 34, dentro del apartado relativo a la asistencia Sanitaria («Servicios médicos»), y relativa a la entrevista médica inicial, en el ingreso, se establece: «se seguirá el procedimiento de seguridad apropiado para no exponer al recluso o a sus allegados a los peligros que pudieran correr el riesgo de sufrir». Es en la Regla 37, cuando aparece la seguridad de nuevo junto al concepto de orden en materia disciplinaria.

La seguridad constituye, por ello, uno de los principales objetivos y obligaciones que tiene la Administración en relación con los internos sometidos a su custodia, que nace como consecuencia de su relación jurídico-penitenciaria, o también denominada relación de sujeción especial definida por García Valdés como contraprestación recíproca de derechos y deberes de los internos con la administración penitenciaria (39). Dicha relación, implica el reconocimiento de una serie de derechos y deberes recíprocos que mantienen los internos y la Administración Penitenciaria entre sí, configurado el estatuto jurí-

(36) *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 120/1990, de 27 de junio.

(37) *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª) 61/1990, de 29 de marzo.

(38) *Vid.*, al respecto de su interpretación para su implementación, PENAL REFORM INTERNATIONAL: Guidance document on the Nelson Mandela Rules. Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. OSCE, ODHIR, Varsovia, 2018, pp. 87 ss. (Disponible en: [https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/07/MR\\_Guidance\\_Doc.pdf](https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/07/MR_Guidance_Doc.pdf)).

(39) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...* ob. cit., p. 34.

dico del recluso (40). De esta forma, como expresión de dicha relación jurídica penitenciaria (41) y a partir de lo dispuesto en la normativa orgánica y en su reglamento de desarrollo, el Estado contrae frente a los internos una serie de obligaciones y deberes que ha de cumplir la Administración penitenciaria (42). De una parte, obligaciones de protección, para garantizar y amparar los derechos e intereses legítimos que la normativa penitenciaria les reconoce. Y, de otra, obligaciones relativas a la seguridad de las personas, para evitar posibles ataques a la salud, a la integridad física de los internos, pues el hecho de cumplir una condena en prisión no significa que los mismos vean restringidos tales derechos y deban por ello sufrir un incremento del riesgo. Por lo que el incumplimiento de dichas exigencias, atribuye judicialmente al Estado la responsabilidad civil subsidiaria como consecuencia de los delitos cometidos en el Centro Penitenciario (art. 120.3 CP) (43).

Todo ello se traduce, en palabras de Fernández Arévalo y Nistal Burón, en «el deber de las autoridades penitenciarias de articular y mantener los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los Centros Penitenciarios al objeto de garantizar aquellas finalidades» (44), pues no puede olvidarse que el derecho a la vida e integridad en el ámbito penitenciario exige un mayor grado de protección frente a posibles agresiones de terceros, habida cuenta del riesgo intrínseco propio de lugares donde conviven personas con cierta peligrosidad y el clima de violencia que con frecuencia impera en las prisiones (45).

Desde el punto de vista internacional, la normativa de Naciones Unidas ha mantenido un avance progresivo en sus fundamentos relativos a la seguridad y a la disciplina. Si bien el reflejo de Naciones Unidas se aprecia claramente en las Reglas Mínimas para el Trata-

(40) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...* ob. cit., p. 17 ss., manifiesta que dicha contraprestación jurídica aparece recogida en los arts. 3, 4 y 6 de la LOGP y en los arts. 4 y 5 del Reglamento Penitenciario.

(41) Vid., al respecto, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario*. Thomson/Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 488.

(42) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario...* ob. cit., p. 495; asimismo, al respecto, NACIONES UNIDAS: *Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, Ginebra, 2002, p. 28.

(43) Como así se ha señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª), 13 de diciembre de 2005.

(44) Cfr. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario...* ob. cit., p. 635.

(45) DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «La observación de internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medidas de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios», *Diario La Ley*, núm. 7121, 2009, p. 16.

miento de los Reclusos del Consejo de Europa (Reglas penitenciarias europeas) que transcriben gran parte de su articulado (46), a diferencia de lo dispuesto en las Normas de Naciones Unidas de 1955 que en su parte relativa a la disciplina no incorporaban el término *seguridad* y establecían que «el orden y la disciplina se mantendrán con firmeza», las Reglas europeas, en su versión de 1973, ya sí integraban el concepto de seguridad como fin a perseguir; y así, en la regla 27.1 de la normativa continental se decía: «El orden y la disciplina se mantendrán *en interés* de la seguridad y la buena organización de la vida en común». En la normativa de 2006, las Reglas Europeas, bajo el apartado de «Buen orden», establecen en la Regla 49: «El buen orden en la prisión debe ser mantenido teniendo en cuenta los imperativos de la seguridad, la salvaguardia y la disciplina, asegurando en todo caso a los internos unas condiciones de vida respetuosas con la dignidad humana, ofreciéndoles un programa completo de actividades de acuerdo con la Regla 25». En este sentido, la seguridad aparece como primer concepto a tener en cuenta, quedando la disciplina en tercer lugar de dicha prelación. El término *salvaguardia*, que tan solo aparece en dicho precepto, en sus dos apartados, parece tener un carácter individualizador y garantista de la integridad física frente a agresiones. Las reglas 50, 51 y 52, ya sí destinadas al apartado relativo a la Seguridad, enfocan los caracteres de la misma

De ahí que pueda visualizarse la seguridad en los establecimientos penitenciarios como aquel conjunto de medidas preventivas que, ligadas a la propia esencia del establecimiento e íntimamente relacionadas con la función del personal penitenciario de vigilancia (47), la Administración penitenciaria dispone al objeto de: a) Asegurar la presencia física del interno en el Centro, evitando su fuga. Es decir, tiende a proteger a la Comunidad, evitando la evasión de los internos y que puedan cometer nuevos delitos. Asimismo, tiende a la realización de la justicia, facilitando que se cumplan las sentencias y resoluciones judiciales; b) Evitar que los bienes jurídicos de los internos sean atacados o puestos en peligro, asegurando el buen orden regimental y la convivencia orde-

---

(46) *Vid.*, al respecto de la comparativa entre ambas normativas supranacionales, el amplio trabajo de GARCÍA BASALO, J. C.: «Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos del Consejo de Europa», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 216-219, enero-diciembre 1977, pp. 519-591; más recientemente, analizando certeramente la última versión de las normas europeas, TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa (Una lectura desde la experiencia española)*. Edisofer, Madrid, 2006, pp. 83 y 84.

(47) *Vid.*, al respecto, la obra procedente del trabajo doctoral de TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina penitenciaria...* ob. cit., p. 91.

nada. c) Garantizar y preservar la indemnidad física del Centro de potenciales ataques dirigidos desde exterior (48).

Tales medidas se efectúan con una serie de requisitos, lo que conlleva a unas específicas garantías frente a la Administración (49), puesto que «la actividad penitenciaria se somete al principio de legalidad en su modalidad de garantía ejecutiva, de ahí que se ajuste a lo establecido en la ley, en los reglamentos y las sentencias judiciales (art. 2 LOGP)» (50). En consecuencia, la seguridad penitenciaria, entendida como un concepto integrador, no debe ser entendida como un derecho en sí, sino como una garantía de protección de la integridad física tanto de los internos como de los trabajadores del Centro (51).

El concepto de seguridad integral o total es el resultado de una concepción que ha venido integrando modelos garantistas de actuación, de acción preventiva y posterior a la vulneración del bien jurídico protegido. La administración penitenciaria también ha venido a ofrecer solución normativa a una de las cuestiones más señaladas por los funcionarios de vigilancia, habida cuenta de la realidad y singularidad del medio penitenciario, de sus riesgos y tensiones, provenientes en muchos casos de la subcultura carcelaria. Para salvaguardar la seguridad en los centros, para garantizar un entorno pacífico y seguro que no tolere ningún tipo o manifestación de violencia, en el entorno laboral en el que desarrollan su función profesional, se aprobaba el 8 de junio de 2017 el Protocolo específico de actuación frente a las agresiones en los Centros penitenciarios y Centros de Inserción social dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (52). Protocolo que venía a ocupar el espacio que dejaba el procedimiento de actuación frente a la violencia en el trabajo de la Administración General del Estado y los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, que declaraba la «singularidad del medio penitenciario», y excluía de su ámbito de actuación dicho

(48) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario...* ob. cit., p. 636.

(49) Vid. LÓPEZ MELERO, M.: *Los Derechos fundamentales de los reclusos*. Edisofer, Madrid, 2015, p. 321.

(50) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...* ob. cit., p. 268.

(51) Vid. NIETO GARCÍA, A.: «Incidentes regimentales en prisión», en *Diario La Ley*, n.º 9354, 2019, *passim*.

(52) Vid., al respecto, SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Protocolo específico de actuación frente a las agresiones en los Centros penitenciarios y Centros de Inserción social dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (PEAFA)*. Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/PEAFA.pdf>.

entorno de ejecución penal. Los siguientes elementos diferenciales respecto de otros entornos laborales se sintetizan en: a) «La relación especial de sujeción que el interno mantiene con la Administración penitenciaria como consecuencia del cumplimiento de una pena privativa de la libertad; «la seguridad como concepto global y consustancial al correcto ejercicio del servicio público penitenciario, claramente transversal y que se proyecta en la mayoría de las facetas de la actividad penitenciaria, tales como las infraestructuras penitenciarias y sus elementos de seguridad pasiva (muros, puertas blindadas, cristales de seguridad, barrotes, etc.), de seguridad pasiva (circuitos cerrados de cámaras, infrarrojos, arcos de seguridad, raquetas, etc.); la disponibilidad y posibilidad de utilización de medios coercitivos por los funcionarios de prisiones; b) la presencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como responsables de la seguridad exterior de los Establecimientos penitenciarios y de los traslados y conducciones de internos; c) Aspectos regimentales, como la clasificación interior penitenciaria y el régimen sancionador o disciplinario aplicable a los internos; d) la actividad tratamental o terapéutica dirigida a favorecer su reeducación e integración social; e) la atención sanitaria prestada por profesionales del medio y destinada a cuidar de su salud física y mental; f) la competencia personal del personal penitenciario, poniendo en valor la existencia de Cuerpos Penitenciarios propios desde hace décadas que han sido seleccionados y formados para dispensar a la sociedad española un servicio público penitenciario de calidad, discreto por razón de su naturaleza, pero altamente eficaz» (53).

Según se expresa en la exposición motivadora de dicho protocolo, el mismo supone «una valiosa herramienta más, de actuación común, para definir, desarrollar y aplicar estrategias y medidas preventivas, por y para el ámbito penitenciario, así como medidas de actuación dirigidas a dotar a los empleados públicos penitenciarios de recursos que mejorarán su interacción con la población interna y la detección/reacción de los momentos previos o iniciales de las situaciones de riesgo, así como medidas de apoyo aplicables a los empleados públicos en caso de sufrir una agresión» (54). Como resultado, «se amplía el concepto de «agresión» a cualquier tipo de conducta violenta del

---

(53) Cfr. SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Protocolo específico de actuación...* ob. cit., pp. 6 y 7.

(54) Dentro de las acciones formativas, contenidas en el plan de formación para el empleo y específicamente en relación con la formación del personal penitenciario vinculada al PEAFA, se lleva a cabo mediante cursos de especialización como el de «Defensa personal y utilización correcta de los medios coercitivos», que durante el año 2017 se impartió para un total de 543 funcionarios, de entre los cuales el 76,4% han sido hombres y el restante 23,6%, mujeres. Vid. SECRETARÍA GENERAL DE INSTI-

interno en el medio laboral, que produzca en el trabajador una lesión corporal y/o «daño» objetivo, aludiendo al concepto que como tal figura en la Ley de prevención de Riesgos Laborales.

La prevención de todo riesgo posible, ha de incluir el de las decisiones autolíticas. Decía Von Hentig, que «el suicidio es otro de los caminos por el que se abre el preso un acceso a la libertad» (55). De ahí que cuando sea el propio interno el que pueda causarse el daño, la seguridad ha de contemplar tales conductas posibles, en un entorno con un mayor porcentaje de factores desencadenantes (56), siendo factible en tales casos el uso de medios coercitivos, como se verá *infra*. Con igual fundamento para la acción proactiva administrativa en los casos de huelga de hambre, el cumplimiento del deber de la Administración Penitenciaria de «velar por la vida, la integridad y la salud de los internos» (artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), encuentra otro motivo de actuación en materia de prevención de suicidios en la institución penitenciaria. En esta dirección, en concreto la Instrucción 5/2014, de 7 de marzo, vino a examinar y actualizar lo previsto en la anterior instrucción 14/2005, de 10 de agosto sobre programa marco de prevención de suicidios, tras casi una década para «precisar algunas situaciones en la detección de la conducta suicida y en las medidas a adoptar ante una situación de riesgo para los reclusos». El factor humano, esto es, la actividad de observación y vigilancia del personal penitenciario, sigue siendo esencial para dicho control. Así, en la citada Instrucción se insiste por ello en «la importancia de primer orden que, en toda la estrategia desplegada

---

TUCIONES PENITENCIARIAS: *Informe General 2017*. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, pp. 250 y 260.

(55) Cfr. HENTIG, H. VON: *La Pena II. Las formas...* ob. cit., p. 383.

(56) *Vid.*, más recientemente, en relación a las posibilidades de asistencia a los internos con riesgo de suicidio, Organización Mundial de la Salud: «Prevención del suicidio en cárceles y prisiones», Ginebra, 2007 (Disponible en: [https://www.who.int/mental\\_health/prevention/suicide/resource\\_jails\\_prisons\\_update\\_spanish.pdf](https://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/resource_jails_prisons_update_spanish.pdf)); NEGREDO LÓPEZ, L./MELIS PONT, F./HERRERO MEJÍAS, O.: *Factores de riesgo de la conducta suicida en internos con trastorno mental grave*. Premio Nacional Victoria Kent, 2.º Accésit, año 2010, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 18 ss., y 60 ss.; más recientemente, HERRERO MAROTO, S.: «Prevención del suicidio en prisiones: un plan de cuidados y estrategias de intervención penitenciaria», en *Diario La Ley*, n.º 9315, 2018; la misma: «El interno de apoyo en la prevención de suicidios en el ámbito penitenciario», en *Diario La Ley*, n.º 9377, 2019; desde una perspectiva más global y americana, PINZÓN ESPITIA, O. L./MEZA VELANDÍA, S. P.: «Prestación de servicios de salud de las personas privadas de la libertad», en *Archivos de Medicina*, Vol. 14, n.º 2:6, 2018, pp. 1-6 (Disponible en: <http://www.archivosdemedicina.com/medicina-de-familia/prestacioacuten-de-servicios-de-salud-de-las-personas-privadas-de-la-libertad.pdf>, incorporando bibliografía anglosajona: notas al pie 18-31).

para la prevención de los actos suicidas en los centros penitenciarios, tiene el personal de vigilancia, en virtud de la observación directa, como concededor privilegiado de las pautas de comportamiento de cada interno y de sus variaciones. Los principios de celeridad e inmediatez administrativa inspirarán la estrategia de detección e intervención en la evitación de la conducta suicida». Y este criterio garantista se ha solicitado igualmente por el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa en su Informe entregado, tras su visita a España, en el año 2017 en el que se solicita que: «Las autoridades españolas desarrollen medidas para identificar a aquellos internos que corran el riesgo de autolesionarse, y apliquen medidas preventivas, como el desarrollo de mecanismos de adaptación positivos y habilidades saludables para la resolución de problemas».

La seguridad penitenciaria ha tenido que adaptarse progresivamente a una realidad que evoluciona con la tecnología. La superación de las barreras tradicionales por parte de los internos para la introducción de instrumentos que pueden en riesgo diversos bienes jurídicos, ha exigido la adopción de medidas de control y seguimiento de tipo selectivo. Sería con la Instrucción 3/2010, de 12 de abril, referida al protocolo de actuación en materia de seguridad, cuando se pretendió llevar a cabo modificaciones en las estructuras organizativas en el área de seguridad y vigilancia interior, para atender y confrontar la realidad de las nuevas tecnologías que permiten «la introducción de objetos prohibidos en los centros que pueden quebrar la seguridad integral del sistema penitenciario». Sin haberse en aquel año todavía vislumbrado las dificultades surgidas del uso de los drones, se hacía ya mención a la aparición y entrada en los centros de elementos electrónicos de comunicación con el exterior, teléfonos móviles, relojes grabadores, relojes con cámaras fotográficas, bolígrafos pistola, armas fabricadas con materiales no detectables, armas camufladas en artículos de uso cotidiano, etc. Así, por ello se pretende «la adecuación de las normas y controles de seguridad a las nuevas exigencias y fenómenos criminales para impedir la comisión de actos ilícitos que pongan en riesgo las infraestructuras penitenciarias, sus trabajadores internos y a la sociedad libre». Se procedía, de este modo, a una actualización de la Instrucción 06/2006, y de la Instrucción 07/2009, así como todas las circulares, instrucciones y órdenes de servicio, derogándose todos aquellos apartados que se opongán a la Instrucción 03/2010, y aconsejando «la división de normativas de seguridad, separando por tanto todas las instrucciones relativas al seguimiento y control de los internos pertenecientes a organizaciones terroristas, delincuencia organizada nacional o internacional, y de aquellos otros cuya



violencia y capacidad criminales ha llevado a la comisión de delitos muy graves, de aquellas otras que tienen carácter general».

Si la seguridad del establecimiento y de los que en el mismo se hallen, exige protocolos de actuación funcional como los indicados, la acción inmediata y exigible del personal penitenciario surge cuando el riesgo se hace efectivo. Para el logro de la estabilización del orden regimental, para hacer efectiva la protección de los bienes jurídicos protegidos por la legislación penitenciaria, como un mal necesario pero imprescindible, en determinados casos, tradicionalmente se han empleado los medios de contención o sujeción, hoy llamados coercitivos.

### III. UNA CONSTANTE ATEMPORAL: LOS MEDIOS COERCITIVOS

Los medios coercitivos (57) son medidas e instrumentos de contención, dirigidos a la recuperación del equilibrio regimental, de la

---

(57) *Vid.*, al respecto, entre otros, BUENO ARÚS, F.: «Notas sobre la Ley general Penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, enero-diciembre 1978; GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, pp. 215-218; el mismo: *Comentarios a la legislación...* ob. cit., pp. 137-140; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Edersa, Madrid, 1983, pp. 391-393; GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios», en *Diario La Ley*, n.º 3, 1986, pp. 824 ss.; POLAÍNO NAVARRETE, Miguel: «Las medidas coercitivas de la disciplina penitenciaria», en VV. AA. (Cobo del Rosal, M./Bajo Fernández, M. Dir.): *Comentarios a la Legislación Penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tomo VI, Vol. I, Madrid, 1986, pp. 657 ss., en especial 665; ASENCIO CASTISÁN, H.: «El régimen disciplinario. El procedimiento sancionador y los medios coercitivos», en VV. AA.: *Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, n.º 6, Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992, pp. 113-134; DELGADO LÓPEZ, L. M.: «Las medidas coercitivas (artículo 45 LOGP)», en VV. AA. *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario*. Madrid, 1992, pp. 176-184; TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Edisofer, Madrid, 1998, pp. 126-139; SANZ DELGADO, E.: «Medios coercitivos», en VVAA (García Valdés Dir.): *Diccionario de Ciencias Penales*. Edisofer, Madrid, 2000, pp. 355 y 356; BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de los medios coercitivos en prisión (indicaciones regimental y psiquiátrica)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 253, 2007, pp. 61-100; PÉREZ CEPEDA, I./FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «El régimen penitenciario», en VV. AA. (Berdugo Gómez de la Torre Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. Tomo VI, Derecho Penitenciario. Iustel, Madrid, 2010, pp. 139-141; RODRÍGUEZ ALONSO, A./RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *Lecciones de Derecho Penitenciario* 4.º ed. Comares, Granada, 2011, pp. 211-213;

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. Tales medidas se adoptan en la legislación española, tras la promulgación de la Ley penitenciaria, con la autorización del Director del establecimiento y con el conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria, para impedir actos de evasión o de violencia de los internos; para evitar daños a otros internos o a sí mismos; o para vencer la resistencia activa o pasiva de los reclusos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

Etimológicamente, coercitivo presupone dos vocablos. El primero, *coercitio*, que supone represión o sujeción. El segundo, *coerceo*, que significa encerrar, contener o mantener dentro de unos límites, si bien asimismo alude a la corrección de una conducta. Así, Barrios Flores señala que la coerción es cualquier tipo de fuerza usada contra un hombre o cuando los rasgos esenciales de su conducta están determinados por la amenaza de la fuerza (58). Y es que, como tal lugar de encierro, un establecimiento penitenciario conforma el continente que delimita la capacidad ambulatoria, esto es, la libertad personal de movimientos del interno. Por ende, si la reclusión es, como consecuencia jurídica, objetivamente un mal y

---

JUANATEY DORADO, C.: *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel, Madrid, 2011, pp. 193-196; RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *El ordenamiento jurídico penitenciario español vigente: carencias y disfunciones*. Tesis Doctoral. Universidad de Granada, Ed. Universidad de Granada, Granada, 2013, pp. 209-213; VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 437-441; LACAL CUENCA, P./SOLAR CALVO, P.: «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», en *Diario La Ley*, n.º 8154, 2013; ANDRÉS LASO, A.: *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro*. Premio Nacional Victoria Kent año 2015, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 214-216; ARRIBAS LÓPEZ, E.: «Lección 10. La seguridad en los establecimientos penitenciarios», en VV. AA. (De Vicente Martínez, R.): *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 293-296; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario*. 4.ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 363 y 364; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: *Derecho penitenciario*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 655-661; GALÁN CÁCERES, J. C.: «Los medios coercitivos y las limitaciones regimentales (arts. 72 y 75 del Reglamento Penitenciario)», en *Centro de Estudios Jurídicos: Comunicación presentada a las "Jornadas de especialistas de vigilancia penitenciaria"*. Madrid, mayo 2017 (disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Gal%C3%A1n%20C%C3%A1ceres,%20Calixto.pdf?idFile=c9e5ec28-42d6-4730-9ad4-647675c3700d](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Gal%C3%A1n%20C%C3%A1ceres,%20Calixto.pdf?idFile=c9e5ec28-42d6-4730-9ad4-647675c3700d)).

(58) Cfr. BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...» ob. cit., p. 62.

una manifestación de la coacción legal, el empleo de medios coercitivos (59), en la práctica penitenciaria, supone el despliegue de una energía restrictiva superior, que incide extraordinariamente en la esfera de los derechos ya de por sí limitados de los internos, por lo que la propia Ley los regula de modo reduccionista, como excepción al principio general de prohibición de malos tratos, reflejo del artículo 15 de la norma constitucional, y recogido en el art. 6 LOGP (60). Su regulación se halla recogida en el artículo 45 de la Ley penitenciaria, en el artículo 72 del Reglamento penitenciario de 1996 y en las Instrucciones n.º 3/2018, de 25 de septiembre, que reforma lo dispuesto en materia de sujeciones mecánicas, por la Instrucción n.º 3/2010, de 12 de abril, ambas de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. La excepcionalidad de su uso se destacaba en su Informe anual de 2017, por el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, favorable a la reducción progresiva de los sistemas de sujeción que se integran entre los denominados medios coercitivos.

### III.1 Evolución histórico-legislativa

En el Derecho penitenciario histórico español, al margen de la actuación de los prebostes y cabos de vara (61), con el uso del palo o vara en los incidentes regimentales propios de los entornos presidiales, y de los modos de sujeción señalados *supra* (62), los medios de contención o coercitivos, como hoy son entendidos, no se advierten tan diáfanos en la normativa, y ello a pesar de que su uso no era infrecuente, como señala Téllez Aguilera, en la práctica penitenciaria (63). De hecho, tal ausencia regulatoria dio lugar a que, en las prisiones se utilizasen medios coercitivos variopintos.

Dicha falta de regulación específica o inconcreción normativa en relación a los medios de contención similares a los usados hoy en día, se mantuvo en las normas reglamentarias hasta mediados del siglo XX, pues hubo de ser el Decreto de 2 de febrero de 1956, que establecía el Reglamento de los Servicios de Prisiones, el que en su art. 453.6 dis-

(59) *Vid.* BARRIOS FLORES, L. F., «El empleo de...», ob. cit., pp. 63.

(60) *Vid.* GRIJALBA LÓPEZ, J. C., «Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios», en *La Ley*, núm. 1489, volumen III, 1986, p. 825.

(61) Acerca de la evolución de las figuras de los cabos de vara, *vid., in extenso*, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...* ob. cit., pp. 211 ss.; el mismo: «Disciplina y reclusión...», ob. cit., pp. 123-125.

(62) *Vid., supra*, Introducción y nota al pie n.º 7 de este trabajo.

(63) *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 127.

pusiera que «en alteraciones del orden, el Director podrá ordenar al personal subalterno, si lo estima necesario, que haga uso de defensas de goma reglamentarias para restablecer aquél». Sorprende la escasa regulación habida cuenta de haberse promulgado tan solo un año antes las Normas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 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, que en su Reglas 33 y 34, relativas a los medios de coerción, establecían al respecto: «33. Los medios de coerción tales como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza nunca deberán aplicarse como sanciones. Tampoco deberán emplearse cadenas y grillos como medios de coerción. Los demás medios de coerción solo podrán ser utilizados en los siguientes casos: a) Como medida de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en cuanto comparezca el recluso ante una autoridad judicial o administrativa; b) Por razones médicas y a indicación del médico; c) Por orden del director, si han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con objeto de impedir que se dañe a sí mismo o dañe a otros o produzca daños materiales; en estos casos, el director deberá consultar urgentemente al médico, e informar a la autoridad administrativa superior» Y «34. El modelo y los métodos de empleo autorizados de los medios de coerción serán determinados por la administración penitenciaria central. Su aplicación no deberá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario».

No obstante, habrá que esperar al art. 2 del RD 2298/1979, de 20 de julio, sobre naturaleza y derecho de asociación de los funcionarios de IPP, para ver modificado el citado artículo 453.6 del Reglamento de 1956, pasando a regularse en los siguientes términos: «En caso de alteración grave en el interior de los establecimientos, el Director podrá ordenar a los funcionarios que hagan uso de las defensas de goma, esposas, «sprays» lacrimógenos, u otros medios análogos para el restablecimiento de aquél» (64).

Como podemos observar, además de ampliar el catálogo de medios coercitivos, se desprende claramente del enunciado que dicha enumeración había de entenderse como un *numerus apertus*, en cuanto a que la expresión «u otros medios análogos», no aportaba efectiva seguridad jurídica. Habría de esperarse dos meses para que dicha previsión

---

(64) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...*, ob. cit., p. 138.

fuera corregida con la aprobación de la LOGP (65) y con la remisión reglamentaria que incluía. Así, el art. 45.1 LOGP dispuso que solo podrán utilizarse «aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente», manifestando un carácter restrictivo, reduciendo no solo los casos en los que pueden emplearse, limitándose la ley a arbitrar una habilitación legal al Reglamento Penitenciario para que sea éste quien establezca cuáles son específicamente los medios coercitivos (66).

Ahora bien, aunque la LOGP no estableciera cuáles son los medios coercitivos aplicables, sí prohíbe expresamente las armas de fuego, pues como afirma García Valdés, «la finalidad esencialmente reeducadora y pedagógica que las modernas disposiciones atribuyen a la misión de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, en armonía con la naturaleza preventiva de la pena privativa de libertad, resulta incompatible con el uso de las armas» (67).

Pese a todo lo anterior, Mapelli Caffarena considera que la redacción *ex art.* 45.4 LOGP no puede ser considerada taxativa, más que en el aspecto de la no utilización de armas de fuego. De ahí que no existan razones para descartar el uso de cualquier instrumento que sea más eficaz y menos invasivo que los dispuestos hoy en día (68). Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica, nos encontramos ante un supuesto de *numerus clausus*. Para la utilización de cualquier otro medio coercitivo diferente a los enumerados, se requeriría así de una modificación reglamentaria (69). De ahí que, por precaución respecto a una interpretación reglamentaria aperturista, que permitiese el uso de otros medios coercitivos especialmente agresivos, en la redacción del art. 72.1 Reglamento Penitenciario de 1996 vino a suprimirse la coletilla «y otros semejantes», que aparecía en la primera versión del Anteproyecto, fechada en noviembre de 1994 (70). Sorprende, en todo caso, dicha expresión aperturista, que solamente habría de interpretarse favorablemente pensando en avances tecnológicos menos invasivos, teniendo en cuenta que el reglamento de 1981, tan solo decía en su art. 123.2: «se considerarán medios coercitivos a estos

(65) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. y loc. cit.

(66) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 133.

(67) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...*, ob. cit., p. 140

(68) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Bosch, Barcelona, 1983, p. 286; en similar sentido expansivo, RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *El ordenamiento jurídico penitenciario español...* ob. cit., p. 211.

(69) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 826.

(70) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina...* ob. cit., p. 131.

efectos: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los sprays de acción adecuada y las esposas».

Como se ha indicado, tradicionalmente, los medios coercitivos y/o las formas físicas de sujeción se habían vinculado con el régimen disciplinario. Prueba de ello se desprende de la LOGP vigente, que regula lo relativo a los medios coercitivos en su art. 45, dentro del Capítulo IV del Título II, destinado al régimen disciplinario. Asimismo, el Reglamento Penitenciario de 1981 los situaba en el citado art. 123.1, sito en el Capítulo IX del Título II, igualmente dedicado a dicha materia (71). Con base en dicho precepto del primer Reglamento de desarrollo de la LOGP, se dictaba, por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la Circular de 2 de octubre de 1991, excepcionando algunas normas comunes tipo, solo para algunos internos ubicados en ciertos establecimientos, incluyendo el siguiente apartado relacionado con la aplicación de medios coercitivos a tales reclusos situados en el régimen cerrado (72): «2.º La acreditada peligrosidad de estos internos, cuando se manifiesten a través de amenazas, autolesiones, coacciones a presos o funcionarios, desperfectos de mobiliario o enseres o cualquier otra circunstancia análoga, determinará la inmediata aplicación del art. 123 del Reglamento Penitenciario, manteniéndose la inmovilización con esposas durante el tiempo necesario y durante los trayectos, hasta el patio, locutorios, etc., en los que pueda tener contacto con otros internos». Con resoluciones de los juzgados de vigilancia favorables y contrarias a dicha medida, será por Circular de 12 de febrero de 1992, que se deja sin efecto la misma, derogando lo dispuesto en la circular citada de 1991.

Así, será el Reglamento Penitenciario de 1996, que acepta ya un concepto global de seguridad, el que incorpora los medios coercitivos en el art. 72.1, en el Capítulo VIII del Título II, destinado a la seguridad de los Establecimientos (73). Dicho cambio de orientación presenta consecuencias, puesto que supone remarcar que los fines y principios informadores de los medios coercitivos son distintos de los fines y principios del régimen disciplinario. De esta forma, al modifi-

---

(71) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 127.

(72) Vid., al respecto ARRIBAS LÓPEZ, E.: *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*. Premios Victoria Kent año 2009. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2010, p. 209 (Disponible en: [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Premios\\_Victoria\\_Kent\\_2009\\_El\\_Rxgimen\\_Cerrado\\_acc.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Premios_Victoria_Kent_2009_El_Rxgimen_Cerrado_acc.pdf)).

(73) En términos de Téllez Aguilera, «se regula pormenorizadamente de forma garantista al vincularlo con la seguridad de los establecimientos, lo que se entronca en cierta medida, con el legislador histórico, el cual, los denominaba «medios de seguridad»». Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 96.

car su naturaleza, los medios coercitivos se alejan del concepto de sanción (74), pasando a vincularse con el más global de la seguridad en los Centros Penitenciarios (75). Ello implica la prelación de la prevención y actuación inmediata frente a la actuación *ex post facto*. La respuesta *a posteriori*, tras la comisión de una falta disciplinaria queda, tras el aseguramiento de las personas implicadas, en el marco del régimen disciplinario sancionador, y del procedimiento regulado al efecto. El uso de los medios coercitivos es, por ello, primordialmente preventivo, para evitar que se produzca dicha infracción o para impedir que se prolongue en el tiempo (76). De ahí que, como señala Delgado López, no puedan tener «un sentido afflictivo, ya que, si la medida no es una sanción, el supuesto de hecho para aplicarla tampoco es una infracción» (77). Con esta perspectiva, podemos contemplar los medios coercitivos, como lo hace García Valdés, como aquellas acciones convenientes o recursos necesarios, «en situaciones conflictivas de carácter eminentemente transitorio» (78), que el Ordenamiento Jurídico permite que puedan ser empleados para impedir o reprimir determinadas actuaciones de los internos, las cuales, debido a su gravedad, requieren una respuesta cuasi-inmediata o inmediata por parte del personal penitenciario responsable de la retención y custodia (79).

En cuanto al contenido del precepto reglamentario vigente, el art. 72.1 sigue reproduciendo prácticamente la enumeración que contenía el citado art. 123.1 del Reglamento Penitenciario de 1981, siendo la única diferencia entre ambos reglamentos que el término *-sprays-* sería sustituido en el Reglamento de 1996 por el de *-aerosoles-* (80)

Tales medidas de contención y sujeción o medios coercitivos han sido usados histórica y, progresivamente, y se perciben hoy como instrumentos de último recurso, ante las crisis de seguridad que pueden afrontarse en los establecimientos. Tal exigencia de control y limita-

(74) Vid. ASENSIO CANTISÁN, H.: «El régimen disciplinario. El procedimiento sancionador y los medios coercitivos», ob. cit., pp. 114.

(75) Vid. BUENO ARÚS, F.: «Régimen disciplinario penitenciario», *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1997, pp. 287-334.

(76) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. y loc. cit.

(77) Cfr. DELGADO LÓPEZ, L. M.: «Las medidas coercitivas (artículo 45 LOGP)», en VV. AA.: *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario*, Madrid, 1992, pp. 176-184.

(78) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...*, ob. cit., p. 136.

(79) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 827.

(80) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. y loc. cit.; más recientemente, LACAL CUENCA, P./SOLAR CALVO, P.: «El aislamiento en prisiones: Usos múltiples y múltiples justificaciones», en *Diario La Ley*, n.º 8154, 2013, *passim*.

ción en el uso de tales medios, es por ello constante reiterada en el ámbito normativo supranacional.

### III.2 Perspectiva internacional y europea

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas, en su versión de 2015 (Reglas Mandela), recogen así los que denominan *Instrumentos de coerción física* en las Reglas 47, 48 y 49. Según la primera de las citadas, «se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes, y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor. 2. Otros instrumentos de coerción física solo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos: a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa. b) por orden del director del establecimiento, si han fracasado los demás métodos de control, a fin de impedir que el recluso se lesione a sí mismo o lesione a terceros, o que produzca daños materiales, en cuyos casos, el director deberá alertar inmediatamente al médico u otros profesionales de la salud competentes e informar a la autoridad administrativa superior». Los principios a aplicarse para el uso de tales medios coercitivos se recogen en la regla 48 como sigue: «a) emplear instrumentos de coerción física únicamente cuando ninguna otra forma menor de control resulte eficaz frente a los riesgos que entrañaría la libre movilidad; b) optar por el menos invasivo de los métodos de coerción física que sean necesarios para controlar la movilidad del recluso y que puedan aplicarse razonablemente, en función del nivel y la naturaleza de los riesgos en cuestión; c) aplicar instrumentos de coerción física únicamente durante el tiempo necesario, y retirarlos lo antes posible una vez que desaparezcan los riesgos planteados por la libre movilidad. 2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior». En fin, la Regla 49, de Naciones Unidas, dispone: La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos, y ofrecerá capacitación en esas técnicas» (81).

Asimismo, y específicamente en relación con la medida de aislamiento, si bien de modo genérico, como sanción aplicable (que, en su

---

(81) *Vid.*, al respecto de su interpretación para su implementación, con fundamentos en las resoluciones del Consejo de Europa, PENAL REFORM INTERNATIONAL: Guidance document on the Nelson Mandela Rules... ob. cit., pp. 79-83.



modalidad provisional, sí aparece recogida en el artículo 72 del Reglamento penitenciario español de 1996), en la regla 45 se prescribe: «1. El aislamiento solo se aplicará en casos excepcionales, como último recurso, durante el menor tiempo posible y con sujeción a una revisión independiente, y únicamente con el permiso de una autoridad competente». A ello habría de añadirse, en último término, lo dispuesto en la Regla 76 de las Reglas Mínimas, que señala la exigencia de formación para el personal penitenciario, que comprenderá, específicamente, según la letra c): «la seguridad, incluido el concepto de seguridad dinámica, el empleo de la fuerza y de instrumentos de coerción física, y el control de delincuentes violentos, con la debida consideración al uso de técnicas preventivas y de distensión, como la negociación y la mediación».

En el ámbito europeo, y bajo el marco normativo de las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006, siguiendo lo previsto en las reglas 64 a 69, se contemplan los medios coercitivos. Su necesidad y excepcionalidad se recogía en el *parágrafo 53 del 2.º Informe del Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa* de 1992, como sigue: «el personal de la prisión en ocasiones tendrá que usar la fuerza para controlar a los presos violentos y, excepcionalmente, incluso puede necesitar recurrir a instrumentos de restricción física. al tratarse de situaciones claramente de alto riesgo en lo que se refiere al posible maltrato de los reclusos y, como tales, requieren salvaguardias específicas». En su Informe de 2017, el CPT se manifestaba así favorable a la reducción progresiva en el uso de los sistemas de sujeción (82). El mismo organismo establece los caracteres de tales medidas de coerción, con estos términos: «Un preso contra el que se haya utilizado cualquier medio de fuerza debe tener el derecho de ser examinado de inmediato y, si es necesario, ser tratado por un médico. Este examen debe realizarse fuera de la audiencia y preferiblemente fuera de la vista de personal no médico, y los resultados del examen (incluidas las declaraciones pertinentes del preso y las conclusiones del médico) deben registrarse formalmente y ponerse a disposición del recluso. En los casos excepcionales en que se requiere recurrir a instrumentos de restricción física, el preso en cuestión debe mantenerse bajo supervisión constante y adecuada. Además, los instrumentos de restricción

---

(82) Así se recoge en el Informe de 2017 en relación a las prisiones alemanas visitadas, en el parágrafo 42 (p. 18): «el CPT se complace en observar que la tendencia a la baja con respecto al uso de Fixierung en el contexto de la prisión continúa. En la mayoría de las prisiones visitadas, casi ningún prisionero ha sido sometido a la práctica en los últimos años. En su informe, el Comité alienta a las autoridades pertinentes de todos los Länder a abandonar el recurso a fixierung en las prisiones».

deben retirarse lo antes posible; nunca deben ser aplicados, o su aplicación prolongada, como un castigo. Finalmente, se debe mantener un registro de cada instancia del uso de la fuerza contra los presos». Los límites en el uso de los medios coercitivos se describen antes también por el CPT en su 8.º Informe General de 1998, en estos términos: «solo en raras ocasiones estará justificado el recurso a medios coercitivos de naturaleza física (correas, camisas de fuerza, etc.) (...). El recurso a estos medios coercitivos será considerado como castigo si se hace un uso prolongado de los mismos, si no debería haberse recurrido nunca a ellos, o si la situación exige su eliminación inmediata».

En el párrafo 60 del Informe para el Gobierno español de 2017 (p. 57), se recoge: «El recurso de aplicar medidas de contención y, en particular, la aplicación de la sujeción mecánica a los reclusos para fines regimentales (sujeción mecánica regimental) fue de nuevo un punto importante de la visita del CPT. El marco jurídico en torno a la utilización de medios de contención, no ha cambiado desde la visita del CPT de 2011 y se rige por el artículo 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 54 y por el artículo 72 del Reglamento Penitenciario». Ello ha sido superado por la Instrucción 3/2018, que ha venido a regular, de modo más garantista, lo relativo a las sujeciones mecánicas, derogando la Instrucción 18/2007 y el apartado 5 de lo dispuesto en la anterior Instrucción 3/2010, específica en la materia.

Como señalan Van Zyl Smit y Snacken, «en general, el uso de medios coercitivos se conforma como una de las áreas que requiere de la exigencia de estándares máximos de permisión (...). Se puede esperar que, en el futuro, el TEDH por un lado, preste más atención a las exigencias sustantivas y procesales que sobre esta cuestión determinan tanto el CPT como las Reglas Penitenciarias Europeas, y, por otro, que atribuya la condición de trato inhumano y degradante a aquellos medios coercitivos que no correspondan a dichas exigencias» (83).

### III.3 Regulación nacional

En el ámbito legal y reglamentario español, la estructura del precepto regulador de esta materia presentado en el Anteproyecto de Ley penitenciaria, provenía de lo dispuesto por las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955 y en las reglas del Consejo de Europa de 1973. La tramitación parlamentaria del artículo 45 de la LOGP, encontró así escasas dificultades. A la versión del Anteproyecto se le añadieron dos garan-

(83) Cfr. VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y política penitenciaria...* ob. cit., p. 441.

tías, que atendían, por un lado, a la garantía judicial y, por el otro, a un criterio de seguridad. Así, en el Anteproyecto presentado se decía que el uso de medidas coercitivas debería ser vigilado por el médico. Esta parte del precepto desaparecía en el Proyecto al que se añade, por enmienda del Grupo parlamentario Socialistes de Catalunya, la exigencia de poner en conocimiento del Juez de Vigilancia el uso de tales medios. De igual modo, al texto del Proyecto, por enmienda del Grupo Parlamentario Comunista, se añadía un párrafo último para evitar el empleo de armas de fuego por parte de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias. El texto de la enmienda decía: «En ningún caso los funcionarios vendrán obligados al empleo de armas de fuego». Finalmente, el precepto legal pareciera llegar más lejos en su carácter prohibitivo y quedaría como sigue: «En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego» (84). El hecho de no haberse descrito específicamente en la Ley cuáles debían ser tales medios coercitivos y derivarse al reglamento su enumeración, pudo ser cuestionado por virtud del principio de legalidad. En opinión de Bueno Arús, «la referencia en estas normas a la peligrosidad o la violencia como justificantes de la restricción (de las que resulta similar la referencia a la seguridad y la convivencia ordenada que justifica el régimen disciplinario, según el art. 47.1), juntamente con las normas relativas a recursos y el control del Juez de Vigilancia, son suficientes para lograr la finalidad de no arbitrariedad que se pretende» (85). Para Rodríguez Alonso y Rodríguez Avilés, el Reglamento Penitenciario con esa remisión da «una muestra más de falta de rigor y de alejamiento de la Ley Penitenciaria» (86) al regular los medios coercitivos en los artículos 72 y siguientes.

De la regulación vigente, puede extraerse un análisis de los siguientes términos que la integran:

1) Acciones desplegadas y elementos de sujeción. Así, los medios coercitivos pueden venir configurados tanto por una conducta activa por parte de los funcionarios penitenciarios, como por el uso de instrumentos y materiales característicos. La acción tiene lugar por el empleo de la fuerza física personal, mientras que los elementos por el empleo

---

(84) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *La Reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

(85) Cfr. BUENO ARÚS, F.: «Estudio Preliminar», en GARCÍA VALDÉS, C.: *La Reforma penitenciaria española. Textos y materiales...* ob. cit., pp. 33 y 34.

(86) Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A./RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *Lecciones de Derecho Penitenciario...* ob. cit., p. 211; RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *El ordenamiento jurídico penitenciario español...* ob. cit., p. 210.

de los medios instrumentales (87). Dichos medios han de ser adecuados para inmovilizar al interno, impidiéndole así que realice o persevere en ciertas conductas. No obstante, en la práctica es bastante habitual la necesidad de que concurren en un mismo incidente penitenciario diferentes (88) medios coercitivos. De ahí que puedan concurrir: a) Una combinación de acciones y elementos, como puede resultar de la concurrencia de la fuerza física personal para proceder al aislamiento provisional, o incluso; b) Una acumulación de elementos instrumentales entre sí, como puede ser por la utilización de aerosoles de acción adecuada o defensas de goma previamente a la sujeción mecánica (89). Ahora bien, en el caso de combinarse varios medios coercitivos ante un mismo hecho, «ello no supone que el más grave o el último utilizado consuma a los restantes, sino que cada uno de ellos guarda su individualidad» (90) y se contabiliza en sentido acumulativo, y debiendo ser ello autorizado y puesto en conocimiento inmediatamente del Juez de Vigilancia Penitenciaria aisladamente.

2) Pueden servir para impedir o para reprimir. Es decir, que podrán utilizarse de modo preventivo, para contener un hecho que desbordase el marco jurídico de actuación permitida a los internos; o, de modo represivo, impidiendo que una actuación ya consumada se prolongue en el tiempo. Como afirma Grijalba López, los medios coercitivos no pierden el carácter eminentemente preventivo por el mero hecho de que, en ocasiones, se utilicen una vez producida la alteración, puesto que, en dicho caso, actúan en evitación de males mayores. Es decir, pretenden evitar una extensión del mal (91).

3) Respuesta urgente o inmediata. La rapidez de reacción institucional dependerá de la situación de riesgo creada. Así, ante supuestos normales, se requiere la autorización del Director titular o accidental del Centro Penitenciario, por lo que estamos ante una respuesta cuasi-inmediata. Ahora bien, en casos excepcionales, ante situaciones de urgencia, el uso de tales medios coercitivos puede ser

(87) Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de...*, ob. cit., p. 392.

(88) Vid. LACAL CUENCA, P. J./SOLAR CALVO, M. P.: «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», *Diario La Ley*, núm. 8153, 2013, p. 14. Así se ha advertido, a modo de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 28 de junio de 2017, que resolvía un supuesto en el que se aplicaron a un interno los medios coercitivos de aislamiento provisional, sujeción mecánica y defensas de goma.

(89) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», *Últ. ob. y loc. cit.*

(90) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina...* ob. cit., p. 139.

(91) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», *Últ. ob. y loc. cit.*

autorizado por el Jefe de Servicios o funcionarios de servicio interior, constituyendo por ende una respuesta inmediata.

### III.4 Principios rectores para su uso

Aunque la Ley penitenciaria, en su artículo 45 y el Reglamento penitenciario en el artículo 72, introducen algunos de los principios reguladores que rigen los medios coercitivos, la doctrina ha ido más allá, afrontando la especial relevancia de establecer principios orientadores que permitan distinguir entre el buen uso de los mismos y el maltrato o rigor innecesario (92). Algunos de tales principios se recogen, asimismo, en la Instrucción 3/2018, de 25 de septiembre, en materia de medios coercitivos y comprensiva del protocolo para la aplicación de la sujeción mecánica por motivos regimentales. De este modo, se han presentado los siguientes elementos característicos: 1.º *Necesidad*. Solo se justifica el empleo de los medios coercitivos en los supuestos tasados (93), cuando concurran situaciones excepcionales de especial gravedad o urgencia (94); 2.º *Proporcionalidad*. Su uso ha de ser proporcional y razonable en relación al medio empleado y el fin perseguido, que no es otro que el restablecimiento de la normalidad perturbada, el orden y la seguridad (95); 3.º *Adecuación o congruencia*. Implica que, ante un supuesto que legalmente legitima el uso de los medios coercitivos, no será legal el uso de cualquier medio sino solamente el de aquellos que sean adecuados conforme a las circunstancias (96), adecuado al fin perseguido (97). 4.º *Subsidiariedad*. Solo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad pretendida (98). Es decir, se trata de remarcar el carácter de *ultima ratio* que debe presidir el uso de tales medios (99), intentando acudir a otras vías de solución como plazos, diálogos, si es posible, negociaciones, etcétera (100), como así se dispone en la Ins-

(92) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina...*, ob. cit., p. 134.

(93) Vid. BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...», ob. cit., p. 68.

(94) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. MAD, Sevilla, 2008, p. 185.

(95) Vid. BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...», ob. cit., p. 69.

(96) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 135.

(97) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 827; destacando la especialidad de dicho uso, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado...* ob. cit., p. 183

(98) Vid. BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...», ob. cit., p. 73.

(99) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 135.

(100) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 8.

trucción 3/2018 en el apartado relativo a la prevención y medidas alternativas a la sujeción, mediante, por ejemplo, maniobras previas de diálogo o desescalada; 5.º *Intervención mínima*. No está permitido el uso ilimitado de los mismos, prohibiéndose el exceso (101). Es decir, son el medio necesario para el cumplimiento de un fin concreto, y cesa su razón de ser una vez conseguido el mismo (102); 6.º *Temporalidad*. Su uso debe limitarse al tiempo estrictamente necesario (103); 7.º *Individualización*. Deben aplicarse de forma individualizada ante actuaciones potenciales e internos concretos, y nunca como una medida rutinaria de carácter general aplicable a grupos de internos pertenecientes a determinadas clasificaciones o categorías (104). De este modo, aunque se aplique a varios internos, se tratará de llevar a cabo aplicaciones individualizadas y nunca una aplicación colectiva (105); 8.º *Subordinación al tratamiento*. Los medios han de estar subordinados a la finalidad de la consecución de la reinserción social, procurando que con su uso no se trate simplemente de dar solución al caso conflictivo, sino de fomentar en los internos la conciencia de auto-responsabilidad para llevar una convivencia ordenada, que permita el desarrollo de las actividades tratamentales (106). Por ello, y asimismo es importante que los internos tengan la percepción de que el medio coercitivo no es exteriorización del «poder institucional», sino una medida accesoria con dichas finalidades (107), respecto de la cual deberán recibir notificación, siquiera a posteriori. Así pues, «teniendo en cuenta la Instrucción 3/10 de Protocolo en materia de seguridad, no se exige la notificación al interno de manera inmediata pero reestablecida la normalidad debería serle notificado el acuerdo al interno, como acto administrativo que afecta a los intereses del interno, ex artículo o 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resultando viable y efectivo la posibilidad de impugnación del interno, a estos solos efectos cabe la estimación parcial de la presente queja» (108).

---

(101) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina...* ob. cit., p. 135.

(102) Vid. VALERO OLTRA, R.: «El uso de medios coercitivos en el ámbito penitenciario», Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1988, p. 359.

(103) Vid. BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...», ob. cit., p. 69.

(104) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 136.

(105) Vid. ASENCIO CANTISÁN, H.: «El régimen disciplinario. El procedimiento...» ob. cit., p. 115.

(106) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema...* ob. cit., p. 276.

(107) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 136.

(108) Cfr. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena del 27 de octubre de 2016, que estimaba parcialmente la queja por no haber notificado a un

### III.5 Supuestos previstos para su uso

La aplicación de los medios coercitivos se encuentra expresamente limitada a los supuestos enumerados en el art. 45.1 LOGP, distinguiéndose al efecto dos categorías: Por un lado, las *medidas preventivas* para impedir: 1) Los actos de evasión, que abarca la tentativa de fuga y por tanto del delito de quebrantamiento de condena; 2) Los actos de violencia, que ha de entenderse como cualquier utilización de las vías de hecho contra las personas por parte de los internos; y 3) Los daños de los internos a sí mismos, como pueden ser los presumibles intentos de suicidio, autolesiones, huelgas de hambre extremas, negativas a un tratamiento médico urgente (109), o supuestos de evidente agitación de estos, así como los daños a personas o cosas (agresiones a internos, funcionarios, Autoridades, etc.) (110); y los daños producidos por los internos a las cosas, argumentándose, por un lado, que han de tratarse de alteraciones graves del orden, como incendios, destrozos de enseres y situaciones de motín (111), mientras que otra opinión manifiesta que los daños en las cosas no han de ser necesariamente graves, por cuanto la LOGP no lo establece propiamente así, al no distinguir entre situaciones graves y leves (112).

De otra parte, según el art. 45.1 c) de la Ley, caben las medidas represivas, para vencer la resistencia de los internos a las órdenes lícitamente emitidas por el funcionariado. Como ha anotado Grijalba, el término *resistencia* ha dado lugar a algunas dudas interpretativas por tratarse de «un concepto tan borroso en su definición como subjetivo en su delimitación». Por lo tanto, tiene una carga más valorativa que objetiva (113). En cuanto al tipo de resistencia ejercida por parte de

interno el acuerdo de aplicación de medios coercitivos.

(109) Así lo señala el Auto del Juzgado de Vigilancia de Lugo de 18 de julio de 2016, como sigue: «Es indudable que la negativa del interno a someterse a la intervención quirúrgica prevista, llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente en un momento determinado peligro de muerte para el interno la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida del interno, que la Administración Penitenciaria tiene obligación legal de proteger, acudiendo, en dicho término, mediante el empleo de medios coercitivos que sean estrictamente necesarios, tan pronto como según la ciencia médica corra riesgo cierto la vida del interno; y sin esperar a que se presente esa situación irreversible que cause daño persistente a la integridad física».

(110) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...*, ob. cit., pp. 137 y 138.

(111) Vid. VALERO OLTRA, R.: «El uso...», ob. cit., p. 359.

(112) Vid. DELGADO LÓPEZ, L. M.: «Las medidas...», ob. cit., p. 180.

(113) Cfr. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 828.

los internos frente a la ejecución de lo debidamente ordenado, esta oposición puede ser activa (por la fuerza) o pasiva (inercia física) (114).

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 regimetal en el establecimiento. Por ello, la resistencia del interno debe resultar contumaz, manifestando una voluntad rebelde frente a la reiteración de la orden transmitida, o en palabras de Delgado López: «un pulso de fuerza con el funcionario» (115). Así, por ejemplo, atendiendo a dicha proporcionalidad, una mera falta leve de desobediencia no podría dar lugar al uso de tales medios, por estar destinados únicamente, según dispone el art. 45.3 LOGP, al restablecimiento de la normal convivencia. La exigencia de limitación del uso ha sido así señalada por Mapelli Caffarena (116) como sigue: «si la conducta de un interno no pasa de incumplir una norma penitenciaria o un deber, el funcionario debe limitarse a cursar el parte correspondiente para que se le aplique una sanción. En cambio, si la conducta del interno es de tal gravedad, que pudiere ser responsable penal, el funcionario podrá hacer uso de los medios coercitivos» (117). En determinados casos, y a contrario, como acción de salvaguardia, como puede ocurrir en los supuestos de autolesiones o intentos de suicidio, se ha interpretado que a pesar de no incurrir en un ilícito penal, el funcionario está legitimado para utilizar los medios coercitivos para evitar un resultado lesivo contra la vida e integridad física, «por ejemplo, autolesión para impedir un traslado o una conducción (...) pueden servir de presupuesto habilitante para la aplicación de medios coercitivos conforme se establece en el artículo 45.1 b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria» (118), pudiendo incluso «incurrir en un delito de omisión de socorro en caso contrario, puesto que la Administración Penitenciaria, a través de los funcionarios, tiene asumida la posición de garante» (119). Finalmente, la doctrina ha establecido tres supuestos de hecho que habilitan su empleo: a) Cuando la actitud o conducta anormal del interno suponga una alteración de la seguridad y convi-

---

(114) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...*, ob. cit., p. 138.

(115) Cfr. DELGADO LÓPEZ, L. M.: ob. cit., p. 180.

(116) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema...* ob. cit., p. 285

(117) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: últ. ob. y loc. cit.

(118) Vid., al respecto, los Autos del Juzgado de Vigilancia de Burgos, de 10 de marzo y 11 de abril de 2006; Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Lugo de 9 de mayo de 2011.

(119) Cfr. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit. p. 829.



vencia (120); b) Que dicha conducta, de persistir, posiblemente desembocase en alguna de las situaciones que taxativamente fija el art. 45 LOGP: evasión, violencia, daños o resistencia a las órdenes (121); c) Que entre la conducta y la situación que se pretende evitar exista una vinculación lógica previsible. Es decir, no basta con la mera sospecha de una futura conducta antijurídica, de naturaleza penal o disciplinaria, sino que debe aparecer como probable su realización.

Al igual que recordamos *supra*, en relación a la responsabilidad administrativa y penal de los custodios desde una perspectiva histórica, hoy el uso de los medios coercitivos fuera de los supuestos legalmente previstos, da lugar a una extralimitación del funcionario penitenciario, constituyendo la comisión de un delito contra la integridad moral (art. 175 CP) o de tortura (art. 174 CP), como tampoco podrán aplicarse para funciones de averiguación de delitos, así como podrán ser constitutivos de delitos de rigor innecesario (art. 533 CP), y malos tratos (art. 147.3 CP), en su modalidad de delito leve de lesiones, o maltrato de obra (122).

En definitiva, la adopción de los medios coercitivos, queda circunscrita a su exclusiva finalidad, que supone la recuperación de la homeostasis regimental, esto es, el restablecimiento de la normalidad en el medio interno, ante las situaciones de urgencia que lo requieran (123).

De otra parte, a diferencia de las medidas de seguridad, la aplicación de los medios coercitivos, como señala Grijalba López, está referida únicamente a la conducta desplegada por los propios internos (124). Por tanto, no cabe su aplicación contra personas no sometidas a custodia penitenciaria, respecto de las cuales, será necesario recabar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (125).

### III.6 Clases de medios coercitivos

La enumeración reglamentaria incluye, en primer lugar, el *aislamiento provisional*, consistente en la separación individual del interno del resto de reclusos con el objeto de poner freno a una situación límite,

(120) *Vid.* VALERO OLTRA, R.: ob. y loc. cit.

(121) *Vid.* DELGADO LÓPEZ, L. M.: ob. cit., p. 181.

(122) *Vid.* GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 827; asimismo, *vid.* MAPELLI CAFFARENA, B.: «El tratamiento penal de los excesos...», ob. cit., pp. 540 ss.

(123) *Vid.*, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) 129/1995, 11 de septiembre.

(124) *Vid.* GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. y loc. cit.

(125) *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina...* ob. cit., p. 130.

restableciendo el orden frente a la alteración regimental (126) que demuestra agresividad, o un grado de excitación extrema, derivada de previas agresiones entre internos o de estos a funcionarios (127), o incluso con el fin de evitar daños a sí mismos o, en fin en aquellos supuestos de tenencia de droga dentro del cuerpo (128), a la espera de su expulsión. El aislamiento provisional se presenta, así, como una medida de aseguramiento excepcional, en principio incompatible con un régimen de comunicaciones, pues si el interno se encuentra en un estado agresivo y violento, no podrá participar en las actividades normales compartidas con otros internos o funcionarios, pues de lo contrario, la realización de tales actividades implicaría un comportamiento normal que determinaría *ipso facto* el cese de la medida aplicada (129).

Habrà de aplicarse por un tiempo mínimo pero imprescindible (130), ya que, en términos generales, la agresividad del interno que protagoniza un hecho aislado de violencia no permanece en el tiempo, mitigándose progresivamente el estado que le impulsó a tomar esa actitud incorrecta (131). Ello supondrá, además, un menor deterioro físico y psíquico para el interno. Por tanto, el aislamiento provisional «implica una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena» en tanto en cuanto suprime el contacto con la prisión y con su entorno, privándole de la convivencia con el resto de internos, el ejercicio de la actividad laboral, cultural, ver la televisión, visitas, llamadas telefónicas, etc. (132).

De este modo, al contar con unas finalidades distintas y principios propios de carácter asegurativo, se trata de una herramienta esencialmente distinta de la medida cautelar de aislamiento y sanción de aislamiento de carácter disciplinario (133). No obstante, como en la

---

(126) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado...* ob. cit., p. 184.

(127) Vid. el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Alicante, de 6 de febrero de 2004.

(128) Vid. BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...», ob. cit., p. 90.

(129) Vid., el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Alicante, de 6 de febrero de 2004.

(130) Respuestas por escrito del Gobierno de España a la lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de España, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de Naciones Unidas, 2009, p. 15.

(131) Vid., al respecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.<sup>a</sup>), de 9 de junio de 2003.

(132) Vid., al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>) 74/1985, de 18 de junio.

(133) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado...* ob. cit., p. 184.

práctica penitenciaria constituye una medida idéntica, sus condiciones de cumplimiento son iguales a las previstas en el art. 43 LOGP (134). Es decir, su aplicación requiere: a) Un informe médico. De lo contrario, el aislamiento no puede aplicarse. Así, el médico que firma favorablemente el aislamiento será el responsable, y le corresponde no solo el control inicial, sino el control continuado de la aplicación de la medida, evitando el deterioro físico y psíquico del interno. Para dicho fin, el interno será visitado diariamente por el médico; b) Que el aislamiento se cumpla en el compartimento que habitualmente ocupe el interno. Sin embargo, por su propia seguridad o por el buen orden del Centro Penitenciario, se le puede trasladar a otra celda individual de análogas características a la ordinaria, quedando prohibido, desde la normativa internacional y nacional, la utilización de celdas *ciegas o negras* por considerarse manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes por carecer de luz, de ventilación y por no cumplir las condiciones mínimas que el respeto de la persona exige (135). Y es que, a pesar de tratarse de una herramienta más que necesaria desde una perspectiva práctica, la celeridad que conlleva su aplicación, ajena e incompatible con el procedimiento previo al disciplinario, y su incidencia en la esfera individual de cada interno, hacen imprescindibles una observancia más estricta de las garantías de los Derechos fundamentales (136); c) Algunas otras particularidades: las circunstancias que lo motivaron, la relación circunstancial de los hechos, el día y la hora de la adopción de la medida, la duración en caso de haber cesado, si la medida fue autorizada por el Director o si solo se le ha comunicado al interno, etcétera (137).

La *fuerza física personal* es una manifestación externa de la coacción directa (138), que legitima la intervención de la violencia corporal desplegada para reducir a las personas. Por lo general, los internos responderán sin incidentes a las órdenes legítimas, sin embargo, algunos internos actúan ocasionalmente de manera violenta, debiendo ser contro-

---

(134) *Vid.*, al respecto, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4.ª), de 2 de octubre de 2008.

(135) *Vid.*, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª) 2/1987, de 21 de enero.

(136) *Vid.* LACAL CUENCA, P. J./SOLAR CALVO, M. P.: «El aislamiento...», ob. y loc. cit.

(137) *Vid.* BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...», ob. cit., p. 92; *vid.*, asimismo, el explicativo Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Villena de 27 de octubre de 2016, relativo a los caracteres de la aplicación de los medios coercitivos, y en concreto del deber de notificación al interno de dicha aplicación.

(138) *Vid.* AGIRREAZKUÉNAGA, I.: *La coacción administrativa directa*, Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, Madrid, 1990, p. 424.

lados utilizando la fuerza (139), aplicable por lo común con la superioridad numérica de varios funcionarios para frenar la actuación del interno.

Con esta perspectiva, el legislador, consciente de la potencial violencia que existe en las instituciones penitenciarias, la cual puede degenerar rápidamente en un motín, justifica el uso de la fuerza física como un mal necesario para garantizar la seguridad de la prisión y mantener el orden regimental (140). Por ello, todo el personal debe pasar por un entrenamiento que lo capacite en los medios legítimos para reducir físicamente a los reclusos, tanto a nivel individual como de grupo, utilizando el mínimo de fuerza (141).

Sin embargo, dado que los Centros Penitenciarios son comunidades cerradas, en los que pudiera producirse un exceso funcional o abuso de autoridad en tales circunstancias, debe existir una serie de procedimientos específicos y transparentes para su uso (142). Por ello, el personal penitenciario, en principio, no debe recurrir a la fuerza física personal en sus relaciones con los internos (143). Dicha fuerza debe de aplicarse como último recurso (144), cuando sea absolutamente imprescindible, y en tal caso, solo en la medida necesaria (145). Ello no obsta a que, en la práctica penitenciaria, la presencia funcional y la fuerza física personal, desplegada para resolver incidentes puntuales, sea junto al aislamiento provisional, el medio coercitivo más utilizado (146).

*Las defensas de gomas* son instrumentos o «armas» de mano destinadas a reducir a las personas (147). Su uso se encuentra autorizado, pero no siempre es legítimo, pues únicamente deben utilizarse ante situaciones extremas, de *ultima ratio*, como la resistencia de un preso que porte un instrumento peligroso, arma contundente, pincho, etc.,

(139) Cfr. COYLE, A.: ob. cit. p. 27.

(140) Sentencia del TEDH de 21 de diciembre de 2006 (*Caso Gömi y otros vs. Turquía*), párr. 77.

(141) Cfr. COYLE, A.: *últ. ob. y loc. cit. Vid.*, al efecto, en España, los Cursos de especialización como el de «Defensa personal y utilización correcta de los medios coercitivos», que durante el año 2017 se impartió, por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, para un total de 543 funcionarios (*supra*, nota 54).

(142) *Vid.* COYLE, A.: ob. cit., p. 60.

(143) *Vid.* ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: ob. cit., p. 184

(144) *Vid.* COYLE, A.: *Últ. ob. cit.*

(145) *Vid.* Sentencia del TEDH de 12 de abril de 2007 (*Caso Ivan Vasilev vs. Bulgaria*), párr. 63.

(146) *Vid.* ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado...*, ob. cit., p. 184.

(147) Así lo considera el RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, en su art. 5.1.c) al citar como armas las defensas de goma.

que pueda poner en riesgo la vida o integridad física de las personas. Ello supondría la ilegitimidad del empleo «en un supuesto en que se manifiesta la agresividad verbal de un interno encerrado en una celda, ante cuya actitud los funcionarios abren la misma y emplean las defensas de goma ya que “el abrir la celda y verse forzados por la evidente agresividad anteriormente manifestada y conocida de ellos, a utilizar las defensas de goma, implica cuanto menos una gravísima imprudencia de tales funcionarios”» (148).

*Los aerosoles de acción adecuada* son un tipo de instrumento de naturaleza química para utilizarse asimismo en casos extremos, disparándose botes que emiten un tipo de gas a un ritmo fijo, con la finalidad de inmovilizar y reducir al interno. La precaución ante la posible peligrosidad de este medio no deriva tanto de su aplicación, ya que las instrucciones de uso de tales aerosoles deberán estar siempre a la vista, en los lugares en los cuales se custodien para información de los funcionarios, sino de la composición química que contienen tales instrumentos, la cual puede provocar, por la exposición directa de los gases tóxicos, los siguientes efectos: agitación, lagrimeo, ceguera temporal, sensación de dolor en el pecho, tos, posible ataque de pánico por la sensación de asfixia aguda, etc. Así como, por efecto secundario ligado al estrés, puede producirse un aumento de la presión arterial y del pulso cardiaco (149).

Por dicho motivo, por medio de la Instrucción de 7 de abril de 1994 la Dirección General de IIPP suspendió temporalmente los aerosoles hasta ese momento empleados por los citados efectos nocivos. Posteriormente, la Instrucción de 15 de julio del mismo año, estableció «una serie de características técnicas de los nuevos aerosoles: capacidad, clase de gas –Cs–, composición y grado de toxicidad, así como las instrucciones de uso (preferentemente en lugares abiertos y durante más de 2-3 segundos), la obligatoriedad del inmediato reconocimiento médico tras la reducción del recluso y los primeros auxilios al afectado» (150).

La *sujeción mecánica* es un sistema excepcional para inmovilizar, sujetar o contener automáticamente los movimientos de un interno ante la persistencia de su gravedad y en evitación de males mayores (151). Ha venido últimamente a regularse, de modo más garantista, por medio de la Instrucción 03/2018, de 25 de septiembre, que incorpora un amplio

---

(148) Cfr. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado...* ob. cit., p. 184.

(149) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: ob. cit., p. 184.

(150) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina...* ob. cit., p. 132.

(151) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario...* ob. cit., p. 184.

y minucioso protocolo de actuación, «para la aplicación de la sujeción mecánica por motivos regimentales», incorporando medidas preventivas y alternativas a la sujeción para su previa valoración.

La necesidad de aplicar a una persona la sujeción mecánica puede deberse: a) A una alteración regimental. Así, puede aplicarse a una persona que presenta una actitud violenta y agresiva, de manera que haya causado o pueda causar, en caso de no actuar adecuadamente, daño a sí mismo, a terceras personas o a los medios materiales e instalaciones de su entorno. La actualidad de la acción por la que se aplica la medida se presume, pero la interpretación de los Jueces de Vigilancia al respecto en ocasiones difiere. En algunas resoluciones consideran que, en determinados internos, «tales situaciones y circunstancias ya se han dado en aquéllos, al haber sido condenados por delitos cometidos dentro del mismo Centro, todos ellos sancionados por múltiples faltas acreditativas de su especial peligrosidad o por haberse incluso ocupado a alguno de ellos un estilete y una navaja» (152), autorizando, en base a ello, el empleo de tales medios coercitivos, en el traslado y movimiento de los internos dentro del Centro Penitenciario (153). En cambio, otras resoluciones consideran que no han aplicarse de forma sistemática y siempre que el interno salga de su celda o se desplace, sino tan solo cuando su conducta material, actual y concreta así lo justifique (154). Tal actualidad supone que «debe estar sucediendo» (155) y no en previsión de que sucedan; b) A causas médico-terapéuticas derivadas de una patología. Por tanto, puede aplicarse cuando la persona se encuentra en un estado de agitación psicomotriz grave de etiología orgánica o psíquica, o cuando su actitud, no necesariamente violenta, dificulte o imposibilite un programa terapéutico, como la administración de medicamentos, o retirada de sondas o catéteres. Cabe precisar que una sujeción mecánica tiene el carácter de actuación médica cuando así lo establece un profesional médico, o en su defecto, un diplomado en enfermería. Por ello, en estos casos, la sujeción mecánica constituye un acto médico que se aplica a pacientes (156).

En cuanto a la tipología, el Reglamento Penitenciario insiste en que son las esposas las que monopolizan el medio material. Y la específica

---

(152) Vid. el Auto de la AP de Valladolid, de 10 de abril de 1994.

(153) Vid. el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Murcia, de 13 de enero de 1995.

(154) Vid. el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña, de 13 de marzo de 2000.

(155) Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E.: *El régimen cerrado...* ob. cit., p. 210.

(156) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: ob. cit., p. 184.

Instrucción 3/2010, señala al efecto: «Cuando el reglamento penitenciario habla del uso de las esposas, en realidad se está refiriendo a la necesidad de inmovilizar, sujetar o contener mecánicamente los movimientos de un interno y antes de ello, por exigencia del propio artículo 72 ya citado, hay que constatar si existe o no «otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida»; la respuesta es clara y rotunda: Sí, existe la posibilidad de inmovilizar mecánicamente a un interno mediante elementos menos lesivos que las esposas, con las correas de sujeción mecánica que se han diseñado para su uso en el ámbito sanitario, lo que ha demostrado ser un mecanismo más adecuado y útil para la inmovilización a la par que menos lesivo, sobre todo cuando la inmovilización no sea instantánea y se prevea (o surja) la necesidad de prolongarla en el tiempo o durante un periodo de observación. En la institución penitenciaria ya se emplean estas correas en los casos de sujeciones de carácter sanitario». Así, como estipula la regla número 33 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos: *«nunca deberán emplearse cadenas ni grillos como medios de coerción»*. El TEDH se ha manifestado en relación al uso de las esposas, señalando que no constituyen un instrumento lo suficientemente intrusivo como para y así se pronunciaba en su resolución de 29 de septiembre de 2005, relativa al caso *Mathew v. Holanda*, señalando que «el uso de esposas o de otros instrumentos coercitivos no se considera normalmente una infracción del artículo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que dicha medida haya sido adoptada en el marco de una detención conforme a derecho, que no implique uso de fuerza, o que el preso no haya sido expuesto públicamente de forma excesiva, superando lo que es considerado razonablemente necesario. Respecto a esta cuestión es importante tener en cuenta el peligro de fuga o de causación de daño o lesión».

El magistrado Téllez Aguilera, en su calidad de partícipe en la redacción del Reglamento Penitenciario de 1996 propuso incluir las correas de sujeción en el elenco de medios coercitivos. No obstante, señala el mismo que su propuesta fue rechazada primordialmente por razones de imagen (157). En este sentido, por entenderse menos invasivas que las esposas pues, como destaca Barrios Flores, dado el material de las mismas (hierro) y su cierre mediante dientes escalonados, ocasiona a los internos escoriaciones y heridas (158).

Finalmente, la exigencia reglamentaria de constatar si existe o no «otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida», derivó en que las Instrucciones 18/2007 y 3/2010, relativa al Protocolo de actuación en materia de seguridad, vinieron a justificar la uti-

---

(157) *Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 133.*

(158) *Vid. BARRIOS FLORES, L. F.: «El empleo de...», ob. cit., p. 95.*

lización de las correas de sujeción mecánica en lugar de las esposas en tanto en cuanto es un mecanismo más adecuado y útil para la inmovilización a la par que menos lesivo (159). Ello se complementa y refuerza con la Instrucción 3/2018, reguladora de esta cuestión. Asimismo, ya en la normativa de 2010 se afirmaba que no pareciera congruente con el espíritu de la LOGP, ni del Reglamento Penitenciario, «limitar la forma de inmovilizar al uso exclusivo de las esposas» autorizando el uso de las correas de sujeción mecánica, para su uso excepcional y siempre fundamentado en el pleno cumplimiento de las garantías jurídicas exigidas tanto en su aplicación como en su supervisión, por considerarlo un elemento menos traumático y lesivo y por lo tanto más humanitario, sin merma de la finalidad prevista.

En todo caso, una vez reducido el interno, se requerirá la presencia del médico, el cual habrá de informar por escrito si existe o no impedimento clínico para la aplicación de dicha modalidad de contención mecánica. En caso de no existir dicho impedimento, se habrá de realizar un seguimiento periódico y exhaustivo del estado del interno. Así, los funcionarios de vigilancia efectuarán las inspecciones con la periodicidad que se le indique por el Director, o en su defecto, por el Jefe de Servicios y, en todo caso, nunca con una periodicidad superior a una hora, dejando reflejo de ello en cuadrante de seguimiento firmado por el Funcionario. Asimismo, para la retirada provisional de cualquier elemento de sujeción, se adoptarán cuantas medidas supletorias de seguridad que la situación requiera, como mayor presencia de funcionarios o volver a poner las esposas antes de retirar las correas, etc.

### III.7 Depósito y guarda de los medios coercitivos

A diferencia de lo que tiene lugar y encuentra legislación en otras latitudes, para evitar la «intensificación de la violencia» (160), los medios coercitivos no pueden ser portados por los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, mientras realizan su servicio habitual en el Centro Penitenciario (161), ya que su ostentación y exhibición

---

(159) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: ob. cit., p. 497.

(160) Vid. NACIONES UNIDAS. *Manual de Buena Práctica Penitenciaria*, ob. cit., p. 157.

(161) La regla 69.2 de las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006 establece que «La tenencia visible de armas, incluyendo las porras por el personal que está en contacto con los detenidos debe de estar prohibida dentro del perímetro de la prisión». Sin embargo, hay alguna resolución judicial que justifica, en determinados casos, como medida disuasoria incluso, el hecho de portar instrumentos de defensa personal. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, 5 de abril de 2002



constante puede crear un ambiente de tensión e intimidación psicológica innecesaria y negativa, lo que sin duda alguna contribuiría a introducir un elemento represivo que dificultaría el trato y la normal interrelación entre los internos y los funcionarios, dándole a la vida cotidiana penitenciaria una visión «policial» que dificultaría la consecución del clima necesario orientado hacia los fines tratamentales (162). Del mismo modo, la visibilidad de los mismos supone un desacierto en la medida que induce a pensar que su empleo puede llegar a ser sistemático, cuando precisamente su propósito legal es el contrario: utilizarlos cuando no se vislumbra otra forma para solucionar los conflictos. Asimismo, si los funcionarios tuviesen a su inmediata disposición los medios coercitivos, podrían caer en el peligro de emplearlos de forma apresurada (163), o incluso los internos podrían apoderarse de ellos (164).

La disposición preventiva de tales instrumentos se recoge reglamentariamente. El art. 72.4 Reglamento Penitenciario dispone que los «medios materiales coercitivos serán depositados en aquel lugar o lugares que el Director entienda idóneos». De esta forma, ni la LOGP ni el Reglamento Penitenciario especifican ni concretan el lugar donde deben estar depositados los medios coercitivos. No obstante, Grijalba López ha entendido que parece razonable que los medios coercitivos los tenga bajo su control la persona que debe autorizar su empleo. Por tanto, sería lógico que, siendo el Director quien, en supuestos normales, ha de autorizarlo, sea él quien los tenga a su cargo. Sin embargo, como por razones de urgencia el Jefe de Servicios puede autorizar también su uso, será éste el encargado habitual de la custodia de los mismos (165), depositándose por lo usual en las Jefaturas de Servicios. No obstante, como bien señala Téllez Aguilera, sería ilógico que todos los medios coercitivos tengan que estar depositados obligatoriamente en un mismo lugar, ya que existen módulos conflictivos en los que se entiende conveniente disponer de los mismos con la mayor rapidez posible (166).

Por otro lado, para su debido control, «su cuantía y estado se reflejará en libro oficial», que puede ser uno exclusivamente abierto para dicha finalidad, o venir consignado en un libro oficial, si lo hubiese,

---

autoriza que se porten los medios coercitivos a la vista de las características de un módulo especialmente conflictivo.

(162) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 134.

(163) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 828.

(164) Vid. NACIONES UNIDAS. *Manual de Buena Práctica Penitenciaria*, ob. cit., p. 157.

(165) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», últ. ob. y loc. cit.,

(166) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 134.

de la dependencia en la que se hallen (167). Asimismo, como dispone la Instrucción 3/2010, se reflejará la fecha y hora de inicio y cese, el tipo de medio aplicado, su justificación, un sucinto informe de los hechos y otras medidas adoptadas. Dicho libro-registro lo firmarán el Subdirector de Seguridad y los Jefes de Servicios (168).

### III.8 Responsabilidad y competencia

Según lo dispuesto en el art. 45.1 LOGP y 72.3 Reglamento Penitenciario, la competencia para disponer la utilización de los medios coercitivos le corresponde al Director. No obstante, como se ha indicado, en casos de urgencia, en los que las exigencias de una perentoria actuación impiden la autorización previa del Director, se exigirá, como norma general, la autorización previa del Jefe de Servicios, tal y como se desprende del art. 286 Reglamento Penitenciario, el cual dispone que «El Jefe de Servicios es el encargado de la coordinación de los servicios del área de vigilancia bajo la dirección y supervisión de los mandos del centro y, en consecuencia, adoptará provisionalmente las medidas indispensables para mantener el orden y el buen funcionamiento de los servicios, dando cuenta de ellas al Director». No obstante, la urgencia de la situación, permite valorar, como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional que, cuando no está presente el Jefe de Servicios, o no es posible recibir sus instrucciones, sea razonable que «los funcionarios de servicio pueden llevarla a cabo con carácter provisional» (169), dando cuenta inmediata al Jefe de Servicios, que a su vez se lo comunicará al Director.

### III.9 Control judicial y límites

En cuanto al control judicial, previsto en la LOGP, el Director está obligado a poner en conocimiento del Juez de Vigilancia la adopción y cese de los medios coercitivos.

En el Anteproyecto de LOGP, el Grupo de Socialistas de Cataluña propuso por una enmienda relegar la autorización para el empleo de los medios coercitivos a los Jueces de vigilancia, debido a la gravedad que implicaba la aplicación de los mismos (170), pues este conjunto

---

(167) *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A.: últ. ob. y loc. cit.

(168) *Vid.* FERNÁNDEZ ARÉVALO, L./NISTAL BURÓN, J.: ob. cit., p. 496.

(169) *Vid.*, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) 129/1995, de 11 de septiembre.

(170) *Vid.* DELGADO LÓPEZ, L. M.: ob. cit., p. 182.

de medidas dañas, como ninguna otra, los derechos de los internos (171). Sin embargo, comentaba García Valdés, que «se impuso el razonable criterio de dar muestras de confianza en las decisiones de los directores y mandos de los establecimientos, teniendo presente, asimismo, que la singularidad de los conflictos penitenciarios lograría que el Juez prestara casi dedicación exclusiva a la autorización o denegación de los medios coercitivos contemplados». Por tanto, 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» (172).

La expresión «lo pondrá en conocimiento» habrá de ser así entendida, no como una mera comunicación a efectos informativos, sino como la atribución al Juez de Vigilancia para resolver sobre el fondo del asunto acerca de los medios concretos utilizados y su duración (inicio y cese) (173). Ahora bien, dicha comunicación no le otorga competencia para autorizar, sino para salvaguardar los derechos de los internos y corregir los posibles abusos y desviaciones que pudieren producirse en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (174), pues toda aplicación ilegal y extensiva de los medios coercitivos pudiera convertirse en malos tratos.

En relación al control judicial de los medios coercitivos cuando se hace uso de ellos, el CPT ha planteado dudas acerca de su efectividad *a posteriori*. Asimismo, en el párrafo n.º 98 del Informe entregado al Gobierno español en 2017 (p. 82) se señala: «Por lo que respecta a su control de la legalidad de la aplicación de medios de contención y periodos prolongados de permanencia en régimen de aislamiento, la delegación del CPT tuvo la impresión de que el papel desempeñado por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria seguía siendo meramente el de refrendar las decisiones de la Administración penitenciaria y no parecía que hubiese ningún examen de la proporcionalidad y conveniencia de las medidas por parte de los jueces de vigilancia penitenciaria».

El CPT recomienda en la página 93 de su Informe de 2017 que «las autoridades españolas den los pasos necesarios para revisar la aplicación de la medida de inmovilización debido a una condición médica de los internos teniendo en cuenta las siguientes indicaciones: 1) Los internos inmovilizados debido a una condición médica deberán estar

---

(171) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema...* ob. cit., p. 284.

(172) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación...*, ob. cit., p. 137.

(173) Vid. GRIJALBA LÓPEZ, J. C.: «Los medios...», ob. cit., p. 828.

(174) Vid. DELGADO LÓPEZ, L. M.: últ. ob. y loc. cit.,

bajo la supervisión permanente de un profesional de la salud y los otros internos deben ser excluidos de esta tarea; 2) La necesidad de prolongar la medida debe ser revisada por un médico a intervalos cortos; 3) Los internos no deben ser nunca inmovilizados en posición prona (p. ej., boca abajo); 4) En las enfermerías en las que se aplique la inmovilización por causas médicas a los internos debe haber un registro específico que incluya una hoja de firmas del personal sanitario».

Por la inmediatez necesaria para la aplicación de una medida de contención o medio coercitivo, el ejercicio de la actividad de la Administración se halla inevitable y objetivamente subordinada al control judicial *a posteriori* (175). Es decir, se trata de un supuesto en el cual, los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa previa (art. 106.1 CE), con la particularidad de que el legislador, dentro del ámbito de su libre configuración, no ha confiado dicho control ni a órganos administrativos especializados ni a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a unos órganos judiciales especializados: los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, pertenecientes al orden jurisdiccional penal (art. 94.1 LOPJ) (176). De igual forma, aunque la dicción del art. 45.2 LOGP únicamente lo indica para el empleo de medidas de carácter urgente, similar previsión ha de adoptarse cuando se trate de supuestos normales, pues no tendría sentido que dicha obligación de comunicación solo existiese en casos de urgencia, ya que el Juez no debe o puede pronunciarse sobre la «urgencia», sino sobre la medida misma, así como sobre su proporcionalidad (177). De hecho, así se deduce *ex art.* 72.3 Reglamento Penitenciario, que no distingue entre unos y otros (178).

Asimismo, para que tal control judicial sea efectivo, además de una comunicación inmediata, es necesario que la misma no se limite a tener un contenido mínimo, sino que se exigiría una expresión detallada de los hechos que han dado lugar a dicha utilización y las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento. Por ello, el Director habrá que describir de forma detallada la siguiente documentación que debe remitir en su comunicación: 1) La aplicación detallada del medio coercitivo, la identificación del interno al que ha afectado, la expresión del medio o medios utilizados, precisión de la

---

(175) *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) 161/1993, de 17 de mayo.

(176) *Vid.*, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.ª) 2/1987, 21 de enero.

(177) *Vid.* GARCÍA ALBERO, R./TORRES ROSELL, N.: *Los deberes...*, ob. cit., p. 75.

(178) *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A.: ob. cit., p. 138.

hora de inicio y la duración en caso de haber cesado la medida, así como las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento. 2) Parte de los que de hechos firmado por los funcionarios intervinientes circunstanciando los hechos que lo motivaron; y en su caso, aquellas circunstancias que aconsejen el mantenimiento de la medida. 3) Parte médica 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. 4) Constancia de si la medida ha sido autorizada por el Director o si solo se le ha comunicado.

Es más, en caso de no producirse dicha comunicación, el órgano judicial puede conocer la adopción de la medida a instancia de parte, en virtud de una queja del interno afectado (art. 76.2.g LOGP y art. 134.3 Reglamento Penitenciario), la cual dará lugar a una resolución judicial. Es decir, que esta dación en cuenta no excluye ni la queja del interno ante cualquier instancia de control, judicial o no, ni la denuncia en el orden penal.

En cualquier caso, una vez examinada la comunicación por el Juez de Vigilancia, bien de oficio (escuchado el Ministerio Fiscal) o a instancia de parte (a través de la queja del interno), éste resolverá, notificando a la Dirección del Centro (179), lo que proceda en Derecho: De este modo, si la medida ha sido ajustada, tanto por el medio utilizado como por su motivación y duración, se dará por entendido, simbolizando la aceptación jurídica de los hechos (180); y, si la medida ha sido improcedente, cabe: a) En caso de que la medida todavía persistiese, el cese de la misma; b) Si la medida ya hubiese finalizado, la posibilidad de apercebir al Director para que adopte las medidas oportunas a fin de que no se repita el empleo del medio coercitivo en la forma aplicada en supuestos análogos que puedan producirse en el futuro. Asimismo, dar traslado de la actuación a la SGIP a los efectos de su constancia y posible depuración de responsabilidades disciplinarias. Todo ello, sin perjuicio de remisión al Juzgado de Guardia del partido judicial donde radique el Centro Penitenciario, en caso de que la extralimitación fuere tan grave que revistiera caracteres de infracción penal, conforme recoge el art. 533 CP (181).

---

(179) Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento penitenciario comentado...* ob. cit., p. 185.

(180) Vid. ASENSIO CANTISÁN, H.: «Régimen disciplinario y procedimiento sancionador», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra 1, Madrid, 1989, p. 34.

(181) Vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A./RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *Lecciones de Derecho penitenciario...* ob. cit., p. 212 (nota).

En referencia a los *límites* en cuanto al sujeto pasivo de su aplicación, no aparecen en la LOGP sino en el art. 72.2 Reglamento Penitenciario, que establece que los medios coercitivos no podrán ser aplicados a las internas gestantes, a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las lactantes y a las que tuvieran hijos consigo. Asimismo, tampoco se podrán aplicar a los enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo en los casos en los que, de la actuación de aquéllos (mujeres gestantes y enfermos convalecientes), pudiera derivarse un inminente peligro para la integridad propia o ajena (cubiertos, de modo genérico, por causa de justificación).

#### IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES ACERCA DE LA SEGURIDAD INTRAPENITENCIARIA

En el número extra del año 2006 de la Revista de Estudios Penitenciarios, en homenaje a uno de los grandes juristas y penitenciaristas de este país, el profesor Francisco Bueno Arús, describí el que considero que ha sido el punto de inflexión y el inicio que vinculaba la actividad regimental a la actividad individualizadora o tratamental futura (182). Me refiero a los albores del siglo xx, al año de 1903, con la promulgación del Decreto de tutela correccional, de 18 de mayo de aquel año, que constituía, en fin, la primera manifestación o antecedente de la individualización científica, impulsado por Rafael Salillas, un hombre cuyo retrato estuvo ausente de la Dirección General de prisiones durante demasiados años, todos aquellos que tras su muerte vieron el esplendor de la obra y de los conceptos regimentalistas, y consignados a la seguridad, acuñados por Fernando Cadalso (183). Se asentaban entonces, en España, los pilares para cualquier diferencia posterior entre ambos modelos penitenciarios. Señalaba, por enton-

(182) Vid. SANZ DELGADO, E.: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º Extra 1, Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, 2006, *passim*.

(183) Al respecto de sus desavenencias y de la distancia entre sus planteamientos, *vid.*, también, por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio a la prisión modular*. Ópera Prima, Madrid, 1997, pp. 28 ss.; el mismo: *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer, Madrid, 2006, p. 35; el mismo: *Apuntes históricos del Derecho penitenciario español*. Edisofer, 2014, p. 24; FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del penitenciarismo español*. Edisofer, Madrid, 2000, p. 91; NÚÑEZ, J. A.: *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pp. 73 ss. (disponible en: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19662/caldalso\\_nunez\\_hd29\\_2014.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19662/caldalso_nunez_hd29_2014.pdf?sequence=3&isAllowed=y)).

ces, que sigue hoy vigente la pretérita e impercedera controversia entre seguridad y el impulso de la autorresponsabilidad, entre el régimen como conjunto de normas que regulan la convivencia ordenada y pacífica en un establecimiento, entre las que se aceptan las relativas al control del riesgo interior, destinadas a la recuperación del orden, y el fundamento de la intervención penitenciaria, de la atención individualizada de los internos en favor de su futura resocialización.

La evolución en estos cuarenta años pareciera significativa y positiva y ello ha de destacarse, por cuanto no hay más que asistir a la práctica penitenciaria, comparativamente a los medios materiales y personales desplegados por otros países de nuestro entorno. Y en este ámbito propio y en nuestro sistema, el régimen (y con ello los mecanismos regimentales más dirigidas a la seguridad o también a la disciplina), pueden sin embargo ceder en favor de medidas tratamentales, programadas en un Programa individualizado de tratamiento. Lo permite la propia normativa reglamentaria cuando en el artículo 73 se señala: *«las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina, son medios para alcanzar los fines indicados (se refiere obviamente a los fines del régimen penitenciario, esto es, la convivencia ordenada y pacífica en el establecimiento), debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos»*. En este sentido, caben resaltarse ejemplos como los que, con base en el artículo 42.6 de la LOGP, que proviene de una tradición histórica de búsqueda de equilibrio en favor de la resocialización, y que faculta a los Equipos Técnicos a proponer la reducción de sanciones disciplinarias, y que recoge el propio Reglamento en el artículo 256 cuando la Junta de Tratamiento puede proponer a la Comisión disciplinaria, o hacerlo ésta misma de oficio, que las sanciones impuestas y sus plazos de cancelación puedan reducirse, atendiendo a los fines de reeducación y reinserción social, con decisión motivada, claro es, de dicha Comisión disciplinaria.

A ello podría añadirse, como ejemplo de la flexibilidad del sistema, que apuntala dicha prelación tratamental, frente a los designios regimentales, como reflejo de lo dispuesto en el original y cardinal artículo 72 de la LOGP, que vino a apuntalar la individualización científica, la propia vía que abrió el Reglamento penitenciario con la utilización ponderada del artículo 100.2, por razón de las dificultades que impuso, tras la promulgación de la regresiva Ley 7/2003, el reformado artículo 36.2 del Código penal con la introducción del periodo de seguridad, aportando el precepto reglamentario soluciones tanto para la utilización de elementos o aspectos de otros grados (siquiera

sea excepcionalmente como decía la norma, pero usualmente en la práctica), como para favorecer el tratamiento individualizado incluso con las posibles dificultades para la seguridad que podían surgir con medidas como que *segundos grados* pudieran salir a trabajar como terceros grados en régimen abierto sin haber sido aún clasificados, empero bajo el paraguas de dicho principio de flexibilidad.

Desde un punto de vista penal, o al menos desde una perspectiva político-criminal, la respuesta punitiva de un Estado ante los ilícitos más graves, conformando una determinada política criminal, se convierte también en un factor determinante en la seguridad de los centros penitenciarios. Las reformas penales que suponen, tras su aplicación judicial, una ampliación del número de penados en los centros, ya sea por introducir más tipos penales con consecuencias jurídicas privativas de la libertad, ya por ampliar las penas de los tipos existentes, ya sea por la creación de nuevas penas privativas de la libertad como la prisión permanente revisable, ya por la limitación de beneficios penitenciarios, es decir todas aquellas medidas que dan como resultado un crecimiento de la población penitenciaria, suponen objetivamente un incremento del riesgo y, por tanto, problemas para la seguridad. De otro modo expresado, la inexistencia de una más positiva correlación entre el número de penados y el número de funcionarios penitenciarios de vigilancia, conlleva a una situación de menor seguridad. Y ello tiene mucho que ver con la vigilancia, o con los funcionarios del cuerpo de Ayudantes y su función, pero también con el tratamiento.

Se ha dicho en este entorno que «el personal lo es todo, y la regla secundaria». Esta es frase que resuena y resiste el paso del tiempo, relacionada efectivamente con la seguridad integral, como objetivo completo, por cuanto la labor de observación sigue siendo esencial en prisiones, desde el punto de vista organizativo y funcional. Ambas expresiones transcritas provienen de la experiencia y el éxito en tasas de reincidencia del más reputado penitenciario y penitenciarista del siglo XIX (por cuanto dejó sus ideas plasmadas por escrito en sus publicaciones desde la Imprenta del Presidio). Y en la materia que nos ocupa, la disciplina basada en el respeto, se expresaba también por entonces como sigue: «sobre el respeto de los Jefes mejor que sobre el temor a los castigos, se afianza la disciplina y buen orden interior de los presidios» (184).

---

(184) Cfr. MONTESINOS Y MOLINA, M.: «Bases en las que se apoya mi sistema penal». Valencia, Imprenta del Presidio, s.f., reproducida en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 159, p. 291.



La intervención penitenciaria se desempeña con programas específicos con ese nombre (y así incluso aparecen señalados los que se realizan en Instituciones Penitenciarias, dirigidos a favorecer la evolución positiva de las personas privadas de libertad, procurándose una cultura de intervención sobre los factores psicosociales que están detrás de los actos delictivos de cada condenado, en número de veinte específicos, además de los programas deportivos y otros programas). Y es que la ocupación, tratamental o no, como envés del ocio, sigue también ofreciendo buenos resultados en materia de seguridad. Para ello, los internos han de poder acceder a actividades de todo tipo, desde una visión del tratamiento como concepto muy amplio y expansivo: trabajo, escuela, talleres, terapia, deporte, actividades ocupacionales (quitarse del patio, evitar la ociosidad). Y es claro que cuanto más ocupado está el recluso, menos incidentes regimentales y de seguridad se ocasionan. Es por ello que el tratamiento colabora en la seguridad de modo determinante, pues evita la acumulación de tensiones, propias e inmanentes a un entorno cerrado como es el penitenciario. A salvo de algunos individuos refractarios, afectos a una cultura delincencial y subcultura carcelaria muy arraigada, la mayor parte de los internos harán uso de ello.

La prevención en materia de seguridad encuentra formas en el favorecimiento de un espacio digno y atractivo para el interno. Su compromiso personal con el del funcionario es el objetivo a perseguir. Cuando siguiendo el modelo iniciado por el equipo de Gloria Corrochano, en febrero de 1990, en el Centro penitenciario que hoy es Madrid I, vino a diseñarse un programa similar, perfeccionado y aplicado en Mansilla de las Mulas (León), bajo la exitosa denominación de módulo de respeto. Pudo entonces, desde un pensamiento regimentalista clásico, pensarse: «¿qué es eso de dejar las celdas abiertas?», y también desde un punto de vista de la seguridad personal, podría atisbarse el peligro que tal medida supondría en las relaciones entre los internos o para con sus bienes personales. El resultado permanece como un modelo de convivencia intramuros expansivo y exportable. Un programa tratamental estrella. El módulo de respeto ha venido a demostrar que la seguridad no se queda en un segundo plano frente al tratamiento, sino que bien implementado determina que los riesgos disminuyan exponencialmente. Cuantos más módulos de respeto se pongan en funcionamiento, más funcionarios de vigilancia deberán adaptarse a los parámetros y principios que los definen, esto es, tratar la seguridad desde una óptica distinta. No obstante, la seguridad encuentra, una vez más, un mecanismo esencial en la observación del

interno. El compromiso del funcionario en la vigilancia sigue siendo, por ello, determinante.

Fuera de los módulos de respeto la confianza se deposita de otro modo. Así, otro de los parámetros a tener en cuenta se advierte en la inteligencia penitenciaria, que ofrece muy favorables resultados para el mantenimiento del orden regimental, y se configura como un instrumento útil para hacer efectivo el concepto de seguridad integral (185). No solo mediante la existencia de instrucciones reservadas de la DGIIPP, que permiten el flujo de información de modo discreto, sino de la figura del interno de confianza, históricamente bien conocida, que colabora con la institución. Los instrumentos motivacionales cuales son las recompensas y los beneficios penitenciarios tienen mucho que aportar en este punto. La concesión de un *vis a vis* íntimo extra, para un interno, puede suponer el motivo para su comportamiento proactivo, así como pueden impulsarlo las notas meritorias, la cancelación de sanciones, o la previsión de más comunicaciones.

En el ámbito de la seguridad también se advierten efectos provenientes de las diversas tipologías de centros. No es igual un centro tipo, que uno como el de Madrid 2 (Alcalá-Meco), donde el obligado contacto interpersonal es, en muchos aspectos, positivo, o cómo lo era en el antiguo Madrid 1 (Carabanchel). La distancia interpersonal, entre funcionarios e internos, en los grandes centros tipo, no ayuda a la resocialización de los penados, y ni siquiera a la seguridad, y eso lo sabemos bien, desde Montesinos.

La visión de la seguridad de un funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos, suele ser distinta de la de un funcionario del Cuerpo de Ayudantes, esto es, de aquellos cuyas principales labores están enfocadas a la vigilancia, y al contacto directo con los internos. El funcionario «de vigilancia» se ocupa en su cometido de una característica forma de seguridad. Y dentro del Cuerpo superior de Técnicos, hay también diferencias. Hay técnicos que han sido funcionarios del cuerpo de ayudantes y el hecho de conocer cómo se mueven los internos en el interior del establecimiento les enriquece profesionalmente.

La visión del director es en todo caso determinante. Y es evidente la existencia de distintos estilos de directores. Si un director quiere tener todo controlado en un centro, haciendo real la frase de «que no se me mueva nadie», cuantas menos actividades realice, más revertirá en un mayor control sobre los internos, pero también más crecerá la olla a presión. Evitar el trato riguroso y estricto suele reportar buenos resulta-

---

(185) *Vid.*, al respecto, de los criterios de inteligencia penitenciaria, UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito): *Manual de seguridad dinámica e inteligencia penitenciaria...* ob. cit., pp. 63-76.

dos. Como afirmara Cura Argüeso, «la falta de imposición punitiva fue vulgarmente interpretada como ausencia de disciplina; cuando es precisamente en tal caso, cuando mejor se ha conseguido» (186). Así, la labor de un director del establecimiento le da un cariz específico a la vida penitenciaria y esa impronta presenta consecuencias y resultados regimentales siempre. Como también señalaba Amancio Tomé, «el Director debe conocer el espíritu que preside la vida colectiva y pulsar con mucha frecuencia la temperatura moral de la prisión (...) debe tener especial interés en contrarrestar o desarticular ese clima desabrido que enrarece la vida colectiva de la prisión» (187). Cuando hace hoy cuarenta años, hubo de ponerse en marcha la reforma del sistema y de los modos y formas de hacer en prisiones, cuando hubieron de cuestionarse algunas dinámicas asentadas por el tiempo o la costumbre, siguiendo ya una orientación y determinación democrática, la actuación individual y el compromiso de los mandos de los centros, desde sus competencias, creyendo en la trascendencia del momento, llevaron el proceso democratizador y de modernización a buen puerto (188). Y esas decisiones directivas redundan sin duda en la seguridad diaria y en la ausencia de tensiones.

Evitar la ociosidad y los males derivados de la pasividad y del patio son indiscutidos elementos esenciales también para la seguridad. Y los directores también tienen capacidad de actuación al respecto. En la realidad práctica de la vida intramuros, se vulneran pilares normativos esenciales, que han permanecido durante siglos en las normativas, sin que ello melle la seguridad. La consabida separación entre preventivos y penados es un buen ejemplo de dicha contravención de la norma por la vía de la realidad. Si el criterio de separación busca tradicionalmente la evitación del contagio criminal, además de la seguridad de los presos preventivos, en la realidad dicho criterio no se cumple, en pro de facilitar la participación de los internos.

Queda para el final, el problema de la seguridad y del tratamiento que estimo más preocupante en este ámbito, cual es el relacionado con los problemas de salud mental y el alto índice de personas con tales patologías ingresadas, inadecuadamente, en centros penitenciarios, cuando

---

(186) Cfr. CURA ARGÜESO, F.: «Cómo debe aplicarse la disciplina en las prisiones», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 153, julio-agosto, 1961, p. 3181.

(187) *Vid.*, al respecto de tal singularidad, TOMÉ RUIZ, A.: «Los Directores y el gobierno de los “Establecimientos Penitenciarios”», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 151, marzo-abril 1961, p. 2815.

(188) *Vid.* al respecto de tales iniciativas y responsabilidades de los directores en el momento de la reforma de 1979, por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: «A los veinte años de la Ley General Penitenciaria: Algunos recuerdos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º Extra 1, 1999, pp. 37-41.

hubieran de estar ubicadas en espacios distintos. Se percibe así la realidad de la inseguridad que presenta el hecho de permanecer en prisión un número no desdeñable de personas con algún tipo de problema mental, y ello, al margen de la incidencia de la psicopatía en los reclusos de nuestras instituciones (189), que constituye, por ello una de las grandes asignaturas pendientes en el sistema penitenciario español (190). No es algo nuevo. Hace más de un siglo, en 1905, Rafael Salillas, dando noticia de la anterior memoria de aquel año de la Fiscalía del Tribunal Supremo, transcribía que «razones económicas deben ser, porque suelen serlo siempre, las que retengan en la cárcel al que debe estar en el manicomio», y se lamentaba de las escasas iniciativas y de los vaivenes políticos y los frenos en esta materia, con estos términos: «En 1888, D. Manuel Alonso Martínez presentó al Senado el proyecto de ley de manicomios judiciales. Se aprobó; se nombró la Comisión ponente en el Congreso.. y se disolvie-

---

(189) Vid., al respecto, LASALA PORTA, F.: *El Tratamiento Penitenciario de los Delincuentes Psicópatas*, Premio Nacional Victoria Kent, año 2013, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2014, *passim*.

(190) Vid., al respecto, entre otros, BARRIOS FLORES, L. F./LÓPEZ LÓPEZ, A.: «Asistencia psiquiátrica durante la prisión preventiva», en *Diario La Ley*, n.º 5459, 14 de enero 2002; los mismos: «El psiquiatra penitenciario. Una aproximación crítica», en *Diario La Ley*, n.º 5612, septiembre 2002; ARÓSTEGUI MORENO, J.: «La salud mental de las personas privada de libertad en los establecimientos penitenciarios». Ponencia, Salamanca, 4 noviembre de 2005, (Disponible en: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1119>); el amplio, evolutivo y documentado trabajo de BARRIOS FLORES, L. F.: «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrica penitenciaria», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 27, n.º 2, Madrid, 2007, pp. 473-500 (Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v27n2/v27n2a16.pdf>); LEGANÉS GÓMEZ, S.: «Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)», en *La Ley Penal*, n.º 76, noviembre 2010; FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA: «Los enfermos mentales en el sistema penitenciario. Un análisis jurídico», (disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/10/INFORME-Enfermedad-mental-e-instituciones-penitenciarias.pdf>); en relación con la psicopatía, ZABALA BAÑOS, C.: *Prevalencia de trastornos mentales en prisión: análisis de la relación con delitos y reincidencia*. Premio Nacional Victoria Kent, 2.º Accésit, año 2016, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, *passim*; una interesante aproximación jurisprudencial a las «unidades psiquiátricas» reguladas en el Reglamento Penitenciario, e inexistentes en la práctica, y atendiendo al Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales, y al cumplimiento en prisión de penados con enfermedad mental o discapacidad, puede verse en GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: «Enfermedad mental y prisión. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2018, de 16 de julio», en *Diario La Ley*, n.º 9285, 2018, *passim*; desde una perspectiva más global y americana, PINZÓN ESPITIA, O. L./MEZA VELANDÍA, S. P.: «Prestación de servicios de salud de las personas privadas de la libertad», en *Archivos de Medicina*, Vol. 14, n.º 2:6, 2018, pp. 1-6 (Disponible en: <http://www.archivosdemedicina.com/medicina-de-familia/prestacioacuten-de-servicios-de-salud-de-las-personas-privadas-de-la-libertad.pdf>, incorporando bibliografía anglosajona: notas al pie 18-31).

ron las Cortes. Volvió á ser reproducido, y allí está para que lo resuciten de nuevo» (191). La actualidad nos devuelve a tales preocupaciones. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) recomendaba el aumento de la presencia de psiquiatras y psicólogos en los diferentes centros penitenciarios de España. Así lo estableció en el informe que elaboró tras su visita a España publicada el 6 de noviembre de 2017. En el Informe para el Gobierno español, sobre la visita llevada a cabo en España anterior, del 17 de septiembre al 10 de octubre de 2016 (192), se afirma que en relación a los medios de sujeción mecánica de presos, el CPT advierte que se sigue recurriendo a este método «durante periodos prolongados sin agotar otros medios alternativos, sin la supervisión y el registro adecuados para su aplicación, en ocasiones con carácter punitivo, de forma inapropiada y a internos con síntomas de algún tipo de trastorno mental», por lo que «insta a que se ponga fin a la práctica actual de recurrir a la sujeción mecánica regimental de los internos». Específicamente, el Informe de 2017 denotaba la preocupación del CPT por el trato y cuidado de los reclusos afectados por un trastorno mental. Se expresaba en positivo el esfuerzo por alojar a los internos afectados por un trastorno mental en módulos separados, para una atención más adecuada. No obstante, «a fin de proporcionar un entorno más apropiado que las cárceles de presos comunes a los internos que sufran trastornos mentales, es necesaria la implicación de distintas categorías de profesionales sanitarios (como psiquiatras y terapeutas) y la formación específica del personal penitenciario que trabaje con pacientes que sufran trastornos mentales. El CPT recomienda que las autoridades españolas revisen la aplicación del Programa PAIEM a nivel nacional, a la luz de las anteriores observaciones».

Y es que en relación con esta cuestión sí que podrían plantearse y surgir problemas de seguridad, inesperados siempre, y de diversa índole. Esta que señalo como la gran dificultad a solucionarse en nuestro sistema penitenciario, exige un compromiso político y técnico definitivo, por cuanto los establecimientos, tal y como han sido concebidos, no son, ni pueden ser, centros psiquiátricos, ni están habilitados específicamente para dicha función, muy distinta a la de la ejecución penal tradicional. Por desgracia, los centros penitenciarios no tienen reservado el derecho de admisión y, con una frecuencia indeseada, el juzgador, si no suspende la condena por el art. 60 del Código penal a un interno con una patología mental, puede dictaminar su ingreso en prisión, tratándose incluso en ocasiones de afectaciones graves, y el

---

(191) Cfr. SALILLAS, R.: «Los locos en las prisiones» en *Revista Penitenciaria*, Año II, Tomo II, 1905, pp. 766 y 767.

(192) Disponible en <http://www.infocoponline.es/pdf/cpt1.pdf>.

centro, como institución, le tiene que admitir. Y no solo para el cumplimiento de una pena de prisión, sino también como medida de seguridad privativa de la libertad (habida cuenta de que el ingresado no va a gozar de permisos, porque no va a estar nunca clasificado en grado penitenciario) y así las dificultades se incrementan, permitiendo al funcionario tan solo informar al tribunal en relación a la evolución de esa persona, para que sea el Tribunal el que decida, permaneciendo mientras esa persona en el centro. La existencia de tan escaso número de psiquiátricos penitenciarios en España, (y podríamos afirmar que Sevilla II, en muchos sentidos fue siempre más cárcel que psiquiátrico) no permite afrontar la falta de espacio para esta tipología de internos. El número de internos, diagnosticados con alguna patología psiquiátrica excede cualquier previsión. Y con dicho tipo de internos es mucho más difícil el tratamiento. Aun tratándose de personas que, por lo general, no suelen ser especialmente conflictivas, la imprevisibilidad de su comportamiento puede dar lugar, en ocasiones, a gravísimos incidentes de seguridad. Y es que, evidentemente, los profesionales que abordan esa labor a diario en un establecimiento ni son psiquiatras, ni tienen la capacitación para enfrentarse a tales situaciones regimentales. Y ello sin contar los informes y número de casos de psicopatía. Los funcionarios experimentados bien pueden afirmar que prefieren encontrarse de frente con un *primer grado*, con un *kie*, que con un enfermo mental en situación de brote psicótico, y ello, porque al *kie* puedes tratarle penitenciarmente, sabiendo a quién tienes delante. Mientras pueda solucionarse la vía de los medios materiales, la dotación de profesionales especializados para la gestión de tales casos sigue mostrándose muy necesaria.

Ya para ultimar este recorrido, en el que la disciplina propia de otros tiempos, que todo lo impregnaba en los entornos penitenciarios de naturaleza castrense, se ha constreñido a un ámbito cada vez más garantista, tanto desde la actuación urgente ante los riesgos sobrevenidos mediante el uso de medios coercitivos, como actuando *ex post facto*, desde el ámbito sancionador en la aplicación el régimen disciplinario, se constata, en ambos casos, la idea y la necesidad de un criterio o concepto de seguridad amplio e integral, proteccionista pero que tanto tiempo después, nos permite seguir valorando en positivo las palabras de Concepción Arenal, cuando afirmaba que «los hábitos de orden favorecidos por un sistema que sea regla que guíe y no rodillo que aplaste, contribuye a regularizar los movimientos del ánimo» (193).

---

(193) Cfr. ARENAL, C.: El visitador del preso... ob. cit., p. 86.

# La Central Penitenciaria de Observación. Medio siglo de «Historia Palpitante» (1)

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Magistrado  
Doctor en Derecho

*A la memoria de Emilio Tavera, ejemplo, ya para siempre, de señor penitenciario.*

## RESUMEN

*Para festejar los cuarenta años de la Ley Penitenciaria se aborda en este artículo una de las instituciones por ella regulada: la Central Penitenciaria de Observación, la cual, creada una década antes (1967), vino a encontrar con esta regulación su definitivo respaldo legal. Se estudia, pues, aquí su origen (con unos antecedentes que se rastrean desde principios del siglo xx), desarrollo normativo y evolución funcional, hasta desembocar en la actualidad, no olvidando la perspectiva del Derecho comparado.*

*Palabras clave: Derecho penitenciario. Ley Penitenciaria. Tratamiento penitenciario. Ciencia penitenciaria.*

## ABSTRACT

*In this paper as a matter of Spanish Penitentiary Law's 40th Anniversary, we analyze the Central Prison Observatory, which was created a decade before the*

---

(1) Como habrá captado el erudito lector parafraseo tal expresión en afectuoso brindis a uno de nuestros mayores penitenciaristas, Rafael SALILLAS autor de *La traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria (Historia palpitante)*, Imprenta de Bernardo Rodríguez, Madrid, 1906.

*Law's publication but found its ultimate legal back-up in the text. We will here examine the institution's origin (dating back to the early 20th Century) and its legal development plus functional evolution until its nowadays state, always minding an internationally compared perspective.*

Key words: *Penitentiary Law. Spanish Penitentiary Law. Penitentiary Treatment. Penitentiary Science.*

## I

A la hora de homenajear a nuestra Ley General Penitenciaria por su cuarenta aniversario y tener que elegir para ello un tema de estudio, he querido correlacionar dicha efeméride con dos datos que me tocan muy directamente; por un lado, con el hecho de que la misma viniera a dar cobertura legal a un gran instituto penitenciario, la Central Penitenciaria de Observación, de la que años ha fui su jurista, y por otro lado, con la figura de un gran penitenciarista, Emilio Tavera, quien fuera director de la misma y figura clave en el penitenciarismo de nuestra Transición (2), compañero y amigo entrañable que se nos fue hace unos años. Y es que con la muerte de Emilio Tavera, a la edad de ochenta y cuatro años (3), el penitenciarismo español perdió una figura esencial; porque Emilio, en las prisiones españolas fue, como en otra ocasión escribí respecto al italiano Alessandro Doria, menos preso, prácticamente todo, encarnando personalmente, como pocos, el espíritu reformador que representó y representa, la Ley Penitenciaria.

En efecto, Tavera pasó por el escalafón hasta llegar a su cúspide (4). Subinspector general penitenciario en el mandato de García

---

(2) El propio García Valdés reiteradamente ha tenido ocasión de subrayar el papel que TAVERA tuvo en aquellos años, y la fiel colaboración y sabio asesoramiento que le diera cuando entre 1978 y 1979 dirigió nuestras Instituciones Penitenciarias. Por todos, véase GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Recuerdos de Emilio Tavera», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260, 2017, pp. 7 ss.

(3) Emilio Tavera Benito nació en la pequeña localidad salmantina de Villaseco de los Granitos, el 22 de octubre de 1931, falleciendo en Madrid en enero de 2016.

(4) Con apenas veintidós años de edad, el 23 de noviembre de 1953, accede por oposición al Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, enmarcado entonces en el Ministerio de Justicia, haciéndolo con la categoría de Oficial de la Administración Civil de 1.ª Clase («con 8.400 pesetas y demás complementos») y siendo desde esa fecha destinado, primero provisionalmente y luego de manera definitiva, a la Prisión Provincial de Madrid (Carabanchel) que había sido inaugurada nueve años antes, prisión a la que quedará firmemente vinculado en su carrera profesional. Prestando allí sus servicios será promovido a Jefe de Negociado de 3.ª Clase en 1957, y dos años después a Jefe de la Administración Civil del Estado de 3.ª, primero provisionalmente



Valdés, accede al mismo tras larga carrera y luego de dirigir tres de las prisiones más emblemáticas de nuestro sistema: el Penal del Puerto, la

---

y ya por Orden Ministerial de 12 de febrero de 1960 de manera definitiva, lo que le supondrá su primera salida de la Prisión de Carabanchel, al ser nombrado Jefe de Servicios de los Talleres de Alcalá, tomando posesión el 31 de marzo de aquel año y permaneciendo en el mismo hasta el 7 de junio de 1961 que volverá, ya como Jefe de Servicios, a Carabanchel. Siendo promovido a Jefe de la Administración de 2.ª Clase por Orden de 28 de marzo de 1962, será entonces cuando será nombrado para su primer cargo directivo penitenciario, Administrador de la Prisión Provincial de Cádiz, en donde permanecerá un año (septiembre de 1963 a septiembre de 1964), desde donde, tras un breve paso como Subdirector de los Talleres de Alcalá de Henares (julio a noviembre de 1964), se marchará como Administrador de la Modelo de Barcelona, ahora ya con una dotación económica de 28.800 pesetas. Dos años después, concretamente el 21 de marzo de 1967, Emilio Tavera comienza su andadura como Director de prisiones, siendo así nombrado primeramente Director del Reformatorio de Adultos de Alicante, un año después de la Prisión Central del Puerto de Santa María, para alcanzar la Dirección de la Prisión de Carabanchel el 4 de julio de 1970 en donde permanecerá hasta el 28 de diciembre de 1972, siéndole concedida durante este periodo, por Orden Ministerial de 28 de enero de 1972, la Cruz Distinguida de Segunda Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort. En el citado mes de diciembre de 1972, Emilio Tavera deja los servicios periféricos penitenciarios y accede a los centrales, al ser nombrado Inspector de Régimen del Centro Directivo, siendo desde el mismo desde el que opo-sita al recién creado Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, al que accede el 11 de junio de 1974, obteniendo el núm. 2 de la promoción, siendo que, por la especialidad de Criminólogo, que es por la que se presentó, obtiene el núm. 1. Será a partir de 1977 cuando figurará ya como núm. uno del escalafón general del citado Cuerpo.

Perteneciendo ya al Cuerpo Técnico, Tavera será nombrado el 20 de septiembre de 1974 Subinspector General Penitenciario, cargo que, tras recibir la Medalla de Plata al Mérito Penitenciario en 1975, abandonará en diciembre de 1976 para hacerse cargo de la Central Penitenciaria de Observación, otro establecimiento emblemático en su carrera personal y profesional. En este primer paso por la Central, Emilio Tavera estará poco más de un año (con un paréntesis de dos meses, de noviembre de 1977 a enero de 1978, en el que es llamado a tener que dirigir la Modelo de Barcelona), pues el 17 de mayo de 1978 el recién nombrado Director General, Carlos GARCÍA VALDÉS (a partir de entonces otra constante en su vida) le nombra Subinspector General, ascendiendo luego a Inspector General el 16 de noviembre de 1979. Una vez cesado de la Inspección General en diciembre de 1982, habiéndosele concedido la Medalla de Oro al Mérito Penitenciario (Real Decreto 3248/1981, de 3 de agosto, *BOE* 4 de enero de 1982) y tras breve paso de un año en el cargo de Jefe de Contabilidad del Centro Directivo, Tavera volverá (enero de 1984) a la Central de Observación, en la que como jurista-criminólogo permanecerá ocho años, siendo en septiembre de 1992, cuando será nombrado Secretario General del Centro de Estudios Judiciales (Orden del Ministerio de Justicia de 7 de septiembre de 1992, *BOE* del 11), cargo desde el que el 22 de octubre 1996 se jubilará forzosamente, al cumplir la edad reglamentaria.

Paralelamente a esta sobresaliente carrera funcionarial, Emilio Tavera desplegó una intensa labor formativa como preparador de opositores, siendo varias decenas de promociones las que se han formado bajo su magisterio, alzándose como todo un referente sus «temarios», en los que el rigor jurídico es una constante, rigor que desplegó asimismo en sus trabajos doctrinales, como el que en 1991 publicó con motivo del veinticinco aniversario de su querida Central de Observación.

Modelo de Barcelona y Carabanchel. Después vendría la Central de Observación, siendo allí donde lo conocí a finales de los años ochenta cuando, siendo yo alumno de la Universidad complutense, el profesor Juan José Caballero, antiguo sociólogo de la misma, organizó una visita. Hace treinta años y lo recuerdo como si fuera ayer. Nos hizo de *cicerone* por las instalaciones el Padre Ladislao Rodríguez Gandul («Ladis»). Capellán del Cuerpo Facultativo de Prisiones desde 1962 (5), falleció, muy anciano, en el verano de 2008. Persona afable, ya me sonaba su nombre del Instituto de Criminología, en donde fue profesor. Era entonces el «decano» de la Central, pues estaba en ella de manera ininterrumpida prácticamente desde su creación. Luego de enseñarnos locutorios, celdas individuales, cocina, comedor, salón de recreo (con sillas y mesas tipo terraza de bar y un televisor en alta estantería de hierro) pasamos al «área técnica», en donde existían unos despachos denominados gabinetes de medicina, psicología y electroencefalografía. La verdad es que todo aquello era bastante lúgubre, e impresionaba la cantidad de aparatos que allí había y que yo no alcanzaba a vislumbrar su utilidad.

Era la primera vez que visitaba una prisión y todo el contexto del complejo penitenciario de Carabanchel, en una de cuyas alas se ubicaba la Central, producía bastante «respeto». Recuerdo que Rodríguez Gandul me invitó a meter la mano en una de aquellas máquinas del gabinete, a lo que, lógicamente, me negué en rotundo. Supongo que sería solo una broma. Después de todo ello, y con el alma algo encogida, nos dirigimos al salón-aula, una especie de compartimento con paredes prefabricadas en formica que se coronaban con una cristalera y que daban a los pasillos laterales. Nada glamuroso la verdad, si lo comparábamos con las instalaciones de la Universidad. Pero fue allí cuando asistí a la exposición de los casos estudiados por los técnicos de la Central. Junto al director recientemente nombrado (Paco Guerra) y el subdirector (Victorio de Elena) apareció la figura de Emilio Tavera, a quien previamente me habían presentado. Luego de escuchar su preciso informe, recibí la impresión de estar ante toda una institución (6). En aquel momento jamás se me podría haber pasado

---

(5) Nombramiento por Resolución del Director General de Prisiones (D. José María Herreros de Tejada) de 15 de septiembre de 1962 (BOE del 27).

(6) Institución por todos respetada, incluso por los presos que tuvo a su cargo. En tal sentido Draper Miralles escribirá: «Secundaba la labor positiva del jefe del reformatorio, otro funcionario del Cuerpo Especial, Emilio Tavera, que posteriormente llegaría a ocupar la más alta inspección de la Dirección General, después de haber pasado por la dirección de los establecimientos penitenciarios más importantes y emblemáticos. También era persona bastante comprensiva e indulgente con el interno (...). Tanto Fernando como Emilio Tavera trataban de conseguir que aquel

por la imaginación que tan solo un lustro después yo ocuparía el puesto que él entonces desempeñaba, jurista-criminólogo de la Central Penitenciaria de Observación, y que tendría como compañeros a algunos de los técnicos que allí escuchaba (junto a Paco Guerra, que luego sería jefe de servicio de la Central, el sociólogo Miguel Murciego y la pedagoga María Luisa Noguera Magdaleno) (7) amén del personal administrativo (José Antonio Matesanz, Vicente Fernández y Luis Miguel Castro) (8). En efecto, en la primavera de 1995, participando como ponente en la comisión redactora del nuevo Reglamento Penitenciario, con el respaldo del que luego sería el Director General/Secretario General de Instituciones Penitenciarias de más dilatada trayectoria, Ángel Yuste, dejaba mi destino de Subdirector de la Prisión de Jaén II y era nombrado jurista de la Central Penitenciaria de Observación.

Mi contacto con Emilio Tavera se hizo más fluido con mi llegada a la Central y muy especialmente a raíz de comenzar a preparar la tesis doctoral con mi maestro, pues fue precisamente Emilio nuestro eslabón de unión. Recuerdo en tal sentido visitarlo en su despacho de la Escuela Judicial, entonces ubicada en Madrid tras la Facultad de Derecho de la Complutense, en lo que hoy es el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, en donde por entonces era el Secretario General, puesto al que había accedido luego de dejar la Central de Observación en 1992. Guardo con especial cariño la carta que me mandó como respuesta a la publicación de mi tesis en 1998. Nuestra relación fue mucho más intensa cuando a partir de 2004 coincidimos ambos como vocales en el Consejo de Redacción de la Revista de Estudios Penitenciarios y en el Jurado de los Premios Victoria Kent. Doce años compartiendo así opiniones sobre el mundo penitenciario a la luz de los trabajos que anualmente se presentaban, y siempre estando yo atento para aprender de él.

---

reformatorio de jóvenes, que pretendía ser el orgullo de la Dirección General, sirviese para algo más positivo que para degenerar a los internos». DRAPER MIRALLES, Ramón, *De las prisiones de Franco a las cárceles de la Democracia*, Argos Vergara, Barcelona, 1984, p. 78.

(7) Paco Guerra (Francisco Guerra González) fue nombrado director de la Central de Observación el 28 de febrero de 1989, procedente de la dirección del Hospital Penitenciario de Carabanchel, jubilándose como jefe de servicio de la Central. El sociólogo Miguel Murciego fallecería en 2003 y la pedagoga María Luisa Noguera se jubilaría desde su puesto de la Central, tras más de treinta años de servicios prestados en dicha unidad.

(8) José Antonio Matesanz Bercial fue subdirector de régimen de la Central, pasando luego al puesto de jefe de sección. Tras su jubilación, la jefatura de sección de la Central de Observación es hoy compartida por Vicente Fernández Fernández y Luis Miguel Castro Lozano.

Por todo lo anterior es fácilmente comprensible que para homenajear a la Ley Penitenciaria haya decidido escribir sobre la Central Penitenciaria de Observación, en cuyo seno Emilio Tavera y yo, en distinto tiempo, fuimos juristas-criminólogos; máxime si tenemos en cuenta que el cincuenta aniversario de su creación, acontecido en 2017, pasó prácticamente inadvertido, en contraste con el hecho de que fue el propio Tavera quien precisamente, en el veinticinco cumpleaños de la Central, escribiera un interesante artículo al respecto (9). Así pues, al igual que hice como jurista de la Central, cojo ahora su testigo doctrinal.

## II

Suele ser frecuente afirmar que la Central Penitenciaria de Observación hunde sus raíces en el movimiento de reforma penitenciaria habido en nuestro país en la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo, y que tuvo como máximo exponente la operada por Decreto 162/1968, de 25 de enero (10), calificada en su día por algún autor como «reforma revolucionaria» (11). Y si bien es verdad que es en el citado contexto reformador donde la actual Central de Observación enmarca su nacimiento, no menos lo es que para entender el mismo debemos volver la mirada mucho más atrás.

El positivismo criminológico de corte antropológico que floreció desde Italia en el último tercio del XIX y que tuvo como máximo exponente a Cesare Lombroso, promovería, como es bien sabido, la idea de estudiar al delincuente, al objeto de conocer la etiología de la conducta criminal y poder dar oportuna respuesta al delito (12), central postulado que recogerían, con diversas matizaciones según los casos, buen número de teorías y autores posteriores de toda Europa. En nues-

---

(9) TAVERA BENITO, Emilio, «La Central Penitenciaria de Observación (Veinticinco años de una Institución)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 1991, pp. 449 ss.

(10) BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1968. Sobre el mismo, BUENO ARÚS, Francisco, «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 180-181, enero-junio 1968, pp. 63 ss. También, del mismo autor, «Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días», en *Historia 16*, extra núm. VII, octubre 1978, esp. pp. 118 y s.

(11) GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Compendio de Ciencia penitenciaria*, Universidad de Valencia, 1976, p. 128. Este autor no recogería ya dicho calificativo en su *Manual de Ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983.

(12) Ampliamente al respecto en mi *Criminología*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 95 ss.

tro país, uno de los principales herederos de ello fue el eminente penitenciarista Rafael Salillas, no siendo por ello extraño que Pío Baroja le pusiera a este el sobrenombre del «pequeño Lombroso español» (13), ni que el propio Lombroso llegara a afirmar que si no hubiera sido él el creador de la Antropología criminal, sin duda sería Salillas quien lo habría hecho (14). Pero lo que en el italiano es antropometría y fisionometría, en la teoría criminológica de Salillas se convierte en algo bio-psico-social (15), si bien que con la misma finalidad de estudio de la persona del delincuente a los fines antes señalados. Es por ello que cuando en 1903, y por su impulso, se crea en Madrid la *Escuela de Criminología*, y en 1906, cuando la misma entra a funcionar y se ubica en la Cárcel Modelo (que en dicho momento el propio Salillas dirigía), será el momento en el que el estudio multidisciplinar del delincuente entre por primera vez en contacto directo con nuestro sistema penitenciario.

Son conocidos los avatares que la pobre Escuela de Criminología tuvo que soportar desde sus primeros pasos, procedentes desde la más rencorosa envidia, algo, por desgracia, tan frecuente en nuestro país. No me voy a parar en ello por ser de sobra conocido (16), siendo solo recordable aquí el profundo lamento de Salillas al respecto (17): «Cuando se decretó, le negaron la vida; cuando se constituyó, le negaron la casa; cuando tuvo casa, le negaron las consignaciones; cuando tuvo consignaciones, soplaron fuerte para aventar los materiales de la obra; cuando todo estuvo hecho, le negaron el concurso y procuraron fomentar la huelga; cuando los aspirantes acudieron, le negaron la confianza; cuando tuvieron confianza, le negaron eficacia; cuando fue eficaz el hecho, les negaron la posesión; cuando tuvieron posesión, la enconada lucha quiso acudir en el asedio para cortar las provisiones; cuando fue insuficiente tanto encono, negaron la realidad, y en el fracaso negativo de lo pasado y lo presente, se concentraron en negar lo porvenir».

---

(13) BAROJA Y NESSI, Pío, *Obras Completas*, tomo VII, Biblioteca Nueva, Madrid, 1949, p. 570.

(14) *Vid.*, al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 2.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1956, p. 814.

(15) Véase al respecto mi *Criminología*, cit., pp. 221 ss., y en el mismo sentido SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «La respuesta criminológica de Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra (homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús), 2006, pp. 111 ss.

(16) Así en mi *Criminología*, cit., pp. 281 y s.

(17) SALILLAS Y PANZANO, Rafael, «El año penitenciario 1907», en *Revista Penitenciaria*, Año V, tomo V, entrega 1.ª, 1908, p. 43.

Pero, como gracias a Dios suele ser frecuente, aquella semilla, fruto de la unión de estudio criminológico del delincuente y sistema penitenciario, no cayó en tierra yerma. Y así, años después germinaría en el floreciente *Instituto de Estudios Penales*, dado a luz en 1932 (18), y más concretamente en el *anexo de Psiquiatría* al mismo creado por Decreto de 23 de febrero de 1933 (19), el cual, pese a su azarosa vida (20), es el precedente normativo directo de la Central Penitenciaria de Observación, antecedente sobre el que, por ser prácticamente desconocido en este aspecto, nos vamos a detener en su estudio.

En efecto. En el preámbulo del citado Decreto de 1933, promovido por el entonces Ministro de Justicia, Álvaro de Albornoz y Liminiana (21), se resaltaba la necesidad del estudio científico de la personalidad del delincuente a través de la metodología ofrecida por la «Biología criminal». En este sentido, textualmente afirmaba: «La realización práctica de las normas de la moderna ciencia penal implica el conocimiento científico previo de las características individuales del delincuente y de su medio familiar biológico y social. Mediante el estudio científico de la personalidad del criminal se puede intentar, de una parte, valorar el grado de su ulterior utilización social y, de otra, determinar el de su peligrosidad. Esta diferenciación, realizada hasta la fecha de un modo empírico, requiere una organización especiali-

(18) Decreto de 29 de marzo de 1932 (*Gaceta de Madrid*, núm. 91, del 31).

(19) *Gaceta de Madrid*, núm. 73, de 14 de marzo de 1933.

(20) Hemos de hacer notar que el Decreto de 26 de febrero de 1935 dispuso la sustitución del Instituto de Estudios Penales, restableciendo la Escuela de Criminología creada por Real Decreto de 1903 (art. 1), y si bien que no suprimió el Anexo de Psiquiatría sí que tuvo que paralizar su funcionamiento, como se desprende del Decreto de 7 de marzo de 1936, que si bien suprime la Escuela de Criminología y restablece el Instituto de Estudios Penales (arts. 1 y 2), establece expresamente en su art. 4 que: «El Anexo psiquiátrico y Servicios de Biología que existía como dependencia del Instituto de Estudios Penales y que no fue suprimido en el Decreto de 26 de febrero de 1935, reanudará inmediatamente sus funciones, siendo reintegrados a sus puestos al Director, Subdirector y restantes funcionarios».

(21) Tío de Severo Ochoa, nació en Luarca el 13 de junio de 1879, licenciándose en Derecho en la Universidad de Oviedo. Después de ejercer varios años la abogacía en Asturias, comenzaría una activa vida política que le llevaría en 1929, hallándose preso en la cárcel modelo de Madrid, a fundar, junto a Marcelino Domingo, el Partido Republicano Radical Socialista, al que luego pertenecería Victoria Kent, quien precisamente sería su abogada en la causa contra él abierta por el Tribunal de Guerra y Marina, saliendo absuelto. Proclamada la II República sería nombrado Ministro de Fomento (14 de abril de 1931), para pasar a desempeñar unos meses después (16 de diciembre de 1931) la cartera de Justicia, desde donde promovería la Ley del Divorcio. Cuando en 1933 se instituye el Tribunal de Garantías Constitucionales sería nombrado su presidente. Iniciada la Guerra civil es nombrado embajador en Francia, desde donde saldría, una vez acabada la contienda con el triunfo franquista, hacía el exilio mejicano, en donde fallecería el 13 de junio de 1954.

zada capaz de llevar a cabo, con toda clase de garantías y dentro del máximo rigor científico, una selección del delincuente con arreglo a los principios y la metodología de la novísima ciencia auxiliar del Derecho Penal llamada Biología Criminal. Del estudio de la personalidad del delincuente, según el criterio indicado, pueden obtenerse datos sumamente valiosos, de evidente trascendencia práctica, que no solo permitan un pronóstico social, sino que, al mismo tiempo, proporcionen el material básico para organizar de un modo severamente científico la profilaxis de la criminalidad. El estudio biológico criminal de la personalidad del delincuente se halla aún, por desgracia, inédito en nuestro país. De aquí la urgencia de organizar con el carácter de ensayo un *Servicio de Biología Criminal*, dependiente del Instituto de Estudios Penales. Su finalidad primordial no es otra que la de alcanzar el conocimiento científico de la personalidad del delincuente antes del cumplimiento de la pena, merced al estudio de su constitución psicofísica, herencia, medio, carácter, temperamento, etc., con objeto de establecer, de una parte, las posibilidades de su reeducación social, y de otra, *instituir el tratamiento penal* más adecuado para conseguirlo. Así se practica ya con franco éxito en establecimientos similares del extranjero, como los que funcionan en Múnich, Dresde y Viena».

Bajo las citadas premisas se disponía que, «con carácter de ensayo» (art. 1) se creaba en el Instituto de Estudios Penales un anexo psiquiátrico en el que existiría un «servicio de Biología Criminal», el cual tenía como objeto «el estudio científico sistemático de todos los delincuentes que a partir de la fecha de la creación del Servicio se hallen reclusos en las Prisiones de Madrid (hombres y mujeres)» (art. 2), estudio realizado con arreglo a la metodología de la llamada Biología Criminal. Los resultados de los exámenes biológico-criminales de cada caso serían archivados en el Instituto de Estudios Penales y se hallarían a disposición de los Tribunales de Justicia, Colegios de Abogados, Dirección general de Seguridad y Establecimientos Penitenciarios que solicitasen copia de los mismos, sirviendo asimismo de material para la investigación científica (art. 6).

La utilidad penitenciaria de los estudios biológico-criminales quedaba patente en el artículo 7, en donde se preveía expresamente que «Del estudio de cada caso se remitirá una copia al Establecimiento Penitenciario donde el delincuente haya de cumplir su pena, para que se tenga en cuenta por la Dirección del establecimiento a los efectos del *tratamiento penal* del recluso». Este tratamiento del recluso no es otra cosa que el antecedente directo de nuestro moderno concepto de tratamiento penitenciario que, si bien forjado en la década de los

sesenta, encuentra aquí su primigenia manifestación. Y es que el precepto se refiere al tratamiento del interno mentalmente sano que es estudiado científicamente, pues el propio Decreto preveía que en los supuestos en lo que de las investigaciones realizadas por el Servicio resultare o se comprobare la existencia de una alteración psíquica en cualquier recluso, el Director del Servicio lo debía notificar oficialmente a la Autoridad Competente, con objeto de que en el término de diez días como máximo se tomaran las medidas pertinentes para el traslado del enfermo a un establecimiento psiquiátrico oficial (art. 9).

Todavía más, respecto de la vinculación del Servicio de Biología Criminal con el sistema penitenciario; no es solo que dicho Servicio fuera auxiliado por personal de Prisiones (art.10), sino que el mismo podría publicar «cuestionarios» que sirvieran de pauta para que el personal médico de los Establecimiento Penitenciarios pudieran colaborar en el estudio de la «personalidad criminal», cabiendo la posibilidad de que dentro de las propias prisiones se pudieran crear servicios análogos (art. 11).

¿No sería pues este el verdadero primer «banco de pruebas de la moderna ciencia penitenciaria», del que años después, y refiriéndose a la Central de Observación, nos hablara Beristain? (22)¿No será ese «tratamiento penal» basado en el estudio científico de la personalidad del delincuente el que una década después, convertido ya en «tratamiento penitenciario», leemos en el Reglamento penitenciario de 1948? Yo creo que sí.

Y es que el Decreto de 5 de marzo de 1948, que aprobaba el nuevo «Reglamento de los Servicios de Prisiones», ya justificaba su promulgación en, entre otras razones (23): «dar, por último un *rigor científico* al régimen penitenciario español con arreglo a las más avanzadas doctrinas que miran al delincuente como persona humana, susceptible de regeneración mediante un *tratamiento penitenciario* fundado en principios de caridad cristiana, que lo aleje del peligro de la reincidencia, son circunstancias todas aquéllas que aconsejan la aprobación del presente Reglamento, que facilitará el normal desarrollo y la buena marcha de un servicio de tal trascendencia en el orden moral», siendo por ello que «Las Instituciones Penitenciarias que en este Reglamento

(22) BERISTAIN IPIÑA, Antonio, «Jean Pinatel. Criminólogo transnacional y hombre bueno», en *Eguzkilore*, núm. 13, 1999, p. 213.

(23) Afirmándose en tal sentido en su preámbulo: «La necesidad de unificar tan diversas disposiciones; dejar sin efecto otras que tuvieron su origen en circunstancias de excepción, ya pasadas; facilitar a los funcionarios la aplicación de los preceptos reglamentarios, evitándoles tal confusión; incorporar a la reglamentación de Prisiones los principios del nuevo Estado en materia de redención de penas por el trabajo, institución que ha tomado carta de naturaleza en la vigente legislación penal».



se regulan constituyen Centros destinados no solo a la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, sino también y primordialmente a realizar sobre ellos una labor transformadora y redentora con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria» (art. 1), siendo así que «por la razón de la eficacia del tratamiento penitenciario», el artículo 7 instituya la «*Prisión Central de Observación*», la cual, ex artículo 8, habría de albergar «a todos los menores de cuarenta y cinco años de edad a quienes falte más de tres años para cumplir su pena (...) siempre que tales penados no fueren políticos, multirreincidentes, rebeldes, peligrosos o comprendidos en alguna nota clasificadora de «por razón de salud», pues en este caso irán directamente destinados desde las Provinciales a la Prisión que les corresponda». Y añade el citado artículo 8, «Dicha Central de Observación tendrá como finalidad el estudio científico del delincuente bajo los aspectos penológico, biopsicotécnico, de información social y de laboratorio, a efectos de su futuro destino, y, además, el de infundir en los penados que han de pasar por ese centro hábitos de educación y disciplina, que han de llevar consigo a otras Prisiones».

El principal cometido de esta *Prisión Central de Observación* era cumplir el primer periodo del sistema progresivo diseñado en esta norma reglamentaria, el llamado periodo de observación, y consecuentemente perfilar el destino adecuado del penado dentro del sistema, y ello sobre la base de un «estudio científico» llevado a cabo en un régimen mixto con fuerte protagonismo del aislamiento. Por ello, en los dos últimos apartados del citado y extenso artículo 8 se dirá: «En dicha prisión se cumplirá el primer periodo penitenciario con sujeción a las normas que se establecen en el artículo 56 (24). El régimen ha de ser de aislamiento celular absoluto de corta duración y de

---

(24) De los cuatro periodos en los que se dividía el sistema penitenciario, el primero, de «observación y preparación del delincuente para su educación penitenciaria posterior», venía regulado en el artículo 56, en donde se establecía que el mismo venía regido por un régimen celular que hacía que el penado tuviera limitadas sus comunicaciones familiares (dos comunicaciones orales y tres escritas al mes), intensificándose la lectura y la educación, así como la instrucción religiosa, previéndose asimismo la práctica deportiva «haciendo uso frecuente de las duchas, que en invierno serán de agua templada». Si dicho periodo se cumplía en las Prisiones centrales (penados a los que le faltase menos de tres años para alcanzar el licenciamiento), sería de una duración máxima de dos meses (si bien se podría prorrogar para los indisciplinados y reducir a un mínimo de veinte días para quienes manifestasen «docilidad, subordinación, buena conducta, puntualidad general y aplicación en la Escuela»), mientras que si se cumplía en la Central de Observación el primer periodo duraría de cuatro a doce meses para los que faltase más de tres años para licenciarse, y de un año para penas mayores. En el cumplimiento de dicho primer periodo, los primeros ocho días eran de aislamiento absoluto, pasando luego a permitirse paseos en silencio y

vida mixta en comunidad por tiempo más prolongado; casi apartamiento de toda actividad exterior y material, en contraposición con la que ha de desplegarse en las restantes Prisiones Centrales a que fueren destinados, pero intensificando la reflexión, diálogo interior del interesado mediante conferencias y visitas del personal técnico y, sobre todo, dando gran impulso a la instrucción y educación, como medio que contribuya a su enmienda. Cumplido el plazo de estancia en este Establecimiento determinado en el artículo 56, con vistas a las hojas de condena y ficha formulada por el Director, recogiendo el estudio técnico de los restantes funcionarios, será destinado a la Prisión que científicamente le corresponda».

Pero las previsiones de la existencia de la Prisión Central de Observación contenidas en el Reglamento de 1948 nunca fructificaron, y el periodo de observación (primero del sistema penitenciario) vino a cumplirse en los mismos establecimientos en los que se cumplía el resto de la condena, si bien «en un departamento ad hoc de carácter celular» (25). Por ello, publicado un nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones el 2 de febrero de 1956, en este desaparecerá la mención expresa de la Prisión Central de Observación, siendo que el «juicio de observación» que servía de base para designar el destino del penado a la prisión que le correspondiese (art. 28) se realizaría en la Prisión que correspondiera, continuando el primer periodo dedicado «a la observación y preparación del penado para su educación penitenciaria posterior» (art. 49), con un régimen muy parecido al diseñado en el Reglamento de 1948. En cualquiera de los casos, la «labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria» (art. 1, párrafo 1.º, in fine), presidía el sistema ejecutivo regulado en la nueva norma reglamentaria, y el sistema de ascensos y regresiones de periodo era decidido, ex artículo 52, por las Juntas de Régimen y Administración a la vista de «los expedientes, fichas de observación de los reclusos e informes de los funcionarios técnicos o facultativos referentes a su conducta disciplinaria, actividad laboral, formación religiosa e instrucción» (26).

---

acudir a las actividades formativas e instructivas, tener comunicaciones y leer libros «y el periódico redención».

(25) BUENO ARÚS, FRANCISCO, *El sistema penitenciario español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1967, p. 24.

(26) Andrés Laso, en su gran libro, quiere ver en la dicción de este artículo 52 del Reglamento de 1956 un antecedente de la Orden de 22 de septiembre de 1967, creadora de la Central de Observación, calificativo, a nuestro entender, excesivo e incorrecto. ANDRÉS LASO, ANTONIO, *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitencia-

Así las cosas, y pese a lo anterior, el estudio científico del delincuente como fundamentador del citado juicio de observación se iba asentando lentamente, y comienza a tomarse conciencia de la necesidad de implementar «Equipos de Observación» integrados por personal especializado. Un primer paso decisivo vendrá de la mano de Jesús Alarcón, cuando, trasladado de Ocaña a Carabanchel, instituye en 1964 un Gabinete psicológico en el departamento de menores de la prisión madrileña que, surgido inicialmente como un servicio de orientación profesional, pronto comenzará a asumir otras importantes funciones (psicodiagnósticos, investigación criminológica, investigación psicométrica...) (27), lo que ha llevado a que no falte quien

---

rias, Madrid, 2016, p 167. Y decimos incorrecto porque el autor no se percata que la redacción del art. 52 en que se hace referencia a la Central de Observación es la que introduce la reforma llevada a cabo en el Reglamento de 1956 por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, es decir, al año siguiente de la creación de la Central de Observación, de cuyo «certificado de nacimiento» (léase Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967), simplemente transpone parte de su contenido. Por tanto, en el momento de la creación de la Central, año 1967, el tenor literal del art. 52 del Reglamento de 1956 era el que hemos expuesto en el texto, referido exclusivamente a la competencia de las Juntas de Régimen y Administración en materia de ascensos y regresiones del periodo de cumplimiento del sistema progresivo, siendo solo a partir de 1968 cuando pasará a tener el siguiente texto (que es en el que Andrés Laso, erróneamente, cree ver un antecedente de la creación de la Central): «Para la aplicación del tratamiento se dispondrá en cada establecimiento de un servicio especialmente cualificado integrado en equipo. Para completar la labor de los equipos en materia de observación, clasificación y tratamiento. promover y orientar el buen funcionamiento de los mismos y resolver las dudas y consultas de carácter técnico que le formulen y, en general, cuanto se le encomiende en relación con este servicio, existirá una Central de Observación directamente dependiente de la Dirección General de Prisiones. Por dicha Central pasarán los internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos».

(27) Ampliamente, ALARCÓN, Jesús, «El Gabinete Psicológico de la Prisión Provincial de Hombres de Madrid», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 168, enero-marzo 1965, pp. 51 ss. Hemos de señalar que el propio Alarcón se preocupa de subrayar que esta fase reformadora del sistema penitenciario es ya posible al haberse conseguido un estándar de orden y seguridad, acompañado de medios necesarios, que así lo permite, si bien hecha en falta el número de celdas individuales; en sus palabras: «en nuestros Establecimientos existen orden y disciplina adecuados, y exentos, a la vez, de alteraciones y rigores, lo que permite una convivencia normal y el desarrollo de actividades conducentes al fin de la reforma; se ha conseguido un nivel decoroso en los medios materiales y sobre todo unos excelentes Talleres y Escuelas de Formación Profesional, que están a punto de ofrecer en todas las Centrales un número de puestos de trabajo o de aprendizaje que absorba, en cada una de ellas, a toda población penada. (...) Una limitación o reparo completará tan ventajoso cuadro: necesitamos más celdas o habitaciones individuales para el descanso nocturno. Los dormitorios o galerías colectivas deben irse sustituyendo» (*ibídem*, pp. 52 y s.).

entienda que con él «el tratamiento hará su inicio en España» (28). Y la Dirección General de Prisiones, sensible a la citada necesidad de profesionales cualificados, convocará por Resolución de 3 de septiembre de 1966, el «Primer curso de especialización» para la formación de funcionarios que habrían de integrar los Equipos de Observación de los Centros de Preventivos, y el 28 de noviembre del mismo año establecerá las normas por las que habrían de regirse las propuestas razonadas de destino adoptadas «previa investigación de la personalidad del sujeto» (29), siendo así que el 26 de diciembre aparecerá la primera promoción de estos funcionarios especializados (30), avanzada de lo que luego sería el Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, creado, como es bien sabido, por Ley 39/1970, de 22 de diciembre.

Paralelamente, la idea de resucitar la existencia de una Central de Observación empieza a tomar cuerpo. Así cuando a principios del año 1967 el Director General inaugura el Centro de Detención de Gerona, ya adelanta la intención de crearla (31), siendo, efectivamente, por Orden del Ministerio de Justicia de 22 de septiembre de 1967 cuando se instituye la *Central de Observación* (32).

### III

La citada Orden ministerial sería publicada en el *BOE* el 17 de octubre de 1967 (33). En ella, y sobre la base del mandato establecido en el antes señalado artículo 28 del Reglamento de 1956 (obligación de los Directores de los establecimientos de remitir a la Dirección General, junto con la hoja de condena del penado, «una ficha clasificadora con diversos datos basados en el juicio de observación»), se afirma la necesidad de ir proveyendo a los Directores de unos Equipos Técnicos que colaboren en la «función observadora», y ello «ante la

---

(28) GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Psicología y tratamiento penitenciario. Una aproximación*, Edersa, Madrid, 1982, p. 40.

(29) Vid. TAVERA BENITO, Emilio, «La Central Penitenciaria de Observación...», cit., pp. 451 ss.

(30) Vid. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 722, de 15 de enero de 1967.

(31) Vid. «Discurso pronunciado por el Señor Director General de Prisiones en la inauguración del Centro de Detención de Gerona», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 728, 15 de marzo de 1967.

(32) No fue sino hasta la Ley Orgánica General Penitenciaria cuando el nombre pasó de «Central de Observación» a «Central Penitenciaria de Observación».

(33) *BOE* núm. 248, de 17 de octubre de 1967, pp. 14187 y s.

importancia de la observación como base para la separación de los internos dentro del propio establecimiento y a los fines ulteriores de su clasificación y destino al establecimiento de cumplimiento que resulte más idóneo en orden a su tratamiento, una vez que recaiga sentencia firme». Y así, «como un paso más en la perfección técnica iniciada resulta aconsejable la creación de un órgano central para completar la labor en materia de observación respecto a aquellos internos en que dicha observación y clasificación entrañe dificultades para los equipos, y al propio tiempo coordine, oriente e impulse el funcionamiento de éstos».

Con dichos fundamentos se dispone que «Directamente dependiente de esa Dirección General existirá una Central de Observación para completar la labor de los equipos en materia de *observación, clasificación y tratamiento* (34), promover y orientar el buen funcionamiento de los mismos y resolver las dudas y consultas de carácter técnico que aquéllos le formulen y, en general, cuantos se le encomienden en relación con este servicio», siendo que «Por dicha Central, que contará con dependencias e instalaciones propias e independientes dentro de la Prisión Provincial de Hombres de Carabanchel, pasarán los internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos».

Una vez creada normativamente, sería el 8 de noviembre de 1967 cuando el entonces Director General de Prisiones, el teniente coronel Jesús González del Yerro (35), inauguraría el nuevo Establecimiento

---

(34) A juicio de Manzanares «fue quizá en el artículo 1 de la repetida Orden donde por primera vez se recogía en nuestro Derecho el trinomio «observación, clasificación y tratamiento», verdadero núcleo de lo que actualmente conocemos como sistema de individualización científica». MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Comentarios al artículo 70 de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en VV. AA. (Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández), *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. 2.º (Ley Orgánica General Penitenciaria), Edersa, Madrid, 1986, pp. 1015 y s.

(35) Jesús González del Yerro y Martínez nació en Burgos el 25 de diciembre de 1916, ingresando en la Academia de Infantería el 1 de febrero de 1936, por lo que el inicio de la Guerra Civil lo vive como cadete de dicha academia, lo que no le obstaculizaría para alistarse como alférez provisional en las Brigadas Navarras y después como teniente en la Legión, combatiendo en la batalla del Ebro. En los años cuarenta se alistaría en la División Azul en la que, con rango de capitán, lucharía en la mítica batalla de Krasny Bor (febrero 1943). De regreso a España se diplomaría en Estado Mayor, y en 1965, siendo Ministro de Justicia Antonio María de Oriol, sería nombrado Director General de Prisiones. En 1970 asciende a General de División y en diciembre de 1978, ya como Teniente General, sería nombrado Capitán General de Canarias y desde allí, la noche del 23 de febrero de 1981, sería el primer jefe de una región militar que telefonaría al Rey para manifestarle su adhesión contra el golpe de Estado. Falleció, a los 97 años, el 4 de julio de 2014.

penitenciario, calificando en su discurso (36) al mismo «como una de las esperanzas más ilusionadas de los proyectos afrontados en los últimos tiempos por nuestra Dirección general» y afirmando que «una serie de métodos nuevos han ido haciendo más comprensibles las causas de la delincuencia y han ido jalonando el largo camino recorrido por la penología, en la que se ha impuesto la idea de la individualización del tratamiento. El hecho de que solo el conocimiento de la personalidad del delincuente puede permitir establecer algo parecido a un diagnóstico y pronóstico, no del delito sino del delincuente, y con ello ir sentando las bases reales de una profilaxis de la delincuencia, está admitido por todos los criminólogos» (37). Así, enmarcada en la progresiva creación de Equipos Técnicos en los diversos establecimientos (veintiocho en total) se crea la Central para, por un lado, servir de apoyo a los mismos y, por otro, y sobre todo, para estudiar los casos más dificultosos. Respecto a la primera misión González del Yerro dirá: «Además de la misión ya señalada, el Equipo Técnico de esta Central de Observación tiene la de proponer las orientaciones técnicas que deban presidir, por un lado, la labor de los Equipos de los Establecimientos de preventivos, y por otro, la de los Equipos de Tratamiento para los Establecimientos de cumplimiento. De esta manera, el conjunto de observación y tratamiento adquirirá la unidad de doctrina y de acción indispensable a su eficacia» (38). Y en cuanto a la segunda afirmará: «es decir, que el criterio del paso de los sentenciados por esta Central no será la importancia de la condena, sino el grado de dificultad para llegar al conocimiento de su personalidad (...). La Central de Observación actuará sobre aquellos casos de sentenciados para cuyo conocimiento se precise una investigación más profunda y lo hará mediante el empleo de rigurosas técnicas propias del estudio científico de la personalidad» (39). Siendo que ambas funciones de la Central serán complementadas con una labor de investigación «que permitirá llegar a conocer la realidad concreta de nuestra delincuencia», que será aprovechada «para la formación de nuestros propios funcionarios» y «el mejor cumplimiento de los fines propios de la Administración penitenciaria», ofreciendo sus trabajos «a todos los estudiosos de estas materias, por entender que ello constituye la mejor

---

(36) GONZÁLEZ DEL YERRO, Jesús, «Discurso pronunciado por el Ilmo. Sr. Director General de Prisiones con motivo de la inauguración de la Central de Observación en la Prisión Provincial de Hombres de Madrid (Carabanchel)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 178/179, julio-diciembre 1967, pp. 633 y s.

(37) *Ibidem*, p. 633.

(38) *Ibidem*, p. 636.

(39) *Ibidem*, p. 634.

manera de fundamentar e impulsar los estudios criminológicos, en los que España ha tenido siempre figuras señeras» (40).

Si comparamos los fines asignados a la Central de Observación en su Orden de creación y los anhelados por el Director General en su discurso de inauguración, observaremos que los fines de investigación no figuran en la normativa que la regula, la cual se centra en labores de complemento de los Equipos de los establecimientos, resolución de «dudas y consultas de carácter técnico» y estudio directo de los internos cuya observación y tratamiento resulte difícil o dudosa para aquellos Equipos.

Y la reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones operada un año después, por Decreto 162/1968, de 25 de mayo, no colmará dicha laguna, pues en el nuevo artículo 52 se limitará a, prácticamente, reproducir el artículo 2 de la Orden de 1967 (41).

¿Cuándo aparece pues, la función investigadora de la Central Penitenciaria de Observación a la que aludía González del Yerro en su discurso? Habrá que esperarse a la reforma llevada a cabo en el Reglamento Penitenciario por el Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio (42), el cual modifica parcialmente la redacción del párrafo 2.º del artículo 52, y junto a cuestiones menores de estilo («por dicha Central pasarán», se transforma en «por la cual pasarán») y orgánicas (la mención a la «Dirección General de Prisiones» se sustituye por la de «Dirección General de Instituciones Penitenciarias»), se añade in fine, luego de la referencia a que por la Central pasarán los internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los Establecimientos, «, o aquellos grupos homogéneos de internos cuyo estudio unitario sea conveniente». Con esta genérica mención, se da así cobertura a la Central para la realización de investigaciones criminológicas.

Y a estas tres misiones asignadas a la Central se añadirá, ya con Ley General Penitenciaria, Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre (43), la función docente. Así, respecto a la ahora llamada *Central «Penitenciaria» de Observación*, el artículo 70 de la Ley Penitenciaria

---

(40) *Ibidem*, pp. 636 y s.

(41) Art. 52, párrafo 2.º: «Para completar la labor de los Equipos en materia de observación, clasificación y tratamiento, promover y orientar el buen funcionamiento de los mismos y resolver las dudas y consultas de carácter técnico que le formulen y, en general, cuanto se le encomiende en relación al servicio, existirá una Central de Observación directamente dependiente de la Dirección General de Prisiones. Por dicha Central pasarán los internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos».

(42) *BOE* núm. 210, de 2 de septiembre de 1977, pp. 19673 ss.

(43) *BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 1979, pp. 23180 ss.

establecerá: «1. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Penitenciaria de Observación donde actuará un equipo técnico de especialistas con los fines siguientes: a) Completar la labor de los Equipos de Observación y de Tratamiento en sus tareas específicas; b) Resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por el Centro Directivo; c) Realizar una labor de investigación criminológica; d) Participar en las tareas docentes de la Escuela de Estudios Penitenciarios. 2. Por dicha central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o los grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro directivo».

Además, la Ley Penitenciaria vino a otorgar al penado el derecho a solicitar ser estudiado por la Central de Observación, al establecer en su artículo 65.4.º párrafo 2.º que «Cuando un mismo equipo reitere por segunda vez la *calificación* de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la Central de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la pena».

Obsérvese que la Ley utiliza el término «calificación» y no «clasificación» que en principio parecería más correcto, salvo que se quiera entender que con ello se pretende diferenciar entre «clasificación» inicial de grado y «calificación» (ratificaciones/revisiones) del mismo, interpretación que nunca compartí, pues querer hacer tal distingo supondría que en el cómputo de los tres pronunciamientos del mismo equipo no habría de tenerse en cuenta la clasificación inicial, de donde un interno clasificado inicialmente en primer o segundo grado, tendría que esperar no tres revisiones más (tres «calificaciones» en el mismo grado, clasificación inicial más dos revisiones), sino cuatro (la clasificación inicial, que no contaría, más tres revisiones de grado –reiteración por segunda vez el mantenimiento en grado–). En el Reglamento penitenciario de 1996 solventaríamos, como veremos después, las dudas al respecto.

La regulación dada por la Ley Penitenciaria no ha sido, sino levemente matizada, por la normativa reglamentaria posterior. El Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo (44), reproduciendo en lo básico en sus artículos 248 y 243.4 el tenor literal de los citados artículos 70 y 65.4 de la Ley, introdujo no obstante una matización en este último precepto reglamentario

---

(44) BOE núms. 149, 150 y 151, de 23, 24 y 25 de junio de 1981, pp. 14357 ss., 1441 ss., y 14536 ss.



(art. 243.4), intercalando ahora, después de reconocer el derecho de los primeros grados a acudir a la Central cuando un mismo equipo les hubiera reiterado por segunda vez su «calificación» (lo que exige por tanto, en puridad, tres pronunciamientos del mismo equipo), una previsión consistente en que «No obstante, el Centro Directivo podrá designar otro Equipo de Observación y Tratamiento, especialmente cualificado dadas las peculiaridades del interno, o en caso de existir un número elevado de internos en espera de ser estudiados por dicha Central». Esta limitación del derecho de los internos de primer grado (45), sin duda motivada para dar respuesta a supuestos de saturación de la Central, no fue objeto de modificación por la reforma operada por Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo (46), que la dejó inalterada.

Reformada la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1967, de creación de la Central de Observación, por la Orden de 9 de septiembre de 1992 (47), se lleva a cabo un trascendental «replanteamiento» (48), y así, junto a la aparición de una nueva competencia de la Central, con lo que se va más allá de lo dispuesto al respecto por la Ley y el Reglamento penitenciario, concretada en atender «los requerimientos que los Tribunales, Jueces y miembros del Ministerio Fiscal soliciten en materia pericial de las personas sometidas a su jurisdicción», se deroga el punto 2 de la Orden de 1967, verdadero leitmotiv de la reforma, esto es, la mención expresa a que la Central «contará con dependencias e instalaciones propias e independientes dentro de la Prisión Provincial de Hombres de Carabanchel». Parece ser que la inesperada visita girada por el Director General del momento, Anto-

---

(45) Según el tenor literal del precepto la posibilidad de «derivación» estaba referida, en principio, solo para los primeros grados, pero la práctica la hizo aplicable también a los penados de segundo grado (en el Reglamento de 1996 ya no se harían distinciones). Así, por Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 18 de junio de 1987, y de conformidad con el citado art. 243.4 párrafo 2.º, se estableció que, para evitar demoras en la revisión de la clasificación, los Establecimientos penitenciarios de Nanclares de la Oca, Madrid II, Madrid Jóvenes y Ocaña I, atenderían las peticiones de revisión de penados clasificados en primer grado, y los Establecimientos de Córdoba y el Dueso, las de los internos de segundo grado.

(46) *BOE* núm. 99, de 25 de abril de 1984, pp. 11333 ss.

(47) *BOE* núm. 245, de 12 de octubre de 1992, p. 34517.

(48) En este sentido, la nueva Orden se autojustifica: «El tiempo transcurrido, la experiencia acumulada y la realidad penitenciaria actual, caracterizada por un tipo diferente de delincuencia, así como una infraestructura más moderna y un incremento cuantitativo y cualitativo de los recursos humanos que ha permitido dotar de técnicos y especialistas a los Equipos de Observación y Tratamiento, hacen necesario replantear el funcionamiento de la Central de Observación y aconsejable introducir algunas modificaciones de carácter organizativo en la Orden de 22 de septiembre de 1967, reguladora de su creación».

nio Asunción, a las dependencias de la Central no fue de su agrado y, súbitamente, decidió la clausura de las mismas. Pero como la Central, con independencia de la Orden de su creación, tenía ya, a altura de los años noventa, respaldo legal (art. 70 y 65.4) y reglamentario (art. 248 y 243.4), lo que se hizo fue privarla de «cuerpo físico» y «trasladar su alma» a los servicios centrales de la Dirección General, de modo que fueran los Técnicos de la Central los que se desplazaran por los diversos establecimientos penitenciarios de la geografía nacional para realizar sus oportunos estudios. Como es fácilmente comprensible tal «cambio de filosofía», produjo profundo malestar en los profesionales que desempeñaban sus funciones en las instalaciones de Carabanchel, siendo ello lo que motivó la salida de la misma de varios de ellos, siendo así que, por ejemplo, Tavera se marchara a la Escuela Judicial o que el psicólogo Fernando Chamorro Gudín pidiera plaza en la Prisión Provincial.

Para dar una adecuada respuesta normativa a los citados cambios de configuración de la «nueva Central», ahora incardinada como un servicio más de la Subdirección General de Gestión Penitenciaria, el nuevo Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (49), vino a establecer la vigente regulación reglamentaria.

Dispone el artículo 109: «1. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Penitenciaria de Observación con sede en los servicios centrales del Centro Directivo, en donde actuarán un grupo de especialistas integrados en Equipos Técnicos con las siguientes funciones: a) Completar la labor de los Equipos Técnicos de los Establecimientos en sus tareas específicas; b) Informar sobre cuestiones de carácter técnico que se formulen por el Centro Directivo, así como atender los requerimientos que los Jueces, Tribunales y miembros del Ministerio Fiscal soliciten en materia pericial de las personas sometidas a su jurisdicción; c) Realizar una labor de investigación criminológica; d) Participar en las tareas docentes y de formación de funcionarios. 2. Dicha Central estudiara en los diversos Centros penitenciarios a aquellos internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para las Juntas de Tratamiento de los Establecimientos o los grupos o tipos de aquellos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro Directivo. 3. No obstante, el Centro Directivo podrá designar otra Junta de Tratamiento, especialmente cualificada dadas las peculiarida-

---

(49) *BOE* núm. 40, de 15 de febrero de 1996, pp. 5380 ss. (con corrección de erratas *BOE* núm. 112, de 8 de mayo de 1996, p. 15896).

des del interno, o cuando exista un elevado número de internos en espera de ser estudiados por dicha Central».

El citado precepto reglamentario, que aglutina todas las competencias que en aluvión se han ido atribuyendo a la Central desde 1967 a 1992, fue redactado al alimón entre Ángel Yuste y yo, en el seno de la comisión redactora del Reglamento penitenciario. Yuste, por aquel entonces, pese a ocupar la Subdirección general, tenía en propiedad la plaza de Coordinador de la Central de Observación (50), por lo que tenía legítimo interés en subrayar determinados aspectos de la misma, como que expresamente se consignara que la ubicación de ella era en los servicios centrales (a fin de ahuyentar el fantasma de nuevas «mudanzas») o la existencia no de un Equipo sino de varios, única solución viable para poder cubrir los antes citados viajes de los técnicos por todas las prisiones españolas (a excepción de las catalanas, por tener dicha Comunidad Autónoma transferidas las competencias penitenciarias desde 1983) (51). Se suprimió, asimismo, la expresión «dudas» de carácter técnico del Centro Directivo (pues se entendía inadecuado expresar que dicho órgano directivo de la Administración, como tal, pudiera tener «dudas técnicas»), concluyendo que lo procedente era «informar» consultas y no «resolver» dudas, y se sustituyó, igualmente, la mención a la Escuela de Estudios Penitenciarios, entonces ya desaparecida (52).

---

(50) A lo largo de los años la Central ha contado con varios coordinadores. Así, luego de un breve periodo en la que ocupó la plaza la psicóloga Asunción Muriel, llegaría a la misma Virgilio Valero, quien daría un importante impulso a la Central hasta que fue nombrado en 2004 Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria y luego en 2008 Director General de Coordinación Territorial y Medio Abierto (siendo Secretaria General, Mercedes Gallizo). Luego le sucederían penitenciaristas históricos de fuste, como Ramón Cánovas y Ángel Lara quien se jubilaría en 2015, luego de muchos años como consejero técnico, desde esta plaza.

(51) Real Decreto 3482/1983, de 28 de diciembre, *BOE* núm. 43, de 20 de febrero de 1984 (también publicado en Diario Oficial de la Generalidad, núm. 410, de 24 de febrero de 1984). A raíz del mismo, el Decreto de la Generalidad de Cataluña 53/1984 (*DOG* núm. 416, de 14 de marzo de 1984) asignó los servicios penitenciarios transferidos al Departamento de Justicia, y por Real Decreto 1436/1984, de 20 de junio (*BOE* núm. 181, de 30 de julio de 1984, con corrección de erratas en *BOE* núm. 190, de 9 de agosto de 1984 y núm. 227, de 21 de septiembre del mismo año) se dictaron normas de coordinación de las Administraciones penitenciarias.

Carente Cataluña de una Central de Observación propia, las peticiones de revisiones realizadas por internos reclusos en dicha Comunidad Autónoma han sido resueltas acudiendo a la «derivación» a otro Equipo prevista en el art. 109.3 del Reglamento Penitenciario.

(52) Al respecto de dicha desaparición llevada a cabo por Disposición Adicional 1.ª del Real Decreto 266/1992, de 20 de marzo (*BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 1992), véase, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Réquiem por la Escuela de Estudios

Por su parte, el artículo 105.3 del Reglamento Penitenciario señalará que «Cuando una misma Junta reitere por segunda vez la clasificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga por la Central Penitenciaria de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena». Como observamos, el nuevo precepto reglamentario ya habla de «clasificación» y no de «calificación», por lo que se solventan las dudas interpretativas a las que antes hicimos referencia. Llámese la atención que el precepto, al igual que sus antecedentes, siempre se refiere a penados en primer grado, habiéndose planteado la cuestión de si tal derecho sería asimismo predicable a los internos preventivos a los que se les aplica el artículo 10 de la Ley Penitenciaria, máxime si tenemos en cuenta la práctica identidad de régimen penitenciario que soportan ambos (penados en primer grado y «artículos 10») y similar procedimiento de clasificación/asignación y revisión (arts. 97 y siguiente del Reglamento Penitenciario). Es claro que el precepto solo se refiere a los penados, pues sistemáticamente se ubica en el capítulo de la «clasificación de los penados» (Capítulo II del Título IV), sin embargo se puede entender que por las razones de similitud señaladas, la revisión por la Central de la solicitud hecha por preventivo que tiene aplicado el artículo 10 de manera reiterada puede ser atendida por la Central si el Centro Directivo lo asume como caso de necesidad de complementar la labor de los Equipos técnicos (art. 109.1 a) y ordena su estudio.

---

Penitenciarios», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 2, 1992, pp. 1045 ss. A este «luctuoso hecho» me he referido en otras ocasiones: «Hay importantes factores que han influido decididamente en que el sistema penitenciario actual pueda calificarse de errante (...). Una de no escasa importancia es el haber perdido la memoria histórica, luctuoso hecho que tuvo su máximo exponente con la fulminante desaparición en 1992 (Real Decreto 266/1992, de 20 de marzo) de la venerada Escuela de Estudios Penitenciarios. Las pseudopolíticas penitenciarias de «futuro» creyeron que habían de partir por desterrar todo lo que según ellos representaban «políticas del pasado», olvidando que difícilmente una institución puede saber a dónde va sino conoce de dónde viene; y si bien es verdad, parafraseando a Cromwell, que «nadie llega tan lejos como aquel que anda sin saber a dónde ir», el problema estriba en que quizás hallamos andado mucho, pero en una dirección equivocada». TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LII, 1999, pp. 329 y s. Y respecto al *Centro de Estudios Penitenciarios*, calificado por mí como «restablecimiento fantasmagórico» acontecido en el año 2000, lo describí como «sin plantilla de profesores y ubicado, de prestado, en unas lejanas y lúgubres instalaciones, abandonadas por la Dirección General de Protección Civil, vecinas a un vertedero y a un pútrido riachuelo». *Vid.* mi *Criminología*, cit., p. 218, nota 726.

#### IV

Hemos visto hasta aquí la evolución normativa que ha tenido la Central de Observación, siendo ahora necesario abordar el desarrollo que en su metodología de trabajo ha vivido la misma.

Ya dijimos que Alarcón venía desde 1964 trabajando en el Gabinete Psicológico de la Prisión de Carabanchel y colaboraba muy directamente con José Antonio Barrera Maseda (53), Letrado Mayor del Ministerio de Justicia que tuvo importante participación en el Reglamento de 1956 y en su reforma de 1968 (54), en la elaboración de unas ponencias sobre observación, clasificación y tratamiento que en 1966 se presentarían en el Congreso Internacional de Criminología celebrado en Roma (55). La Criminología de la Europa continental estaba en gran parte (56) influida por la llamada Criminología Clínica (57) la cual, como es bien sabido, presentaba en el momento dos claros modelos referenciales: el italiano, que, tomando la herencia de Lombroso, era más bio-antropológico, viniendo personalizado por Benigno di Tullio; y el francés, representado por la figura y obra de Jean Pinatel, que era más psico-social, centrado en el estudio del «estado peligroso». La Central en un principio adoptó una metodología interdisciplinaria, en la que había una importante presencia de lo biológico, y especialmente lo endocrinológico, no siendo a ello extraño que su director fuera Luis Castellón Mora, contándose en su inicial plantilla, además, con dos médicos psiquiatras (José Torres Sánchez y José Velasco Escassi).

Luis Castellón Mora fue el núm. 1 de la primera promoción del Cuerpo Técnico, a la que accedió por la especialidad de Endocrinología. Nacido el 21 de diciembre de 1906, Castellón era hijo de Isidro Castellón López, director de la cárcel modelo de Barcelona en 1939, ejerciendo como médico de prisiones desde los años cuarenta. Así en

---

(53) *Vid.*, GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Psicología y tratamiento penitenciario...*, cit., p. 44.

(54) Por su implicación en la materia penitenciaria recibiría la medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario. Barrera Maseda, quien fuera Gobernador Civil de Lugo, fallecería en julio de 2004.

(55) *Vid.* ALARCÓN BRAVO, Jesús et alts., *XV Congreso Internacional de Criminología*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1966.

(56) En Alemania la Criminología clínica fue en esa época marginal, pudiendo tan solo citarse a autores como Armand Mergen. Y es que la herencia nazi pesó en este sentido, y los criminólogos germanos, en su mayoría, para distanciarse de la barbarie, se alinearon con tesis más sociológicas que antropo-biológicas.

(57) Sobre sus orígenes y manifestaciones europeas, véase ampliamente mi *Criminología*, cit., pp. 357 ss.

1942 es médico de la prisión provincial de Tarragona (58), siendo nombrado en octubre de 1943 director adjunto del Hospital Central Penitenciario, entonces ubicado en la Prisión Central de Yeserías (59). En 1962 sería condecorado con la medalla de Plata al Mérito penitenciario (60) y en 1969 con la de Oro (61). Director de la Central de Observación desde su creación hasta su jubilación a finales de 1977, sería profesor de biomedicina de la Escuela de Estudios Penitenciarios y del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense (62), por lo que se hace evidente el peso de «lo médico» y lo «biotipológico» que existía en los primeros momentos de la Central (63). Sin embargo, se terminaría imponiendo el modelo francés de Pinatel (64), que sería el implementado en todas las prisiones españo-

(58) El director de la misma era entonces el gran biógrafo de Montesinos, D. José Rico de Estasen.

(59) *BOE* núm. 299, de 26 de octubre de 1943, p. 10332. En ese momento Castellón tenía destino en la Inspección de Sanidad de la Dirección General de Prisiones.

(60) Decreto 2696/1962, de 25 de octubre (*BOE* núm. 258, de 27 de octubre de 1962, p. 15244). Se trataba de la medalla de plata al mérito penitenciario «de primera clase» (esto es, pensionada).

(61) Decreto 1704/1969, de 17 de julio (*BOE* núm. 197, de 18 de agosto de 1962).

(62) Entre sus trabajos destacan: «La delincuencia juvenil y su tratamiento», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 124, 1956, pp. 603 ss.; y núm. 126, 1957, pp. 3 ss.; «Aspectos biológicos en el estudio de la delincuencia», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, enero-marzo 1970, pp. 211 ss.; «Crimen, personalidad y prisión», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 2, 1977-1978, pp. 43 ss.; «La violencia: perspectiva de aplicación futura en la justicia penal y en Criminología», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 3, 1978-1979, pp. 51 ss. En 1988 escribiría una necrológica de López-Rey: «In memoriam de D. Manuel López-Rey y Arrojo», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 35, 1988, pp. 247 ss.

(63) Concretamente el Departamento dirigido por Castellón en la Central era el de «Medicina y Biotipología». A ello habrá que añadir que en el Departamento de Psiquiatría de la Central se utilizaba, como uno de los medios de trabajo, el estudio electroencefalográfico. Véase, ALARCÓN BRAVO, Jesús, CASTILLÓN MORA, Luis, GARCÍA RUIZ, Francisco J., GONZALEZ ÁLVAREZ, Justino, MARCO PURÓN, Ángel, RODRÍGUEZ GANDUL, Ladislao, TORRES SÁNCHEZ, José y VELASCO ESCASSI, José, *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, Central Penitenciaria de Observación, Madrid, 1970, esp. pp. 29 ss., y 39.

(64) La criminología de Pinatel había sido inicialmente introducida en nuestro país por el catedrático de Derecho penal Juan del Rosal, quien en 1959 traduce al español su trabajo «Criminología y Derecho penal», aparecido en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XII, fasc. I, 1959, pp. 125 ss. Se trataba del texto de una conferencia que Pinatel impartió, por invitación del propio Del Rosal, en la Universidad de Valladolid. Pocos años después, concretamente en 1962, Del Rosal invitaría de nuevo a Pinatel para que pronunciara el discurso inaugural del *XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología*, que bajo el título «Los

las, y ello porque el estudio interdisciplinar se coronaba con una tarea de síntesis que llevaba a cabo el jurista-criminólogo (65), la cual, desde el primer momento, adoptó el esquema de personalidad criminal del magistrado galo (66).

Como es conocido, Pinatel, que visitaría personalmente la Central de Observación en la primavera de 1968 (67), firmaría en su libro de honor (68) y se le ofrecería la medalla de plata al Mérito Penitenciario (que indecorosamente rechazaría, por entender que procedía de un régimen, el franquista, que no respetaba los derechos humanos), diseñó una teoría criminológica que tenía como centro neurálgico el denominado «estado peligroso», el cual, una vez alcanzado por el delincuente, deter-

---

delincentes mentalmente anormales» y con el patrocinio de la UNESCO, se celebró en Madrid y que dirigió el propio Juan Del Rosal. La ponencia de Pinatel llevó como título «Aspectos psicopatológicos de la conducta criminal». Vid. *XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología. Los delincentes mentalmente anormales: conferencias y comunicaciones*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1963, pp. 27 ss., y 491 ss.

(65) Vid., ALARCÓN BRAVO, Jesús, CASTILLÓN MORA, Luis, GARCÍA RUIZ, Francisco J., GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Justino, MARCO PURÓN, Ángel, RODRÍGUEZ GANDUL, Ladislao, TORRES SÁNCHEZ, José y VELASCO ESCASSI, José, *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, cit., pp. 59 ss.

(66) Sobre la figura de Jean Pinatel y su modelo criminológico me he ocupado ampliamente en mi *Criminología*, cit., pp. 371 ss.

(67) Impartiría en la misma una conferencia (patrocinada por la Embajada de Francia en Madrid y la Asociación Hispano-Francesa de Cooperación Científica y Técnica) bajo el título «Investigación científica y tratamiento» que se publicaría, traducida por Castellón, en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182, julio-septiembre 1968, pp. 523 ss. Unos años antes, de Pinatel había aparecido en nuestro país «El tratamiento de los delincentes», en *Policía Española*, mayo 1965, pp. 32 ss.

(68) No sé si seguirá existiendo, pues desgraciadamente las Administraciones públicas son cada vez más descuidadas en este aspecto, pero en su día pude tenerlo en mis manos y ver las firmas de grandes criminólogos de los setenta. Respecto de este descuido, fue para mí hartamente lamentable el estado en que se encontraban, hace veinte años, los restos de la Escuela de Estudios Penitenciarios (con maravillosos retratos, como por ejemplo de Cadalso y Cuello Calón), en un apartado de lo que entonces se llamaba Centro de Estudios Penitenciarios, ubicado en Rivas Vaciamadrid, en locales, como dije más arriba, de prestado. En cuanto a Cadalso, consulté (y disfruté) frecuentemente en su día los álbumes de fotos de la biblioteca de la Dirección General, y frente a otros de menor fuste (con el debido respeto, por ejemplo Amancio Tomé, casi omnipresente), el gran penitenciario apenas encontraba reflejo gráfico, siendo curioso que la única foto de estudio de él localizada en el mismo hubo de ser identificada por mí, pues las responsables de documentación del momento (las admirables Laura Toscano y Amparo Fernández) no le ponían cara. Guardo con veneración en mi archivo alguna foto de Cadalso y libros autografiados; uno, su tesis doctoral en Filosofía y Letras (CADALSO Y MANZANO, Fernando, *Jorge Washington y los Estados Unidos*, Imprenta de J. Góngora Álvarez, Madrid, 1905), con curiosa dedicatoria manuscrita a Salillas («A su querido “amigo” D. Rafael Salillas el autor») —las comillas son mías—.

minaría el «paso al acto», esto es, la materialización del delito. Se entiende así, que unos sujetos tienen una mayor facilidad para pasar al acto que otros, ya que el desencadenamiento del comportamiento criminal no es el mismo en el sujeto que reacciona en cortocircuito que en el que posee autocontrol (69). Es por ello que el objetivo fundamental clínico-criminológico consistirá en diagnosticar dicho estado peligroso, el cual vendría determinado, a su vez, por el diagnóstico de la capacidad criminal (o temibilidad) y el de la inadaptación social.

La *capacidad criminal* venía configurada por una serie de rasgos de la personalidad criminal que Pinatel, siguiendo a su maestro De Greeff (70), concreta en los siguientes: a) El egocentrismo podría ser definido como la capacidad del individuo para no dejarse sentir influido por condicionamientos de la interacción social ni por el temor a ser rotulado como delincuente; b) La labilidad supone la falta de capacidad de reflexión futura sobre las consecuencias del comportamiento, y, por consiguiente, se refleja en una carencia de visión sobre las consecuencias punitivas que comportará la comisión del hecho delictivo; c) La agresividad equivale a la resolución y capacidad del sujeto para vencer y sortear los obstáculos que se oponen o interponen a la comisión del delito. Es la resolutivez del delincuente; y d) Por último, la indiferencia afectiva se corresponde con el grado de «dureza» del delincuente y su ausencia de impresionabilidad afectiva a favor de las víctimas.

Por su parte la *inadaptabilidad social* es un concepto que ya Heuyer (71), sobre cuyos postulados se estructura, en gran medida, la tesis de Pinatel (72), había elaborado enunciando como sus componentes la perfectibilidad y la readaptación social. Para Pinatel una correcta evaluación de la personalidad criminal debía comprender también el estudio de los rasgos de actividad, aptitudes físicas y mentales, aptitudes sociales y de la motivación pulsional del sujeto (impulsos sexuales, nutritivos...). Así, el grado de adaptabilidad social ideal sería el término medio en la posesión de tales rasgos, ya que cuando aparecen polarizados, por exceso o por defecto, nos encontraríamos más próximos a la desadaptación social. Y es que un sujeto muy activo, de grandes aptitu-

---

(69) Ampliamente, PINATEL, Jean, *Criminología* (tomo III del *Tratado de Derecho penal y de Criminología* de Pierre Bouzat y Jean Pinatel), 2.<sup>a</sup> ed., traducida al español por Ximena Rodríguez de Canestri, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, pp. 532 ss.

(70) De Greeff los había concretado en agresividad, egocentrismo, imprevisión e indiferencia afectiva.

(71) Vid. HEUYER, Georges, «Vie instinctivo-affective et criminogénèse», en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1953, pp. 246 ss.

(72) Vid. PINATEL, Jean, *Le Phénomène criminel*, M. A. Éditions, Paris, 1987, pp. 106 ss.



des físicas, intelectuales y profesionales, y con necesidades instintivas poderosas, difícilmente se adaptará a la mediocridad de la vida honrada.

Teniendo en cuenta el análisis-diagnóstico de la temibilidad (capacidad criminal) y el nivel de adaptabilidad social del sujeto, se podría realizar una diagnosis del estado peligroso el cual se concretaba de la siguiente manera: a) Con alta capacidad criminal y alta adaptabilidad social tendríamos al delincuente de cuello blanco, un sujeto bien adaptado a las normas sociales pero con una gran potencialidad delictiva; b) Con alta capacidad criminal pero baja adaptabilidad social estarían aquellos sujetos que tienen propensión al delito y escasa adaptación a las normas: delincuentes marginales que hacen del delito su vida; c) Con baja capacidad criminal y alta adaptabilidad social aparecerían los delincuentes ocasionales; y d) Con baja capacidad criminal y baja adaptabilidad social nos encontraríamos el estado peligroso menos grave (mendigos, vagabundos...).

Según Pinatel este estado peligroso habría de ser completado con un estudio etiológico del mismo, el cual se centrará en la evaluación de las respectivas combinaciones entre las influencias biológicas y sociales, distinguiéndose a este nivel entre: a) La concurrencia de fuerte influencia biológica y social, en cuyo caso el estado peligroso puede tener carácter crónico; b) la combinación de fuerte influencia biológica con influencia social débil, cuyo resultado sería un estado peligroso de tipo marginal; y c) la mezcla de una influencia biológica ligera con una influencia social también leve, que caracterizaría a un estado peligroso circunstancial o episódico.

Pues bien, el modelo criminológico de Pinatel sería, como hemos dicho, el que se implantaría en la praxis penitenciaria española, siendo todavía a principios de los noventa cuando existían modelos oficiales de clasificación que se coronaban con la famosa síntesis criminológica en la que, sobre la base de la peligrosidad criminal y la inadaptabilidad social, se había de formular un diagnóstico de estado peligroso. Yo hube de realizar tal tarea sobre dichos postulados en mis inicios como jurista de prisiones.

Sin embargo, fue precisamente en la década de los noventa y con el cambio de estructura de la Central, cuando se produce un salto metodológico trascendental. La metodología clínica «de sala de espera» (73) es drásticamente abandonada en pro de un tratamiento penitenciario de nueva configuración en el que el estudio de la personalidad y el diagnóstico del estado peligroso de base pinateliiano cede paso a un estudio plurifactorial, un tratamiento cognitivo-conductual

---

(73) En precisa y preciosa expresión de ANDRÉS LASO, Antonio, *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre...*, cit., p. 319.

y una ponderación del riesgo de la reincidencia basado en la concurrencia de factores criminógenos o adaptativos, en los que «lo social» adquiere especial relevancia. Ya no interesa indagar introspectivamente en la personalidad del delincuente, sino detectar, en sus interdependencias sociales, los factores coadyuvantes al delito, para poder, en la medida de lo posible, intervenir en los mismos; factores entre los que resalta el reconocimiento de que el propio encarcelamiento puede potenciar los mismos. A tal respecto, el artículo 3.3 del Reglamento penitenciario de 1996, pasado inadvertido para la doctrina, es para mí un precepto de todo punto de vista revolucionario, al reconocerse por primera vez en sede normativa, la potencial nocividad de la prisión: «Principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, *reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento*, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas».

Invito al lector a comparar la configuración que del tratamiento se hace en la Ley Penitenciaria, en donde «lo clínico» está muy presente (así, especialmente, art. 62 apartados a y b), y la realizada en el Reglamento penitenciario de 1996 (arts. 110 ss.). El giro es copernicano (74).

En este contexto, la Central de Observación comienza a desplegar en los años noventa una sobresaliente labor. Los estudios de los internos, llevados a cabo ahora desplazándose sus técnicos a los Centros penitenciarios (75), son más eficientes (76), y se aumentan exponen-

---

(74) Resaltando ello y apostando por el modelo del Reglamento de 1996, por todos, GONZÁLEZ COLLANTES, Talía, «La convivencia de dos conceptos del tratamiento resocializador en el Ordenamiento penitenciario español», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 22, 2014, esp. p. 40. De manera más neutra, BUENO ARÚS, Francisco, *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 326 ss.

(75) El primer desplazamiento del Equipo de la Central de Observación, formado por cuatro técnicos (jurista, psicólogo, pedagoga y sociólogo) tuvo lugar en noviembre de 1992, realizándose al Centro Penitenciario de Cáceres II, llevándose a cabo un nuevo viaje a la semana siguiente al Puerto I. En esos primeros momentos y de manera transitoria, pues solo ocupó la plaza unos meses, la jurista era Pilar Sacristán Represa.

(76) La configuración «volante» de la Central supondría un importante ahorro a las arcas del Estado, pues el sufragio de la misma será sumamente inferior al coste de mantener las instalaciones y personal de un establecimiento penitenciario para cuarenta internos, como ocurría cuando estaba ubicada en Carabanchel. Por otro lado, ello también causaría menos perjuicios para muchos penados, que ahora evita-

cialmente en número anual (77). La clínica deja paso a unos informes profesionales fundados en modernos parámetros (78), y el resto de las funciones asignadas a la Central se ven robustecidas.

---

rían sus traslados, por ser estudiados en el propio Centro penitenciario en que se encontraban reclusos. Sobre costes económicos de los estudios de internos en la nueva etapa de la Central pueden verse los interesantes cuadros publicados en Ministerio del Interior (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), *Informe General 2015*, Madrid, 2016, pp. 81 ss. Curiosamente, en el *Informe General 2016* (publicado en 2017) y en el *Informe General 2017* (publicado en 2018) se omiten estos datos económicos, a pesar de que en los mismos se incluye apartado autónomo referido a la Ley de Transparencia.

Sin embargo, hemos de recordar y reconocer que en la época de mayor convulsión de nuestro sistema (años 1977-1979) la infraestructura que la Central de Observación proporcionaba en Carabanchel jugó un importante papel como «válvula de escape». En tal sentido escribirá Tavera: «Como consecuencia de los graves problemas de orden que afectan, al menos en los primeros años de esta etapa (1977-1981), a gran parte de los Establecimientos Penitenciarios (cincuenta y cuatro de ellos llegaron a arder) el Centro Directivo se sirve, en no pocas ocasiones, de la Central de Observación para retirar de las espirales de conflicto a buen núm. de internos que estaban implicados como cabecillas en los movimientos reivindicativos y de protesta. Los propios internos cuando se sentían desbordados por los acontecimientos, sus familiares o sus representantes legales hacían llegar a la Dirección General la voluntad del afectado de salir discretamente del círculo de violencia en que se encontraba, constituyendo la Central de Observación un lugar para la reflexión y el cambio de actitudes de muchos internos». TAVERA BENITO, Emilio, «La Central Penitenciaria de Observación...», cit., p. 463. En similar sentido, años después recordará GARCÍA VALDÉS: «Ya no podrá darse mi antigua frase, dirigida a Tavera Benito, Subinspector General Penitenciario: «¿les paseamos un poco, Emilio?» cuando destinábamos temporalmente a los reclusos más conflictivos a la Central de Carabanchel, cuya estancia por un tiempo allí, pendientes de nueva clasificación, actuaba en el comportamiento de aquéllos, sin duda, como un bálsamo». GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Apuntes históricos del Derecho penitenciario español*, Edisofer, Madrid, 2014, p. 30, nota 85.

(77) Piénsese que cuando la Central se hallaba en Carabanchel, la media anual nunca pasó, en sus mejores momentos, de 165 internos (años 1982 a 1991), siendo de 117 al año en la década 1967 a 1976, y de 114 en el periodo de 1977 a 1981. Frente a ello, a finales de la década de los noventa el núm. anual de internos estudiados se aproximaba a 400 (389 en 1999), en la primera década del presente siglo (2000-2009) se estudian una media anual de 500 (concretamente 499,3, siendo en 2007 el año de mayor núm. de estudios con 611) y de 2010 a 2014 la media ha sido de 536 internos estudiados al año. Interesante exposición de la evolución en núm. de peticiones y resultado de los estudios (si bien que hasta el año 2003) puede verse en SERRANO SAIZ, Jesús, «La Central Penitenciaria de Observación», en *25 años de Ley General Penitenciaria. Ayer, hoy y mañana*, ATIP (Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias), Cáceres, 2005, pp. 220 ss.

(78) En este sentido se ha de señalar que, con motivo del cambio de estructura y metodología de trabajo impulsado por la promulgación del Reglamento Penitenciario de 1996 se introdujeron importantes reformas operativas: así por Instrucción de la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de 9 de julio de 1996 la función de

Comienza a existir una participación directa en la elaboración de programas concretos de tratamiento. Quizás uno de los primeros fue el «Programa de Recuperación de Internos Conflictivos», PRIC, en cuya elaboración jugó gran papel el Psicólogo de la Central Jesús Serrano Saiz, y especial mención, por su rigor y profundidad, debemos hacer de los llevados a cabo por el «decano» de los psicólogos de la Central (al llevar más de veinticinco años en esta Unidad), Cándido Sánchez Hernández (79), sobre el «Multiphase Sex Inventory» (que tantos y sacrificados años de trabajo le costó) y en relación al suicidio en la Institución Penitenciaria, estudios ambos que serían dignamente publicados en 2003 (80). Otros de menos profundidad, pero no por ello menor calidad, serían los dedicados al «estudio de los delitos en el ámbito familiar», «prevención de la conducta suicida», «los jóvenes ante la edad penal», «el arresto de fin de semana» y «variables criminológicas y reincidencia», todos reunidos en una interesante publicación que vio la luz en 2001 (81). La línea evolutiva de la labor investigadora de la Central, que arrancó modestamente en los años setenta (82) y que sufrió tras sus primeros e incipientes pasos un

---

estudio de internos se articuló a través de la «Junta de la Central de Observación» que, presidida por el Subdirector General (si bien en la práctica este delegaba en el Jefe del Servicio) funcionaba bajo los parámetros normativos fijados en los artículos 22 y siguientes de la entonces vigente Ley 30/1992; asimismo, se revisó el informe-protocolo, dando lugar a uno más sintetizado, se elaboró un manual de procedimiento de clasificación y se amplió la información previa que debían aportar los centros penitenciarios. Dando cuenta de ello, SERRANO SAIZ, Jesús, «La Central Penitenciaria de Observación», cit., pp. 219 y s.

(79) En la actualidad de la Central de Observación cuenta con dos psicólogos; junto al citado Cándido Sánchez, la psicóloga Silva Marta del Valle. También está dotada la Central de una plaza de sociólogo ocupada ahora, luego del paso por ella de Miguel Ángel Vicente, por Manuel Rico Garri.

(80) Ministerio del Interior (Estudios e investigaciones de la Central Penitenciaria de Observación), *Multiphase Sex Inventory y Suicidio en la Institución Penitenciaria*, Imprenta del BOE, Madrid, 2003.

(81) Ministerio del Interior, *Estudios e investigaciones de la Central Penitenciaria de Observación*, Imprenta Din Impresores, Madrid, 2001.

(82) Arrancando con ALARCÓN BRAVO, Jesús, CASTILLÓN MORA, Luis, y el resto de técnicos de la Central, *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, ya citado, publicado en 1970, mismo año en el que Fernando CHAMORRO GUDÍN, psicólogo durante años de la Central, publicaría su *Resultados obtenidos con técnicas proyectivas en una muestra de doscientos delincuentes homosexuales españoles* (ed. Dirección General de Instituciones Penitenciarias – Departamento de Homosexuales de la Central de Observación, Madrid, 1970). A ambos estudios le dio «sincero pláceme» Manuel LÓPEZ-REY en su *Criminología* (tomo I, ed. Aguilar, Madrid, 1973, p. 562, nota 31), quien curiosamente se lamentaba (ob. cit., p. 563) afirmando que «Con todo, la índole subsidiaria y limitada de la Central es evidente, y cabe preguntar si no debería ser más importante».

brusco parón (83), era pues reanudada de manera claramente fortalecida, línea evolutiva que llega hasta nuestros días, habiéndose publicado en 2017 el concienzudo estudio liderado por Cándido Sánchez, «La estancia en prisión. Consecuencias y reincidencia» (84), debiendo hacerse notar asimismo la aportación de datos para otros estudios realizados en el ámbito universitario (85).

Por lo que a materia estrictamente jurídica se refiere, he de hacer referencia a la anual publicación de «Jurisprudencia Penitenciaria», que se inició con la aparición en 1996 del trabajo compilatorio de los años 1984-1995 por mí realizado (86), y que ha tenido cumplida continuidad hasta la actualidad (87), habiéndose publicado en 2015 un muy interesante y elaborado compendio de la correspondiente a la referida al régimen disciplinario de los años 2000-2014, con enjundiosos comentarios de la jurista Isabel Luengo (88), en el 2016 otro interesante trabajo referido a permisos de salida elaborado por el jurista Antonio Marqués (89), en 2017 uno monográfico sobre la jurisprudencia referida a comunicaciones y visitas, realizado por Leonor Morales-Arce (90), y en el 2018 otro, en dos gruesos volúmenes, también preparado por Antonio Mar-

---

(83) Después de las señaladas obras de 1970, solo sería destacable la colaboración prestada por la Central aportando los resultados de los análisis cromosómicos efectuados a sus internos para el trabajo de MARTÍN LUCAS, María de los Ángeles, *Análisis cromosómico y dermatoglífico de los trastornos mentales*, Edersa, Madrid, 1979.

(84) *La estancia en prisión. Consecuencias y reincidencia*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2017.

(85) Debemos hacernos eco de la colaboración para la publicación en su día del análisis realizado sobre 334 casos estudiados en la Central entre 1970 y 2001 llevado a cabo en SERRANO GÓMEZ, Alfonso, y SERRANO MAÍLLO, María Isabel, *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Dykinson, Madrid, 2012. Posteriormente estos mismos autores, con los datos aportados por los estudios de la Central hasta 2011, han tenido ocasión de criticar la prisión permanente revisable y abogar por su derogación. *Vid.* SERRANO GÓMEZ, Alfonso, y SERRANO MAÍLLO, María Isabel, *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 89 ss.

(86) *Jurisprudencia Penitenciaria 1984-1995*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1996.

(87) Trabajando luego en dicho cometido diversos Juristas de la Central, primero Antonio Romero Reinares, y después Montserrat Herranz, Ángeles Cifuentes, Antonio Marqués e Isabel Luengo. Actualmente la Central de Observación cuenta con tres juristas; Antonio Marqués, Leonor Morales-Arce y Marta Jiménez López. El último estudio de la jurisprudencia publicado corresponde al año 2017.

(88) *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Régimen Disciplinario*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2015.

(89) *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Permisos de salida*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2016.

(90) *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2016, Comunicaciones y visitas*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2017.

qués, que bajo la nada clara rúbrica «Aplicación temporal de la estancia en prisión», recoge la jurisprudencia producida en el periodo 2000-2016, sobre institutos que, de una u otra manera, afectan bien a la extensión temporal de la pena (acumulación de penas –que no de condenas–, redención, indulto o revisión de sentencias por cambios normativos), bien al tiempo efectivo de cumplimiento de la misma en un centro penitenciario (de la libertad condicional a la suspensión de la pena, pasando por la imposición de sustitutivos penales hasta llegar a la situación de quebramiento de la condena) (91).

## V

No quiero terminar este trabajo sin hacer una referencia final al lugar que ocupa la Central Penitenciaria de Observación, no ya en nuestro sistema penitenciario, cosa que hemos realizado en las líneas anteriores, sino en comparación con sus referentes europeos.

Como es conocido y unánimemente aceptado (92), los referentes que nuestra Central tenía al momento de su creación eran los de Fresnes en París, Rebibbia en Roma y Saint-Gilles en Bruselas, siendo quizás de ellas la italiana la que, en un principio, parece desplegar una mayor influencia (93). Será, pues, analizando la evolución de estos establecimientos lo que nos permitirá calibrar la situación actual de la Central de Observación en un contexto comparado.

Y comenzamos por la menos conocida y que, sin embargo, es la primera en el tiempo. La prisión de Saint-Gilles-Lez-Bruxelles comenzó a construirse en 1878 y se acabaron las obras en 1884, siendo inaugurada el 15 de junio del año siguiente (94). Se trata de una impresionante construcción de tipo fortaleza que, reformada en 2012, aún hoy puede admirarse. Una auténtica joya de la arquitectura penitenciaria. Funcionando desde el principio bajo el régimen del aisla-

(91) *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2016, Aplicación temporal de la estancia en prisión*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2018.

(92) Véanse, por todos, GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 220 y s.; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Comentarios al artículo 70 de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, cit., p. 1025.; GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de Ciencia penitenciaria*, cit., p. 322.

(93) Recuérdese en tal sentido las ponencias preparadas por Alarcón para el Congreso Internacional de Criminología de Roma de 1966, publicadas ese mismo año por la Dirección General de Prisiones. *Vid. supra* nota 55.

(94) Los planos iniciales se deben al arquitecto Joseph Jonas Dumont, siendo luego dirigidas las obras por François Derré.

miento celular, pues como sabemos en Bélgica la sombra del pensamiento de Jean Stevens siempre fue muy alargada (95), será el impulso de criminólogo Louis Vervaeck, el «Lombroso belga» (96), el que propiciara la implantación de un servicio antropológico cuya creación se remonta a un Decreto de 30 de mayo de 1920 y que llegó a extenderse a diez prisiones (entre ellas Amberes, Lovaina, Lieja y Brujas). Una década después, nuestro Diego Romero de Aguilar, pensionado por el Ministerio de Justicia, la visitaría, dejándonos una fiel descripción de la misma (97). Aquel viejo Servicio de Antropología se convirtió con los años, y no siendo ajeno a ello el pensamiento de Étienne De Greeff, en el actual Servicio Psicosocial que funciona en el sistema belga, en el que lo Psicológico y Psiquiátrico han desplazado a lo Antropológico, si bien que sus funciones son infinitamente menores que nuestra Central, pues ajenas a asesoramiento, docencia o investigación, se limita a evaluar a los internos a efectos del régimen de cumplimiento de la pena y acceso a una libertad anticipada. No obstante, hacemos notar que allí donde hubo «central antropológica», luego quedará «unidad médica», pues hoy en la prisión de Saint Gilles existe una unidad penitenciaria hospitalaria (médico-quirúrgica) que presta servicio a otras prisiones belgas.

---

(95) El gran Inspector General de las prisiones belgas, Jean Stevens (1827-1898) daba gran importancia a la arquitectura penitenciaria, como lo demuestra su opúsculo (con interesantes planos y dibujos a partir de la p. 47), *De la construction des prisons cellulaires en Belgique*, Libraire C. Muquardt, Bruxelles, 1874. Entre su obra, decididamente partidaria del aislamiento celular como régimen de cumplimiento de las penas de prisión, destaca, *Notice sur l'application de l'emprisonnement cellulaire en Belgique. Rapport fait au nom du Comité National par M. J. Stevens, Inspecteur des prisons du Royaume*, Hayez, Bruxelles, 1872; y *Les prisons cellulaires en Belgique. Leur hygiène psychique et morale*, F. Larcier, Bruxelles, 1878 (existe 2.ª edición, misma editorial, de 1891). Una biografía de este eminente penitenciarista belga puede verse en TULKENS, Françoise, «Jean Stevens (1827-1898)», en Fijnaut Cyrille. (ed), *Gestalten uit het verleden. 32 voorgangers in de Strafrechtswetenschap de Strafrechtspleging in de Criminologie*, Kluwer Rechtswetenschappen, Bruxelles, 1993, pp. 49 ss. Sobre la polémica entre Stevens y Adolf Prins, vide CHRISTIAENSEN, Stef, *Tussen Klassieke en moderne criménele politiek. Leven en beleid van Jules Lejeune*, Universitaire Pers Leuven, Leuven, 2004, pp. 139 ss. Haciéndome eco de los postulados de la obra de Stevens y su refutación por Beltrani Scalia, véase mi *Vidas paralelas en el penitenciarismo europeo*, Edisofer, Madrid, 2017, pp. 54 y s.

(96) Sobre Louis Vervaeck (1872-1943), véase DE BONT, Raf, «Meten en verzoenen. Louis Vervaeck en de criménele antropologie, 1900-1940», en VV. AA., *Degeneratie in België 1860-1940. Een geschiedenis van ideeën en praktijken*, Leuven Universitaire Pres, Leuven, 2003, pp. 185-225.

(97) ROMERO DE AGUILAR, Diego, *Ciencia penitenciaria. Historia y organización de las Instituciones penitenciarias en Francia y Bélgica*, Imprenta de la Escuela de Reforma, Alcalá de Henares, 1935, pp. 199 ss.

De la misma época es la monumental prisión de Fresnes (98), inaugurada en el sur de París el 19 de julio de 1898. Otro emblema de prisión celular cuya construcción, como he escrito en otro lugar (99), iba contra los cánones de la arquitectura penitenciaria del momento, pues el arquitecto François Henri Poussin, rompiendo con la preponderante construcción radial, apostó por una de pabellones laterales en «peine o espina», cuya influencia en construcciones posteriores, hasta nuestros días, es innegable.

En la prisión de Fresnes se creó el 15 de agosto de 1950 el «Centro Nacional de Orientación» sobre las bases del servicio médico que ya existía desde su fundación en el XIX, y que prestaba atención sanitaria especializada a todos los reclusos de las demás prisiones de París (100). Vemos de nuevo la vinculación con lo «médico» antes señalada. Pero ahora el estudio de la personalidad de los delincuentes condenados a penas de una duración superior a los dos años, y que les restara por cumplir al menos un año de prisión, se haría de manera multidisciplinaria, al objeto de asignarle la prisión y tratamiento más adecuado a su reinserción (101). Por Decreto de 6 de agosto de 1985 este centro cambió su nombre por el de «Centro Nacional de Observación» (102). Luego de un amplio debate sobre las funciones asignadas al Centro de Observación (103), y ya bajo la vigencia de la actual Ley Penitencia-

(98) Sobre la misma existe una amplia bibliografía, pudiéndose citar aquí la monografía de CARLIER, Christian, *Historie de Fresnes, prison «moderne». De la genèse aux premières années*, ed. Syros, Paris, 1998.

(99) Véase mi *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 92.

(100) Haciendo eco de ello ya ROMERO DE AGUILAR, Diego, *Ciencia penitenciaria. Historia y organización de las Instituciones penitenciarias en Francia y Bélgica*, cit., p. 117.

(101) Un año después de su creación ya albergaba un total de 804 internos. El traslado al Centro Nacional era acordado por la Administración Central, de modo que cada seis semanas se transferían desde otras prisiones un grupo de entre sesenta y noventa reclusos. Luego de un estudio médico, psiquiátrico y psicotécnico, una comisión presidida por un «magistrat de l'Administration centrale» y de la que formaban parte el director del Centro y los especialistas que habían estudiado al interno, sería la encargada de decidir el centro de destino más adecuado para el tratamiento del mismo. Vid. GERMAIN, Charles (Directeur de l'Administration Pénitentiaire au Ministère de la Justice), *Rapport annuel sur l'exercice 1951*, Conseil Supérieur de l'Administration Pénitentiaire, 1952, pp. 131 ss.

(102) Sobre su evolución, véase FEULLERAT, Yves, *Généalogie et histoire institutionnelle du Centre National d'Orientation de Fresnes de 1950 à 1965*, Mémoire d'élève sous-directeur, École Nationale d'Administration Publique, 1990.

(103) Al respecto véase MÉRIGONDE, Claire, *De l'orientation à l'évaluation: quelle mission demain pour le CNO?*, Mémoire d'élève directeur, École Nationale d'Administration Publique, 1999.



ria francesa de 24 de noviembre de 2009, se promulgó el Decreto núm. 350 de 31 de marzo de 2010 en el que se reformaba el Código Procesal Penal y se instituía el ahora denominado «Centro Nacional de Evaluación», que más apropiadamente debería denominarse Centros Nacionales de Evaluación, pues dicha institución tiene su sede, además de en Fresnes (104) también en el «centre pénitentiaire du Sud-Francilien à Réau» y en la «maison d'arrêt de Sequedin». Y así, sobre la base normativa proporcionada por el Código Procesal Penal (105) y por las detalladas reglamentaciones dadas en la Circular de la Administración penitenciaria de 21 de febrero de 2012 (en donde se perfila la metodología del trabajo y los contenidos del «dossier de orientación») (106) y, muy particularmente, en la Nota (Instrucción) de 17 de julio de 2015 (107), se produce un trascendental cambio, en el que la orientación y observación terapéutica vira su finalidad reintegradora hacia la prevención social, siendo que los estudios de los delincuentes realizados en estos centros (asesinos reincidentes, violadores...) son evaluados para determinar («evaluar») su peligrosidad en aras a la defensa frente a una futura reincidencia (108).

Finalmente, respecto al Centro de Observación de Roma-Rebibbia decir que el mismo echó a andar en 1958 con la finalidad de llevar a cabo una «classificazione scientifica» de aquellos internos que presentasen anomalías bio-psíquicas que permitiera un «trattamento penitenziario appropriato», siendo la Circular ministerial núm. 1205/3666, de 18 de diciembre de 1961 la que consagraba su nivel administrativo y daba

---

(104) Su capacidad actual es de tan solo 56 internos en celdas individuales, de las que a 1 de enero de 2018 solo estaban ocupadas por 13 internos, lo que contrasta abiertamente con las dimensiones y tasa de ocupación del resto de departamentos de la prisión de Fresnes, siendo que, a la misma fecha, el departamento de hombres contaba 2.483 internos en 1112 celdas (203,52% de tasa de ocupación) y 134 mujeres en 94 (tasa de 128,84%).

(105) Artículos 362, 706-53-13 et 706-53-14 (*rétenion de sûreté*), 717, 717-1-A (*procédure d'affectation ou de changement d'affectation*), 723-31-1 y D.147-34 (*surveillance judiciaire*), 730-2 y D.527-1 (*libération conditionnelle*), D.81-1, D.81-2, D.82-3 y D.82-4 (*procédure d'affectation ou de changement d'affectation*).

(106) Publicada en el *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, complémentaire du 15 mars 2012, esp. pp. 8 y s.

(107) Publicada en el *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, núm. 250-07, 31 juillet 2015.

(108) Sobre la citada evolución desde los antiguos Centros Nacionales de Orientación y de Observación a los de Evaluación, puede consultarse DERASSE Nicolas et VIMONT, Jean-Claude, «Observer pour orienter et évaluer. Le CNO-CNE de Fresnes de 1950 à 2010», en *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines* (On line), *Savoirs, politiques et pratiques de l'exécution des peines en France au XX<sup>e</sup> siècle*, 26 septembre 2014. URL: <http://criminocorpus.revues.org/2728>; DOI: 10.4000/criminocorpus.2728.

respaldo normativo a la «osservazione scientifica della personalità già attuata nell'istituto de Roma Rebibbia». Sin embargo, desde 1988 Roma-Rebibbia se dedicó en exclusiva a ser un centro de tratamiento de internos drogodependientes, siendo que el respaldo normativo que ofrece el artículo 63 de la Ley Penitenciaria italiana (109) (que prevé una estancia máxima de sesenta días, lo que denota una labor eminentemente diagnóstica) no ha permitido la creación de «Centros de Observación», los cuales pese a tener asignados por dicho precepto legal asimismo funciones de asesoramiento, realización de pericias e investigación científica, han quedado huérfanos de la debida implementación.

De lo visto se deduce, a las claras, que nuestra Central Penitenciaria de Observación es, sin duda, entre sus hermanas europeas, la que, por funciones asignadas (muy superiores a las que ostentan la de Saint-Gilles y los Centros Nacionales de Evaluación franceses) e implantación (el de Rebibbia (110) y los centros de observación italianos están inactivos), cuenta con una mayor fortaleza y mejor salud. Esperemos que ello le permita seguir consolidando un fructífero futuro.

---

(109) Al respecto, por todos, véanse: BERTOLOTTI, Enrica, «Centri di Osservazione», en VV. AA. (Vittorio Grevi, Glauco Giostra e Franco Della Casa, dirs.), *Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 798 ss.; ALESSANDRI, Renzo, e CATELANI, Giuliani, *Il Codice Penitenziario*, 4.<sup>a</sup> ed, Laurus Robuffo, Roma, 1992, pp. 155 ss.; BRUNETTI, Carlo, e ZICCONI, Marcello, *Manuale di Diritto penitenziario*, La Tribuna, Piacenza, 2004, pp. 218 ss.; DAGA, Luigi, «Trattamento penitenziario», in *Enciclopedia del Diritto* (diretta da F. Calasso), vol. XLIV, Giuffré, Milano, 1964, pp. y 1318; DI GENARO, Giuseppe, BREDI, Renato, e LA GRECA, Giuseppe, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffré, Milano, 1997, pp. 300 y s.

(110) Actualmente el complejo penitenciario de Rebibbia («Polo penitenziario di Rebibbia») está formado por la «Casa di reclusione» (penados de régimen ordinario y media peligrosidad), la «Casa circondariale» (custodia atenuada y régimen semilibertad) y la «carcere».

# El Derecho Penitenciario Humanitario

CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE

Profesora Contratada Doctora (TU Acreditada)  
Universidad de Castilla-La Mancha

## RESUMEN

*La garantía de la vida e integridad de los internos en prisión fue una de las preocupaciones de la LOGP que ahora cumple 40 años. El presente trabajo aborda el doble escenario al que tal compromiso obliga: la garantía del derecho a una asistencia adecuada en prisión y la articulación de mecanismos de excarcelación por motivos humanitarios. El estudio se complementa con un análisis crítico del modelo de gestión sanitaria existente y de las necesidades para la tutela de la salud de las personas privadas de libertad en igualdad de condiciones que el resto de la población.*

*Palabras clave: dignidad; asistencia sanitaria; tercer grado humanitario; libertad condicional humanitaria; modelo de gestión sanitaria*

## ABSTRACT

*Ensuring a dignified living and the integrity of inmates was one of the main goals of the Spanish LOGP, which has now been in force for 40 years. This paper tackles the twofold scenario required by the said commitment: guaranteeing the right to an appropriate assistance of prisoners as well as the release on humanitarian grounds. This work is supplemented by a critical review of the existing healthcare management model as well as of the needs to take care of inmates on an equal footing with non-prisoners.*

*Key words: dignity; dignified living; healthcare; third-degree imprisonment on humanitarian grounds; parole on humanitarian grounds; healthcare management model.*

SUMARIO: 1. El derecho a la vida y a la salud en el marco de un cumplimiento digno de la pena.–2. Gestión de la enfermedad y la ancianidad dentro de la prisión. 2.1 El derecho a la asistencia sanitaria. 2.2 Infraestructura asistencial.–3. Alternativas al cumplimiento en prisión de las personas enfermas o mayores. 3.1 Alternativas a la prisión preventiva: arresto domiciliario. 3.2 Alternativas en sentencia: suspensión de la pena por razones humanitarias. 3.3 Alternativas en la ejecución penal. 3.3.1 El tercer grado y la libertad condicional humanitarias. A) Una cuestión previa: la difícil determinación de los presupuestos de aplicación. B) Tercer grado. C) Libertad condicional. 3.3.2 Otros mecanismos de clasificación: principio de flexibilidad y salidas tratamentales. 3.3.3 ¿Las medidas de expulsión contra extranjeros como medida humanitaria?–4. La gran cuestión pendiente: la gestión de la sanidad penitenciaria y la dotación de suficientes medios personales y materiales. 4.1 Competencias. 4.2 La falta de suficiente personal médico y su estatus.

## 1. EL DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD EN EL MARCO DE UN CUMPLIMIENTO DIGNO DE LA PENA

Cuando se celebran cuarenta años de la aprobación de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), se puede afirmar que el modelo de ejecución penitenciaria que diseñó el legislador sigue siendo un ejemplo de legislación progresista y humanitaria. Cuándo y cómo fue adoptada también evidencia una dimensión más allá de lo simbólico: ser la primera ley tras la entrada en vigor de la Constitución española (CE) –y aprobada por aclamación en el Congreso– y su rango de Ley Orgánica reconociendo su dimensión en el desarrollo de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad reconocidos en la Carta Magna reflejan el compromiso del pueblo español con las prisiones (1). Además, no debe olvidarse, la LOGP llegó en uno de los peores momentos de la historia penitenciaria española (2).

Sobre los cimientos firmemente asentados por la CE en su art. 15, con el derecho a la vida e integridad física y moral y la proscripción de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, y en el art. 25.2, con la constitucionalización de los derechos fundamentales

(1) GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1995, p. 17.

(2) GARCÍA VALDÉS, C.: *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 110.

de las personas privadas de libertad, y bajo el presupuesto de la dignidad de la persona como fundamento del orden político de su art. 10, la LOGP establece como uno de sus principios generales en su art. 3 que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena» afirmando a renglón seguido en cuarto punto que «la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y la salud de los internos».

Como recuerda el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 48/1996, de 25 de marzo, los derechos a la vida y a la integridad física y moral del art. 15 CE, soporte existencial del resto de derechos, tienen un carácter absoluto, siendo la primera consecuencia la imposibilidad de verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, habiendo sido excluidas de nuestro Ordenamiento la de muerte y la tortura y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes y los trabajos forzados. Pero junto a ello, «la Administración penitenciaria no solo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición respetuosa, negativa pues, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de su libertad» (FJ 2).

En consecuencia, la tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral en la prisión bajo el paradigma del principio de respeto a la dignidad humana en la ejecución penitenciaria exige una actuación activa de la Administración penitenciaria en los distintos frentes en los que puede producirse un menoscabo para la vida o salud de los internos. Ese deber del Estado va más allá de la simple prevención de los tratos crueles, inhumanos o degradantes –ya vengan de los funcionarios, otros internos o incluso de ellos mismos–, pues se proyecta tanto en la obligación de articular un sistema con condiciones de encarcelamiento apropiadas, como en el establecimiento de los medios adecuados para proteger específicamente la salud de las personas privadas de libertad (3), salud que, como ha señalado el TC, queda comprendida en el derecho a la integridad personal (4) además de su reconocimiento en el art. 43.1 CE. Pero más allá, y en relación con el principio de humanidad en las penas y vinculado íntimamente con los fines que a ellas se les asignan, implica la actuación humanitaria en los casos en los que la continuación de la privación de libertad, por el padecimiento de una enfermedad grave, el

---

(3) VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S.: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria europea*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 235 a 237.

(4) Así, por ejemplo, en la STC 35/1996, de 11 de marzo.

riesgo vital o incluso la edad muy avanzada, puede suponer un riesgo para la vida y un atentado contra la dignidad del sujeto que la sufre.

Por tanto, ese deber positivo del Estado de velar por la vida y la salud de los reclusos actúa en ese doble escenario que es objeto de análisis en este trabajo y que conforma una suerte de Derecho penitenciario humanitario: la garantía del derecho a una asistencia sanitaria adecuada en prisión y la articulación de mecanismos de excarcelación por motivos humanitarios.

El primero exige la configuración de un modelo adecuado de asistencia sanitaria que permita, en condiciones de igualdad respecto al resto de la población, la atención de la población reclusa penitenciaria, que es un colectivo especialmente vulnerable también en materia de salud. El TC ha ligado ese deber de la Administración de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, impuesto en el art. 3.4 LOGP, al marco de la relación de sujeción especial que surge entre ambos actores con el ingreso del interno en un establecimiento penitenciario (5). Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en diversas sentencias ha entendido que un servicio médico inadecuado puede llegar a vulnerar el art. 3 CEDH al suponer un trato inhumano o degradante (6) o incluso el art. 2 CEDH, el derecho a la vida, si hay una relación directa entre la falta de asistencia médica administrada a la persona privada de libertad y su muerte (7).

Pero la dignidad humana, en su relación con el derecho a la vida y la salud, también puede verse cuestionada de continuarse con la privación de libertad cuando un recluso se encuentre en una situación

---

(5) Relación de especial sujeción que, en palabras del TC, «origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo», obligación que le ha llevado a justificar la limitación del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, autorizando la alimentación forzosa, si está justificada en la necesidad de preservar el bien de la vida humana y siempre que se realice de una manera respetuosa con la dignidad humana (SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio y 67/1991, de 22 de marzo).

(6) Así, por ejemplo, en STEDH 26 de octubre de 2000, caso Kudla vs. Polonia, afirma que, en virtud del art. 3 CEDH, «el Estado debe velar porque una persona sea detenida en condiciones compatibles con el respeto a su dignidad humana, porque la forma y el método de ejecución de la medida no la sometan a angustias o privaciones de libertad de una intensidad que exceda del nivel ineludible de sufrimiento inherente a la privación de libertad y porque, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente garantizados, entre otras cosas, mediante la prestación de la asistencia médica necesaria».

(7) STEDH de 14 de diciembre de 2006, Tarariyeva vs. Rusia ante el caso de una muerte bajo custodia por una inadecuada y defectuosa asistencia médica, sin haber sido identificado y castigado el responsable de la misma.

excepcional, donde no es posible que obtenga una asistencia médica adecuada en la prisión o si su estado, por su gravedad o incluso en fase terminal, pueda verse agravado con el mantenimiento del encarcelamiento. Así lo ha entendido también el TEDH quien ha reconocido que aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene ninguna disposición referida a la excarcelación de las personas privadas de libertad cuando están enfermas o tienen una edad muy avanzada y que su art. 3 no puede interpretarse como una obligación general de poner en libertad a los detenidos por motivos de salud, no puede descartar que la privación de libertad de una persona enferma con problemas de salud pueda plantear problemas en virtud del art. 3 CEDH cuando no sea posible atenderla en condiciones adecuadas a la dignidad (8) o cuando el estado de salud sea incompatible con la privación de libertad (9). Por ello ha afirmado que en circunstancias particularmente graves pueden surgir situaciones en las que la correcta administración de la justicia penal requiera la adopción de medidas humanitarias para evitar que un interno sea sometido a modalidades de ejecución que excedan del nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención (10). Para evaluar si el mantenimiento de una persona, por su edad y enfermedad, en una situación de privación de libertad es incompatible con el art. 3 CEDH deberán ser tenidos en cuenta, señala el TEDH, tres elementos: la condición de la persona privada de libertad, la calidad de la atención prestada y la conveniencia de mantener la detención habida cuenta del estado de salud del solicitante (11).

---

(8) STEDH de 10 de julio de 2001, caso Price contra Reino Unido.

(9) STEDH 14 de noviembre de 2002, caso Mouisel vs. Francia, párrafos 38 y ss.

(10) STEDH 14 de noviembre de 2002, caso Mouisel vs. Francia, párrafo 40.

(11) STEDH 2 de diciembre de 2004, caso Farbutus vs. Letonia, párrafo 53.

Si bien no es una circunstancia prevista en las Reglas Penitenciarias Europeas (RPE), la posibilidad de utilizar mecanismos humanitarios en respuesta a los internos enfermos con un pronóstico de desenlace fatal en un breve período de tiempo sí se recoge en la Recomendación N (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los aspectos éticos y organizativos de la asistencia sanitaria en prisión al referirse al traslado a unidades hospitalarias fuera de la prisión –decisión que debe ser adoptada solo en base a criterios médicos– o bien a la posibilidad de un indulto o libertad condicional por motivos médicos (párrafo 51). También el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes (CPT) en sus estándares sobre asistencia sanitaria entiende que hay una categoría de internos que no son aptos para continuar en una situación de privación de libertad. La conforman aquellos cuyo pronóstico a corto plazo es fatal, aquellos que están sufriendo una enfermedad grave que no puede ser tratada adecuadamente en la prisión y aquellos que sufren una grave discapacidad o una edad avanzada. En estos casos, la continuación de la privación de libertad puede crear una situación intolerable. CPT/Inf (93) párrafo 70. Recientemente el Parlamento de la UE, en su Resolución de 5 de octubre de 2017 sobre condiciones y sistemas penitenciarios, lamenta que algunos Esta-

Ello guarda estrecha relación con la legitimidad de la privación de libertad en tanto esta es proporcionada y adecuada para garantizar el fin de protección de la sociedad. En este sentido el TC español ha señalado, al referirse a la libertad condicional humanitaria de quienes padezcan una enfermedad muy grave, que los valores constitucionales implicados en esta situación límite que le sirven de fundamento a esta figura, que no es sino el riesgo que para su vida y su integridad física puede suponer la permanencia en el recinto carcelario, responden no a una *pietatis causa* sino a «criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales». En concreto, se trata de dirimir 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 todo lo 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» (F. J. 2).

La legislación penitenciaria española ha sido particularmente sensible en la respuesta ante ambas dimensiones del derecho a la salud de los internos en prisión, la obligación activa del Estado en la prestación de una asistencia sanitaria adecuada y la necesaria habilitación de mecanismos de naturaleza humanitaria que permitan la excarcelación cuando la permanencia en prisión supone un riesgo evidente para la salud. Precisamente porque la asistencia sanitaria es una de las materias que tradicionalmente han sido más deficientes en la historia penitenciaria (12) y que la evolución hacia una sanidad penitenciaria mejor ha corrido paralela a la progresiva humanización de la ejecución de la privación de libertad (13), la garantía de una asistencia sanitaria equiparable a la del resto de los ciudadanos fue uno de los pilares de la reforma penitenciaria emprendida por García Valdés y materializada en la LOGP de 1979 (14). Y también en la normativa penitenciaria debemos encontrar el origen de la regulación de las figuras

---

dos miembro no tengan en cuenta la situación vulnerable de los reclusos de edad avanzada y con discapacidad, instando a que se garantice la puesta en libertad de los internos de edad avanzada que queden incapacitados, que se facilite la infraestructura necesaria para los reclusos con discapacidad y que se considere la posibilidad de revisar por razones humanitarias las condenas de los presos que estén gravemente enfermos, previa autorización judicial y teniendo en cuenta el grado de peligrosidad de los presos y el dictamen de un comité de expertos (puntos 23 y 44).

(12) GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, ob. cit., p. 111.

(13) DEL RÍO Y PARDO, F.: «La asistencia sanitaria». *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI. Vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, p. 521.

(14) GARCÍA VALDÉS, C.: *Estudios de derecho penitenciario*, ob. cit., p. 138.



humanitarias, en concreto del tercer grado y de la libertad condicional, aunque posteriormente dieran su salto al Código penal (CP) (15).

## 2. GESTIÓN DE LA ENFERMEDAD Y LA ANCIANIDAD DENTRO DE LA PRISIÓN

### 2.1 El derecho a la asistencia sanitaria

La LOGP, en su Capítulo III del Título II, articula la prestación sanitaria sobre tres pilares: la asistencia, los recursos materiales y los recursos personales (16). La asistencia sanitaria tiene un carácter integral y está orientada a la prevención, curación y rehabilitación, con especial atención en la prevención de las enfermedades transmisibles (art. 207.1 RP) pues, por el hacinamiento y las condiciones de detención, la prisión es un lugar especialmente propicio para su propagación.

Esa dimensión integral tiene una primera manifestación en la cobertura total que debe garantizar la Administración penitenciaria, ya por medios propios o ajenos concertados con las administraciones sanitarias correspondientes. Ello incluye la atención primaria, que se dispensará con medios propios de la Administración penitenciaria o ajenos concertados por la misma y para los que los establecimientos contarán con un equipo sanitario de atención primaria y, en su caso, de servicios periódicos de ginecología y pediatría; la asistencia especializada, que se asegurará preferentemente a través del Sistema Nacional de Salud (17); y la prestación farmacéutica y prestaciones complementarias básicas, que se harán efectivas por la Administración peni-

---

(15) Es el caso del tercer grado humanitario, contemplado en el art. 104.4 RP 1996 y que recientemente se ha incorporado al art. 36.3 CP en la reforma del 2015 y de la libertad condicional humanitaria que, si bien se introdujo, y solo para los septuagenarios, en RD 22 de marzo de 1932 en la II República, fue eliminado en 1936. Tras ser recogido nuevamente por el Reglamento de Servicio de Prisiones de 1948, se incorporó la modalidad de enfermedad grave en la reforma penitenciaria de 1977 por el RD 2273/1977, de 29 de julio y, posteriormente quedó regulado en art. 60 RP de 1981. Es en el CP de 1995 cuando se recoge en su art. 92.

(16) Sobre los últimos dos aspectos, véase infra.

(17) Y que en el caso de las consultas de mayor demanda se tratará de prestar en el interior de los establecimientos, con el fin de evitar las excarcelaciones. De tratarse de asistencia especializada en régimen de hospitalización, se realizará en los hospitales designados por la autoridad sanitaria, salvo en casos de urgencia justificada, que se llevará a cabo en el hospital más próximo al establecimiento.

tenciaria salvo en el caso de medicamentos de uso hospitalario o de productos no comercializados en España (art. 208 y 209 RP) (18).

En segundo lugar, se manifiesta en la garantía de una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población (art. 208.1 RP). De esta manera, y proyección directa de los derechos a la igualdad y a la no discriminación contemplados en el art. 14 CE y en el art. 3 LOGP, en esa relación de sujeción especial la Administración penitenciaria está obligada a garantizar la salud en igualdad de condiciones respecto al resto, no debiéndose admitir en este sentido diferencias de acceso a las prestaciones en función de la CCAA de la que se trate y de sus correspondientes catálogos de servicios e incluso, más allá, como en el caso de los extranjeros y por la priorización del derecho a la vida e integridad física contemplado en el art. 15 CE frente al estatus jurídico del interno, garantizándole prestaciones que pueden incluso serles negadas en una situación de libertad por la regulación de extranjería debido a su condición administrativa.

Y, por último, esa garantía integral puede implicar, también derivada de esa relación de especial sujeción, la actuación asistencial incluso en contra de la voluntad del interno en protección de su vida o integridad física. De ahí que el art. 210 RP contemple la posibilidad de asistencia obligatoria en casos de urgencia vital, pudiéndose imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado si la intervención médica es estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente o si, de no hacerlo, supone un peligro evidente para la salud o vida de terceras personas, dando cuenta de ello a la autoridad judicial. Fuera de estas situaciones, se requerirá el consentimiento del paciente, igual que para la participación en investigaciones médicas (art. 211 RP) así como se garantizará la confidencialidad de los datos clínicos y de la información sanitaria (art. 215 RP).

---

(18) La entidad de esta asistencia queda patente en las cifras. En el año 2017, la actividad asistencial de atención primaria se concretó en 4.806.653 actividades asistenciales (sin contabilizar el centro de Tenerife), siendo de ellas 771.228 consultas de medicina general, 3.835.453 actividades de enfermería y 199.966 urgencias. Se produjeron 20.386 ingresos en camas de enfermería de los centros penitenciarios –8.850, un 43.3%, por patología psiquiátrica–. En cuanto a la actividad asistencial de atención especializada, en 2017 tuvieron lugar 117.012 consultas de atención especializada: 68.49 dentro de los centros penitenciarios, 1.228 por el procedimiento de telemedicina y 47.295 en el exterior, en centros sanitarios de la red pública. Por especialidad, las más demandadas fueron: odonto/estomatología, psiquiatría. Después, en menor número, le siguen traumatología, cirugía, óptica, digestivo, oftalmología, urología, enfermedades infecciosas, otorrinolaringología, medicina interna, ginecología o dermatología. *Informe General 2017*, Ministerio del Interior, 2018, p. 154 a 159.

La asistencia médica se despliega desde el mismo momento del ingreso del interno en prisión (19). Así, ya se trate de detenidos y presos, ya de penados, el RP establece que deberán ser examinados por el médico a la mayor brevedad posible (art. 20), en concreto dentro de las primeras 24 horas a partir del ingreso, procediéndose tras el reconocimiento a la apertura de una historia clínica, cuyos datos, que tendrán carácter confidencialidad y de los que los internos tendrán derecho a ser informados de forma clara y comprensible, serán accesibles únicamente para el personal autorizado (arts. 214 y 215).

Esa cobertura sanitaria pública puede ser, a su vez, implementada por el interno a través de la asistencia sanitaria privada. Por ello la LOGP prevé que los internos puedan solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las Instituciones Penitenciarias (IIPP), si bien permite la posibilidad de limitar tal derecho por razones de seguridad (art. 36.3) (20). En nuestra opinión, y salvo casos muy excepcionales, deberían primar los derechos a la salud y a la libre elección de tal manera que, siempre que sea posible, se anulen o minimicen al máximo esas razones de seguridad a través de los mecanismos preventivos correspondientes por parte de la Administración penitenciaria, evitando en todo caso exclusiones por categorías (FIES, primer grado, tipología delictiva, ...). En este sentido, el RP prevé que el médico, cuya presencia haya sido solicitada a la Dirección del centro por algún interno para la realización de las funciones de su profesión, pueda ser autorizado para comunicar con él en un local apropiado (art. 49.5).

Íntimamente relacionado con la asistencia sanitaria se encuentran las prestaciones de la Administración penitenciaria en materia de alimentación o de higiene. Respecto a la primera, la LOGP garantiza que la Administración proporcione a los internos una alimentación controlada por el médico y que responda, en cantidad y calidad, a las normas dietéticas y de higiene teniendo en cuenta, entre otros criterios, el estado de salud de los internos (art. 21.2) (21). El RP concreta que la alimentación deberá responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria y a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres y, en la medida de lo posible, convicciones perso-

---

(19) Conforme a lo establecido en el art. 40 de la LOGP, la asistencia médica y sanitaria está asegurada por el reconocimiento inicial de los internos que ingresan en prisión, así como por los sucesivos reconocimientos que se realicen.

(20) Solicitud que debe ser aprobada por el Centro Directivo, salvo cuando razones de seguridad aconsejen limitar tal derecho (art. 212.3 RP).

(21) Asimismo se garantiza el acceso a agua potable a todas horas (art. 21.2 LOGP).

nales y religiosas (art. 226). De hecho, entre los diferentes menús que, a diario, se ofrecen en los establecimientos penitenciarios, se incluye un menú blando para aquellas personas que por su condición física o edad tengan problemas de masticación (22). En cuanto a la segunda, la higiene se garantiza tanto en lo referido a la satisfacción de las dependencias en las que habiten los internos de las necesarias condiciones de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción, como en cuanto a su limpieza y mantenimiento (art. 19.2 LOGP). Asimismo, y en relación a la exigencia de un cuidadoso aseo personal por los internos, la Administración facilita gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo diario necesario (art. 19.3 LOGP); es el caso de servicios como el de lavandería (art. 224 RP), la dotación de ropas de vestir adecuadas en el caso de no disponer de las mismas (art. 20 LOGP), de la dotación de la ropa de cama o de la distribución periódica de los lotes higiénicos (art. 222 RP).

## 2.2 Infraestructura asistencial

Una adecuada prestación sanitaria que garantice el derecho a la salud de las personas ingresadas en un establecimiento penitenciario requiere una importante infraestructura asistencial, tanto en lo referido a localizaciones como en la dotación de medios materiales. Sobre los imprescindibles recursos personales nos ocuparemos al final de este trabajo.

La necesidad de una atención adecuada mediante una infraestructura específica queda patente en la clasificación de establecimientos penitenciarios realizada por el legislador en 1979, al diferenciar los establecimientos especiales de los establecimientos de preventivos y de los de cumplimiento de penas (arts. 7). En estos establecimientos especiales, como expresamente señala el art. 11 de la Ley (23), prevalece su carácter asistencial, siendo de tres tipos: los centros hospitalarios, los centros psiquiátricos y los centros de rehabilitación social.

---

(22) A ello se refiere expresamente el Protocolo de Atención Integral a la Ancianidad en el Medio Penitenciario cuando, tras señalar que la alimentación diaria es uno de los acontecimientos más relevantes de su jornada, se revisará la dieta para los ancianos de forma que no solo contemplen sus necesidades nutritivas sino, sobre todo, la variación (sabor, textura y presentación), solicitando para la confección de la dieta su opinión.

(23) Cuyo carácter autónomo, tanto respecto al resto de establecimientos penitenciarios, como de las dependencias destinadas a la asistencia sanitaria en estos últimos, quiso dejar patente el legislador penitenciario en este art. 11, como subraya LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «Los establecimientos penitenciarios». *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo VI, vol. 1.º, Edersa, 1983, p. 218.

Sin embargo, esta adecuada clasificación de los centros se ve desbordada por las acuciantes necesidades del sistema penitenciario; en un primer momento, tras la aprobación de la LOGP, ante la necesidad de superar la penosa situación en las que se encontraban los viejos centros penitenciarios, particularmente tras los convulsos momentos vividos en las prisiones durante la transición, y adecuar las infraestructuras a las exigencias de la LOGP (24). Y a partir de la década de los noventa del siglo pasado, como acelerada respuesta ante una imparable –al menos hasta finales de la primera década del siglo XXI– población penitenciaria, fruto del severo endurecimiento del CP en materia de penas y su ejecución, lo que llevó a la priorización de establecimientos como los Centros Tipo que permitieran mitigar la sobrepoblación, en concreto, la tasa de sobreocupación, con la construcción de centros de grandes dimensiones que, en caso de duplicación de celdas a través de literas, pudiesen albergar cerca de 1800 internos.

En este proceso en dos tiempos que tiene la creación de la infraestructura penitenciaria actual (25), seguramente no sea aventurado afirmar que los establecimientos penitenciarios a los que se refiere el art. 11 LOGP quedan, si no relegados, sí en un segundo plano.

Son solo dos los Hospitales Psiquiátricos los existentes por el momento en el territorio dependiente de la Administración General del Estado (AGE) (26), habiéndose además restringido reglamentariamente para el cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de

---

(24) Sobre ello GARCÍA VALDÉS, C.: *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 130 y ss. Más recientemente véase: «La reforma penitenciaria en la transición democrática (1)». *ADPCP*, vol. LXIX, 2016, p. 34.

(25) A través del Programa de construcciones y medios instrumentales de la Administración penitenciaria puesto en marcha durante los años 1980-1983 y, en la segunda etapa, a través del Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado el 5 de julio de 1991 y posteriormente ampliado hasta 2012. Más detenidamente sobre ambos, TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Edisofer, Madrid, 1998, pp. 123 y ss.

(26) El RP de 1981 (art. 56) diferenciaba en los centros psiquiátricos entre sanatorios psiquiátricos para psicóticos o enfermos mentales en sentido estricto, centros para deficientes mentales y establecimientos para psicópatas. Como recuerda GARCÍA VALDÉS, C., los establecimientos especiales existentes tras la aprobación de la LOGP y el primer RP de 1981 eran el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario de Madrid, el Hospital General Penitenciario y Departamento de Toxicómanos de Madrid, Huesca y la prisión psiquiátrica de Alicante como establecimientos para psicópatas y casos del art. 10 LOGP con anomalías de la personalidad, León para «deficientes mentales» y Segovia para ebrios y casos de ayuda psiquiátrica. «Introducción. Derecho penitenciario español: notas sistemáticas», *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo VI, vol. 1.º, Edersa, 1983, p. 11.

libertad (art. 183 RP) (27). No se han previsto –ni articulado unidades específicas– para la atención del problema de la enfermedad mental en prisión (28). Si bien el RP se refiere en la regulación de sus especificidades a establecimientos o unidades psiquiátricas, estas últimas no se han puesto en marcha (29). Urge en este sentido la necesidad de una dotación suficiente, tanto de infraestructura como de personal, para la atención adecuada de las personas con enfermedad mental mediante la construcción de centros o bien con la previsión de unidades especializadas dentro de los ya existentes.

Por otro lado, no se han configurado centros de rehabilitación social de carácter público tal y como señala el art. 11 LOGP. En lugar de la articulación de centros específicos para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el CP (30), el RP

---

(27) El ingreso en los mismos no lo determina la Administración penitenciaria, sino los Jueces o Tribunales correspondientes, ante tres posibles situaciones: la observación de detenidos o presos con patología psiquiátrica para la emisión del oportuno informe de acuerdo con la LECRim; la ejecución de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario o la imposición de una medida de seguridad por el tribunal sentenciador en casos de penados con enfermedad mental sobrevenida conforme al art. 60 CP (art. 184 RP).

(28) Evidentemente insuficientes para atender a uno de los grandes problemas en prisión: la enfermedad mental grave. En concreto, se trata del Hospital Psiquiátrico de Alicante –Foncalent– (1983) –capacidad máxima de 371 camas– y del Hospital Psiquiátrico de Sevilla (1990), –capacidad máxima de 158 camas–, que se limitan al estudio de pacientes en situación preventiva o al cumplimiento de medidas de seguridad impuestas a inimputables. Según datos del último informe anual disponible, en 2017 se produjeron 225 ingresos en hospitales psiquiátricos y 154 altas. *Informe General 2017*, ob. cit., p. 158. Más detenidamente sobre el modelo elegido y sus problemas en la práctica psiquiátrica penitenciaria: BARRIOS FLORES, L.: «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrica penitenciaria». *Revista de la Asociación española de Neuropsiquiatría* n.º 100, 2007, pp. 474 y ss; y «La internación psiquiátrica por razón penal en España: ejecución de la medida en el ámbito penitenciario». *Revista Criminalidad* n.º 57 (1), 2015, pp. 55 y ss.

(29) Optándose por la intervención sobre los enfermos mentales graves o crónicos existentes en cada centro penitenciario a través del Programa Marco de atención integral a enfermos mentales (PAIEM).

(30) La excepción se encuentra en el caso de la discapacidad; para la ejecución de las medidas de seguridad impuestas para sujetos que sufren una discapacidad intelectual o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o infancia (arts. 20.1 y 20.3 CP) se han articulado módulos específicos de ejecución en el centro penitenciario Madrid VII (Estremera) y en el centro penitenciario de Segovia. De todas maneras, a estas unidades también son destinados internos penados que presentan una discapacidad, no manteniéndose la necesaria separación entre penados e inimputables que cumplen una medida de seguridad. Sobre las particularidades de estos módulos véase: BARTOLOMÉ SANZ, M. J., ROCA POVEDA, M.: *Intervención penitenciaria con discapacitados intelectuales. El módulo de discapacitados del Centro Penitenciario de Segovia*. Documentos Penitenciarios 8. Ministerio del Interior, 2009.

optó por la derivación a la celebración de convenios con otras Administraciones públicas o con entidades colaboradoras (art. 182.3). Esa derivación se prevé también para penados que necesiten un internamiento en un centro de deshabitación de drogodependencias u otras adicciones, previa clasificación instrumental en tercer grado, para facilitar el ingreso en una institución extrapenitenciaria pública o privada para seguir un programa de deshabitación (art. 182.1 RP).

Y en el caso de los hospitales, por una cuestión de racionalidad económica (31), se ha optado por la construcción de unidades de custodia en hospitales públicos que posibiliten el ingreso adecuado en estos (32), con las exigencias necesarias de seguridad para garantizar su guarda y custodia, de los internos que requieran una asistencia sanitaria que exceda de la que puede ofrecerse en la enfermería del centro penitenciario (33). El ingreso hospitalario de un interno se realiza, a petición razonada del médico responsable al Director del centro, previa autorización del Centro Directivo, dándose cuenta del ingreso al Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) en el caso de penados o a la Autoridad Judicial de la que dependan si se trata de detenidos o presos. Corresponde la vigilancia y custodia de los detenidos, presos y penados en centros sanitarios no penitenciarios de manera

---

(31) Como señala NISTAL BURÓN, J., el RP no ha desarrollado este tipo de centros, que suponían un elevado coste y que no podrían alcanzar los niveles de prestación que pueden alcanzarse en los centros de la red pública sanitaria, habiéndose optado por orientar la prestación sanitaria a través de la colaboración con las Administraciones sanitarias competentes. «Los establecimientos penitenciarios». *Derecho Penitenciario: Enseñanza y aprendizaje*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 95.

(32) Así, entre 1992 y 2015 se construyeron más de 38 Unidades de Custodia, con más de 150 habitaciones, en distintos hospitales ubicados a lo largo de toda la geografía española. Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios: *Infraestructuras Penitenciarias*, Ministerio del Interior, Madrid, 2013, p. 6. Se trata de Unidades de Acceso Restringido (UAR) habilitadas en los hospitales de referencia de la red pública y cuyas obras de acondicionamiento han sido costeadas por la Administración penitenciaria. En concreto, puede verse su ubicación, así como el número de habitaciones y camas disponibles en el último informe del año 2017 de Instituciones Penitenciarias, p. 150 y ss.

(33) En los datos disponibles de 2017 para el territorio AGE (de los que se excluyen los de los centros del País Vasco por estar transferidas las competencias en materia de sanidad penitenciaria), se puede ver la magnitud de esta asistencia. Así, se produjeron 4.042 ingresos en hospitales públicos, con una frecuencia de 83.3 ingresos por cada 1000 internos al año, estando ingresados al día un promedio de 57.4 internos. 4064 fueron las altas realizadas, siendo la estancia media de 5.2 días. Las causas más frecuentes de ingreso hospitalario han sido las enfermedades del aparato digestivo (34% de las altas) –alta incidencia que se explica por la alta prevalencia de infección por virus de la hepatitis C, en un 16.7% de los internos– y las enfermedades del aparato respiratorio (10.3% de las altas), siendo también relevante la infección VIH (con y sin tuberculosis): 2.8% de las altas. *Informe General 2017*, ob. cit., pp. 161 y 162.

exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes, que serán quienes establezcan las condiciones de vigilancia, custodia e identificación de las personas que puedan acceder a la dependencia en la que se encuentren (art. 218) RP).

Una tercera posibilidad es que la asistencia sanitaria se concrete no en un ingreso si no en la realización de una consulta médica o de una prueba diagnóstica en un centro sanitario externo, ya público, ya privado. En este caso, el servicio médico lo comunicará al Director para que disponga lo oportuno (34).

Asimismo, como ya señalamos, la prestación de la asistencia sanitaria primaria se realiza prioritariamente dentro de los centros penitenciarios. Para ello, como señala la LOGP en su art. 37, todos los establecimientos estarán dotados de una enfermería, con un número suficiente de camas y estarán provistas del material clínico, del instrumental adecuado y de los productos farmacéuticos básicos para realizar curas de urgencia e intervenciones dentales (35). Contarán además con una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos y de una unidad para enfermos contagiosos (36). Estas instalaciones se rigen por normas específicas elaboradas por el Consejo de Dirección y aprobadas por el Centro Directivo, a propuesta de la unidad sanitaria, atendiendo exclusivamente a criterios médicos (art. 214.2) (37).

Pero no solo debe existir una adaptación de la infraestructura y de los medios materiales para los internos enfermos. Es necesario subrayar que la exigencia de una infraestructura y dotación adecuada también es una de las prioridades en la atención de las personas mayores en prisión. Las necesidades que plantea este colectivo requieren una

---

(34) En el caso de que se trate de un traslado a consultas o centros privados será preceptiva la previa comunicación al Centro Directivo (art. 218.4 RP).

(35) En datos del último informe publicado por Instituciones Penitenciarias, los centros penitenciarios ordinarios cuentan con más de 2.600 camas en los departamentos de enfermería. *Informe General 2017*, ob. cit., p. 147.

(36) El RP de 1996, en su art. 213, no se refiere en cambio a estos dos últimos, sustituyendo tal referencia por la previsión de que se dispongan de «habitaciones destinadas al aislamiento sanitario de los pacientes que lo precisen». Tanto la Ley (art. 38) como el RP (art. 213) añaden que en los departamentos de mujeres debe contarse con instrumental de obstetricia para el tratamiento de las mujeres embarazadas o que acaben de dar a luz y se encuentren convalecientes, así como para atender lo que debe ser una situación excepcional, tal y como prevén ambos textos: la atención de partos dentro de la prisión «cuya urgencia no permita que se realicen en hospitales civiles» (art. 38.1 LOGP).

(37) Siendo los servicios sanitarios del centro los responsables del control de la higiene de estas dependencias, así como de la custodia de medicamentos cuya ingestión sin control médico represente un riesgo para la salud (art. 214.3 y 4 RP).



intervención integral en los distintos aspectos de la vida en prisión, regimentales, tratamentales y sanitarios (38), que encuentra como primera dificultad el hecho de que en casi todos los centros penitenciarios hay personas mayores y la opción de ubicarlos en uno o varios centros adecuados para sus especificidades supone, en la mayoría de los casos, una penalidad añadida al alejarlos de sus familias y su entorno social (39). Ante esta situación, la Administración penitenciaria ha optado por una doble vía: por un lado, con el fin de acoger a las personas mayores que carecen de vinculación familiar o tienen debilitadas sus redes ordinarias de asistencia, se puso en marcha un programa específico de atención integral que, de forma experimental, comenzó –y continúa en la actualidad– en el centro penitenciario de Alcázar de San Juan (40) (eso sí, solo con hombres). Y, por otro, se prevé la adopción de medidas concretas, incorporadas bajo el Protocolo de Atención Integral a la Ancianidad en el Medio Penitenciario (41), que sean tenidas en cuenta por todos los centros penitenciarios en los que haya personas mayores (42). Entre las medidas referidas a la ubicación, condiciones de habitabilidad y dotación ahí recogidas se señala la necesidad, en primer lugar, de que el equipo directivo de cada centro realice un análisis de las barreras y dificultades de cada centro en relación a la población de ancianos que acoge. En segundo lugar, y en cuanto a la ubicación residencial de personas mayores, se establece que debe ser la más idónea para facilitar su movilidad (43),

---

(38) Más detenidamente sobre las mismas, véase el estudio de YAGÜE OLMOS, C. (Coord): *Análisis de la ancianidad en el medio penitenciario*. Ministerio del Interior, Madrid, 2009.

(39) Así lo señala GALLIZO LLAMAS, M.: *Penas y personas: 2810 días en las prisiones españolas*. Debate, Madrid, 2013, pp. 113 y 114.

(40) Así lo recoge expresamente la Instrucción 8/2011, sobre Atención Integral a las Personas Mayores en el Medio Penitenciario, que recoge un Protocolo de atención integral a la ancianidad en el medio penitenciario. La finalidad de este modelo, puesto en marcha de forma experimental en este centro, es la de mejorar los procedimientos que deben llevarse a cabo en el resto de establecimientos con este tipo de población mayor.

(41) Incluido en la Instrucción 8/2011 sobre Atención integral a las personas mayores en el medio penitenciario.

(42) Según el *Informe General 2017* en este año el 33.1% de los internos ancianos residían en la enfermería (151), el 55.5% en un módulo ordinario (253), el 3.3% en un departamento específico habilitado (15), el 2.9% en dependencias de medio abierto (y un 5.3%, con 24 internos, N/C). Ob. cit., p. 116.

(43) Preferentemente en módulos sin escaleras o en las primeras plantas y en las celdas, con posibilidad de acceso inmediato a un aseo, ventilación suficiente y con la asignación de la cama inferior en el caso de existir literas. En el caso del centro penitenciario de Alcázar de San Juan se han dotado de un ascensor para facilitar la movilidad de los internos.

adecuando el mobiliario y equipamiento a sus necesidades, procurando que dispongan de elementos y aparatos adecuados para sus exigencias en cuanto a movilidad, seguridad y rehabilitación, así como flexibilizando la lista de objetos permitidos. Una adecuada dotación de la infraestructura penitenciaria debería evitar la práctica habitual que muchos centros tienen respecto a estas personas mayores, que acaban cumpliendo en numerosas ocasiones en la enfermería del centro (44), lo que los aísla más de la vida en el centro y de las necesarias actividades no solo tratamientos sino de gestión de ocio. En este sentido no debe olvidarse que el hecho de que los centros penitenciarios deban disponer de los medios adecuados para garantizar la asistencia sanitaria adecuada ante necesidades particulares, no son ni centros hospitalarios ni psiquiátricos y, por tanto, el cumplimiento de una medida cautelar como la prisión provisional o de las penas privativas de libertad no deben implicar el cumplimiento anormal en una localización como la enfermería, más allá del tiempo requerido para la prestación sanitaria que, en su caso, el interno requiera. La mayor protección de un interno ante una situación de vulnerabilidad (por amenazas en el módulo, por su edad, ...) debe ser realizada a través de otros mecanismos, ya regimentales, ya referidos a la clasificación adecuada.

El tercer colectivo que requiere revisar la accesibilidad del módulo y centro en el que se encuentre es el de las personas que presentan una discapacidad física y orgánica. Así lo recoge el Protocolo de actuación para personas con discapacidad en el medio penitenciario de IIPP de 2018, añadiendo que en todo caso podrán utilizarse recursos y productos de apoyo que faciliten el itinerario a lugares como los comedores, escuela, biblioteca, etc, como a través de rampas móviles en caso de ausencia de ascensores (45).

### 3. ALTERNATIVAS AL CUMPLIMIENTO EN PRISIÓN DE LAS PERSONAS ENFERMAS O MAYORES

Cuando debido a la edad o a la enfermedad la situación en la que se encuentra el sujeto hace incompatible la búsqueda de la finalidad de las penas con el principio de humanidad, de tal manera que la pri-

---

(44) Así lo afirman, por ejemplo, GALLIZO LLAMAS, M.: *Penas y personas*, ob. cit., p. 113 o FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Premio Nacional Victoria Kent año 2013. Ministerio del Interior, 2014, p. 422.

(45) Además, deben facilitarse tanto material ortoprotésico (y su revisión y mantenimiento) como la entrada de recursos de apoyo materiales.

vación de libertad, aun con la atención sanitaria señalada, pueda ser entendida como inhumana o contraria a la dignidad, aquélla debe ser sustituida por mecanismos, como las alternativas a la pena, que posibiliten su excarcelación por motivos humanitarios.

### 3.1 Alternativas a la prisión preventiva: arresto domiciliario

Con carácter previo a la sentencia, de ser necesaria la adopción de una medida cautelar privativa de libertad para asegurar la presencia del investigado o encausado, evitar la destrucción de pruebas o su actuación contra bienes jurídicos de la víctima, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal acuerden que la prisión provisional se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, si por razón de enfermedad el internamiento entraña grave peligro para la salud. En este caso se podrá autorizar que el sujeto salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa (art. 508) (46). Así, para la adopción de las medidas oportunas, la Instrucción de IIPP 3/2006, referida a la Atención penitenciaria a internos en tratamiento médico de especial penosidad señala que el Director pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de la que los internos preventivos dependan la necesidad de sometimiento a un tratamiento médico que suponga especial penosidad. No así se prevé una medida similar para la edad u otras circunstancias personales o familiares que pudieran aconsejar la restricción de la libertad, como en el arresto domiciliario, sin llevar al ingreso en prisión en calidad de preventivo (47), lo que a nuestro juicio debería plantearse en una reforma de la LECrím.

En cambio, si el Juez o Tribunal ha decidido decretar o mantener la prisión provisional de una persona enferma, la vía que tiene la Administración penitenciaria para atenuar la situación del sujeto, y darle una atención sanitaria adecuada, será bien la de su ingreso en la

---

(46) Asimismo, este artículo posibilita que el investigado o encausado que se hallara sometido a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación, pueda ver sustituida su prisión provisional por un ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para su continuación, no pudiendo salir del mismo sin la autorización del Juez o Tribunal que la hubieran adoptado.

(47) Véanse las críticas en este sentido a la clara insuficiencia de las alternativas a la prisión provisional, a la práctica incorrecta de su uso como medio de coacción para la colaboración del inculcado o a la no previsión de otras medidas de transacción y mediación, en NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española». *RGDP* n.º 28, 2017, p. 15.

enfermería, bien la de su derivación a una unidad de custodia hospitalaria, donde las condiciones referidas al régimen de vida, gestión de visitas y contacto familiar son más adecuadas a las necesidades de estos supuestos.

Un problema particular se plantea en el supuesto de los enfermos mentales, ante la ausencia de una medida cautelar específica que permita el internamiento en un establecimiento adecuado de una persona cuya inimputabilidad ha sido constatada (48), situación evidenciada recientemente por la STC 84/2018, de 16 de julio que manifiesta la inexistencia de una habilitación legal suficiente para el ingreso en prisión de un enfermo mental declarado inimputable en primera instancia en sentencia recurrida a una instancia superior, lo que supone una vulneración del derecho constitucional a la libertad (art. 17.1 CE) (49).

Queda pendiente también resolver adecuadamente, mediante reforma legal, los supuestos en los que en el interno en situación de enfermedad muy grave o por edad muy avanzada concurren causas condenadas y otras en prisión provisional, pues tanto la progresión al tercer grado o la concesión de la libertad condicional se encuentran con el obstáculo de la suspensión de la clasificación de los internos en el momento en el que existe una causa en la que se adopta sobre él esta medida cautelar (art. 104.1 y 2 RP), debiéndose en nuestra opinión habilitar el puente que permita su acceso a aquellas por motivos humanitarios, de tal manera que se puedan acumular a la adopción, en su caso, de medidas cautelares más acordes a su estado como el arresto domiciliario (50).

### 3.2 Alternativas en sentencia: suspensión de la pena por razones humanitarias

El CP de 1995 recogió en su art. 80.4 una modalidad privilegiada de suspensión de la pena por razones humanitarias. Así, los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta

(48) Más detenidamente, LACAL CUENCA, P., PEÑARANDA DEL RÍO, J., SOLAR CALVO, P.: «¿Debe un enfermo mental estar en prisión? Situación actual y cuestiones que plantea la STC 84/2018, de 16 de julio». *RGDP* n.º 30, 2018.

(49) Como señala el TC en esta sentencia, «corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (art. 66.2 CE), poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico», apuntando mientras tanto la vía del internamiento civil, vía art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por parte del juez competente y no bajo control de la Administración penitenciaria (F. J. 5).

(50) Más detenidamente sobre ello, NIETO GARCÍA, A. J.: «La excarcelación de prisión por enfermedad: análisis de la situación para internos penados, preventivos y penados con prisión provisional». *La Ley* n.º 7406, 2010, pp. 5 y ss.

sin sujeción a requisito alguno al penado aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (no así a las personas mayores) (51).

Este precepto amplía de manera muy importante las posibilidades de aplicación respecto a la figura genérica de la suspensión de la pena. Lo hace, en primer lugar, en relación al tipo de penas que pueden ser suspendidas, pues no se limita a penas que no superen los dos años (o los cinco en el caso de la modalidad para toxicómanos). Y, en segundo lugar, lo hace al no exigir los requisitos que se prevén para la modalidad genérica y la privilegiada del art. 80.2 (primariedad delictiva, penas no superiores a dos años y satisfacción de la responsabilidad civil), exigiendo, como único condicionante, que el sujeto no tuviera ya una pena suspendida por el mismo motivo. Como ha señalado el TC, si bien la regulación de esta figura cuenta con un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio en su concesión o denegación, tanto en la apreciación del presupuesto del supuesto excepcional, como en la decisión de exonerar de los requisitos generales para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, la resolución del tribunal deberá ser en todo caso suficientemente motivada respecto a ambas circunstancias (STC 25/2000, de 31 de enero).

La ubicación de este precepto así como la necesidad de que la suspensión temporal tenga, como garantía, un plazo máximo tras el cual la pena sea remitida, debería hacer aplicables en nuestra opinión los plazos de suspensión del art. 81: dos a cinco años, salvo para penas leves, que será de tres meses a un año (52). De otra manera podría entenderse bien que se trata de un indulto sin condicionamiento a un plazo temporal de prueba o bien de una suspensión sin límite temporal que actúe como garantía de cese de la intervención penal una vez superado ese tiempo.

Asimismo se prevé una modalidad específica, introducida en el CP anterior ya en 1989, que es la suspensión de la pena para toxicómanos,

---

(51) La no delimitación del concepto de enfermedad muy grave con padecimiento incurable implicará un examen concreto del individuo respecto a la gravedad de la enfermedad y su grado de peligrosidad, que deberá ser realizado por el médico forense, expertos criminólogos y el resto de expertos que el Juez o Tribunal considere pertinentes. MORILLAS CUEVA, L., BARQUÍN DÍAZ, J. (dirs): *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Universidad de Granada/Defensor del Pueblo, Madrid, 2013, p. 161 y 162.

(52) Al contrario, OSSET BELTRÁN, N, sostiene que la propia finalidad del caso excepcional que la motiva impide establecer una temporalidad a este tipo de suspensión. *Suspensión de la pena privativa de libertad. Especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables*. Ministerio del Interior, Madrid, 2015, pp. 75 y ss.

a los que se les exceptúa de la satisfacción de los requisitos de la primariedad delictiva y de la duración de las penas no superior a dos años (elevando el límite a no superior a cinco años) pero condicionándoles la misma a la deshabitación o al seguimiento de un tratamiento con tal fin, al tiempo que les amplía el límite mínimo de suspensión (subiéndolo de 2 a 3 años), pudiendo además prorrogarse por un tiempo no superior a dos años de ser necesario continuar el tratamiento (53).

Por la ubicación actual tras la reforma del 2015 de ambas figuras, es posible el sometimiento de la suspensión al cumplimiento de las prohibiciones y deberes del art. 83 o al de las prestaciones y medidas del art. 84.

### 3.3 Alternativas en la ejecución penal

#### 3.3.1 EL TERCER GRADO Y LA LIBERTAD CONDICIONAL HUMANITARIAS

##### A) *Una cuestión previa: la difícil determinación de los presupuestos de aplicación*

El posible acceso a las modalidades humanitarias de tercer grado y libertad condicional contempladas en el CP requiere la constatación de un presupuesto no sencillo de concretar: la existencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, particularmente cuando esta constituye un peligro patente para la vida. Si bien la referencia a la edad se construye sobre el criterio cronológico objetivo de los 70 años, también está presente el mismo problema que surge con la enfermedad: la determinación de en qué casos tal presupuesto es suficiente para, en atención al principio de dignidad de las penas, vencer la necesidad de pena.

Entendiendo que el primero de los conceptos, la existencia de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, no refleja dificultad de determinación, IIPP ha tratado en los últimos años de determinar el contenido de ese concepto jurídico referido al «peligro

---

(53) Como una de las reformas positivas introducidas en esta figura por la LO 1/2015, de 30 de marzo, está la previsión de que no sean entendidas como abandono, y por tanto conlleven la revocación de la suspensión, las recaídas en el tratamiento si no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación. Junto a ello merecen una valoración positiva la desaparición de la referencia del canon reforzado de valoración cuando el condenado es reincidente o la no exigencia preceptiva de informe de médico forense sobre la deshabitación o sometimiento al tratamiento: *Ibidem*, p. 155; y ROIG TORRES, M.: «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. González Cussac, J. L. (dir). Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 333 y 334.

patente para la vida», a partir de la gravedad y el pronóstico de la enfermedad, con el fin de evitar «interpretaciones divergentes o subjetivas» y armonizar y objetivar la gestión de estos procedimientos, eso sí, admitiendo la existencia de la «tutela de la autoridad judicial sobre decisiones administrativas cargadas de consecuencias para el penado» (54). Si en la Instrucción 1/2000 incorporaba criterios tanto temporales como médicos para la evaluación de cuándo un interno padecía una enfermedad muy grave de cara a la aplicación del tercer grado (art. 104.4 RP) y libertad condicional por motivos humanitarios (art. 196 RP) (55), la polémica Instrucción 3/2017 la derogó apostando por criterios eminentemente temporales y olvidando los criterios médicos objetivos, restringiendo el peligro patente para la vida al que «produce la enfermedad en estadio terminal o aquella situación en la que el fallecimiento es previsible, con razonable certeza, a muy corto plazo».

Esta injustificada restricción pretende ser subsanada por la reciente Instrucción 6/2018, derogatoria de la anterior, que si bien sigue vinculando el peligro patente para la vida con la fase terminal de la enfermedad, de tal manera que «el fallecimiento pueda producirse a muy corto plazo» añade como alternativa que no haya «ninguna posibilidad médica de que la condición del paciente mejore y no termine en la muerte». Ello lo hace en el documento anexo que presenta, un formulario tipo que debe ser cumplimentado por los servicios médicos para su remisión al Director del centro penitenciario sobre los pacientes que presentan una enfermedad muy grave con padecimientos incurables y que vuelve a incorporar, junto con los criterios cronológicos referidos al pronóstico de tiempo con vida que le queda al interno, criterios médicos valorativos sobre la calidad de vida que éste tendría

---

(54) Voluntad manifestada tanto en la Instrucción 3/2017 sobre el procedimiento para la emisión de informe médico y tramitación de la excarcelación por enfermedad muy grave con padecimientos incurables como por la reciente Instrucción, derogatoria de aquella, 6/2018, sobre el Procedimiento para la emisión de informe médico y tramitación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

(55) Considerando enfermedad muy grave la que cumpliera alguno de los siguientes requisitos: 1. Riesgo de muerte estimado superior al 10% en el plazo de un año a pesar del tratamiento; 2. Riesgo de muerte estimado superior al 50% en el plazo de 5 años a pesar del tratamiento; 3. Índice de Karnofsky menor o igual al 50%; 4. Infección por VIH en estadio A3, B3 o C; 5. Trastorno psicótico crónico con actividad sintomática a pesar de haber seguido el tratamiento durante más de seis meses o con deterioro intelectual. Sobre las distintas interpretaciones mantenidas por la Institución penitenciaria de cara a la aplicación del art. 104.4 y 196.2 RP, véase también LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Ministerio del Interior, Madrid, 2005, pp. 159 y 160 y 246 y ss.

de continuar en prisión. Así, en el formulario, tras la referencia de la enfermedad, fecha de diagnóstico, si el interno está hospitalizado, debe pronunciarse sobre el pronóstico actual estimado a partir de tres posibles ítems: peligro patente para la vida/terminal, desfavorable a corto plazo (entre 6 meses y 1 año) y desfavorable a medio plazo (1 a 5 años), añadiendo los factores condicionantes de tal pronóstico. A ello se añade una evaluación de la calidad de vida actual del interno a partir del Índice Karnofsky (utilizado para pacientes de cáncer y ancianos) (56) y una estimación de la evolución prevista.

Y es que, como bien ha subrayado el TC en su STC 48/1996, de 25 de marzo, analizando la figura de la libertad condicional humanitaria (57), tras encontrar su fundamento «en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario», afirma que «no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias» (como la menor peligrosidad por su capacidad disminuida) (58).

No se trata pues solo de evitar la muerte en prisión (59), como parece que pretendía la Instrucción 3/2017, sino de dignificar el tiempo de vida del interno que padece una enfermedad grave con

---

(56) A partir del Índice Karnofsky, que diferencia entre: a) Normal; no hay evidencia de enfermedad; b) Capaz de mantener una actividad normal; presenta signos menores de enfermedad; c) Actividad normal con esfuerzo; algunos signos o síntomas de enfermedad; d) Puede cuidar de sí mismo; incapaz de desarrollar una actividad normal o trabajar; e) Requiere asistencia ocasionalmente; se resuelve por sí solo la mayoría de sus necesidades; f) Requiere asistencia importante y atención médica frecuente; g) Discapacitado; requiere cuidados especiales y asistencia hospitalaria; h) Severamente discapacitado; está indicada su hospitalización; su muerte no es inminente; i) Muy enfermo; hospitalización necesaria; requiere tratamiento de soporte; j) Moribundo; pronóstico rápidamente fatal.

(57) En su regulación anterior, recogida en el art. 60.2 RP 1981, asumida, como dice el TC por el CP de 1995 en su art. 92.

(58) Entendiendo respecto al caso concreto que la exigencia de la Audiencia Provincial que denegó la libertad anticipada a un penado con un diagnóstico claro de dolencia cardiovascular grave e incurable alegando que la estancia en prisión no constituía un «peligro seguro para su vida» crea un requisito obstativo, una suerte de impedimento más, donde la norma no lo exige.

(59) En el último año referenciado, 2017, consta en el Registro de Mortalidad de la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria la muerte de 147 internos (139 hombres, 8 mujeres) en los centros penitenciarios u hospitales de referencia, más 20 fallecidos en permisos o situaciones similares. La edad media de los fallecidos fue de 49.1 años. La primera causa de fallecimiento fueron las causas naturales: cardiopatías isquémicas y tumores, seguidas por causas digestivas. *Informe General 2017*, ob. cit., pp. 170 y 171.



padecimientos incurables de tal manera que se permita su excarcelación si la permanencia en el recinto carcelario supone un riesgo cierto para su vida e integridad física y se cumplen los requisitos establecidos en relación a la menor peligrosidad (tercer grado del art. 36.3 CP) y a la satisfacción del resto de requisitos de la libertad condicional a excepción del temporal (libertad condicional del art. 91.2 CP). Por lo tanto, se trata de figuras que lo que pretenden es que el interno pueda «vivir en libertad esa última etapa de la vida que puede incluso tener larga duración» (60), considerando los estados de salud que impiden una actividad normal dentro del centro penitenciario tanto desde el punto de vista regimental como de su reinserción (61), buscando evitar que la privación de libertad aumente los efectos afflictivos en el período más o menos largo, pero terminal, de una vida (62).

### B) *Tercer grado*

En 2015, el legislador opta por introducir en la regulación del art. 36 CP el supuesto de modalidad de tercer grado humanitario que hasta entonces estaba previsto en el art. 104.4 RP, salvando con ello las contradicciones planteadas tras la reforma de esta figura en el 2003. Prevé el art. 36.3 que, en todo caso, el Tribunal o el JVP puedan acordar la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal a septuagenarios y a penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, valorando especialmente su escasa peligrosidad. Permite, por tanto, la concesión tanto a condenados a prisión permanente revisable como a pena de prisión, recogiendo una excepción muy relevante a un tercer grado cada vez más constreñido en cuanto a los requisitos exigidos para su concesión, ya de naturaleza temporal, ya de carácter objetivo. Respecto a los primeros, el art. 36.1 fija en un cumplimiento mínimo en prisión de 15 años –que puede subir hasta 32 años en los supuestos de mayor gravedad– antes del acceso al tercer grado para los condenados a prisión permanente revisable. También para las penas de prisión encontramos un requisito-obstáculo temporal para la progresión a tercer grado bien a través de la vía del cumplimiento íntegro del art. 78 CP, bien a través del período

---

(60) RÍOS MARTÍN, J., ETXEBARRÍA, X., PASCUAL, E.: *Manual de ejecución penitenciaria*. Comillas, Madrid, 2016, p. 322.

(61) CHAVES PEDRÓN, C.: «Reforma del art. 92 del CP. Competencias del Juez de Vigilancia en la excarcelación de septuagenarios y enfermos muy graves», *RGDP* n.º 4, 2005, p. 6.

(62) NISTAL BURÓN, J.: «La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución», *La Ley* n.º 7930, 2012.

de seguridad introducido en 2003 que, si bien flexibilizado al convertirlo en potestativo en 2010, sigue siendo insalvable para los supuestos de delincuencia contemplados en el art. 36.2 CP (terrorismo, organización criminal, agresiones y abusos a menores de 16 años y prostitución, explotación sexual y corrupción de menores de 13 años). Pero también en 2003 se reformó la LOGP para incorporar nuevos requisitos objetivos para la concesión del tercer grado: la satisfacción de la responsabilidad civil y, en el caso de delincuencia organizada y terrorismo, la colaboración con las autoridades (art. 72.5 y 6), exigencias que vinieron a sumarse al tradicional requisito subjetivo de la capacidad para vivir en un régimen de semi-libertad.

La nueva regulación, referida a «en todo caso», permite entender que la no presencia de tales requisitos no impedirá la progresión por motivos humanitarios y de dignidad personal, debiéndose valorar en estos supuestos de manera especial la escasa peligrosidad del sujeto (63), pues si el legislador hubiera querido establecer un modelo diferenciado de respuesta, en función de si por la edad o la enfermedad existe un peligro patente para la vida como hace con la libertad condicional, lo habría configurado en este precepto. Por ello es tan criticable el intento de traslado del modelo establecido en el art. 91 CP para la libertad condicional al tercer grado que hizo IIPP en su Instrucción 3/2017 y que sorprendentemente en este punto mantiene la reciente Instrucción 6/2018, que deroga aquella y establece el Procedimiento para la emisión de informe médico y tramitación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Así, señala que en los casos de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables se requiere para la concesión de la libertad condicional la clasificación o progresión del interno a tercer grado «por lo que resulta preceptivo tener en cuenta lo dispuesto, al efecto, en el art. 36 CP y en los números 5 y 6 del art. 72 LOGP». De esta manera, en una suerte de carambola, se pretenden introducir los criterios temporales del período de seguridad (art. 36.2 CP) o de la satisfacción de la responsabilidad civil o colaboración con las autoridades en caso de terrorismo (art. 72.5 y 6 LOGP) en el procedimiento de actuación de la Administración peni-

---

(63) Más claro al respecto es el art. 104.4 RP: «... con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación», añadiendo que se atenderá a «la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad». Y así lo han interpretado los JVP, en criterio aprobado en la reunión de 2004: «en los supuestos de tercer grado a efectos de libertad condicional por edad y enfermos muy graves con padecimientos incurables, al atender la clasificación a razones de humanidad y dignidad personal, no se exigirá el cumplimiento del período de seguridad».

tenciaria de clasificación cuando se trata de criterios que no figuran en la regulación del tercer grado humanitario realizada por el legislador en el art. 36.2 CP. A espera de la necesaria reforma penitenciaria –al menos de los artículos 104.4 y 196 RP–, este intento de restricción de lo preceptuado en una LO por una Instrucción interna de IIPP debe ser a nuestro juicio revertido por los JVP –o los tribunales sentenciadores en el caso de las penas de prisión permanente revisable–, que por otro lado son los competentes de su concesión. En efecto, el CP establece como filtro frente a la modalidad genérica de tercer grado que sea el Tribunal o el JVP quien acuerde tal progresión –previo informe del Ministerio Fiscal, IIPP y las demás partes–, no correspondiendo la decisión final al Centro Directivo como en la modalidad ordinaria (64).

En tanto la libertad condicional se sigue construyendo, pese a su cambio de naturaleza, sobre el sistema de individualización científica, la trascendencia de esta figura humanitaria se evidencia en que constituye el estadio previo para el acceso a la modalidad humanitaria de la libertad condicional siempre y cuando no haya peligro para la vida del interno, donde veremos que también se excepciona la exigencia de este requisito (art. 91.3 CP).

También serán dos instrumentos relevantes en el caso de la población muy enferma el tercer grado instrumental contemplado en el art. 182 RP y la posibilidad del control telemático vía art. 86.4 RP. En cuanto al primero, permite al Centro Directivo autorizar la clasificación en tercer grado y el ingreso de un interno en una institución extrapenitenciaria pública o privada para seguir un tratamiento específico de deshabitación de drogodependencias u otras adicciones, previo consentimiento del sujeto y aceptación del programa de seguimiento y dando cuenta de ello al JVP. El segundo contempla la utilización de dispositivos de control telemático que permiten eludir la regla general de permanencia en el centro penitenciario de ocho horas diarias durante la semana, mecanismo que, como reconoce la Instrucción 3/2006, sobre atención penitenciaria a internos en tratamiento médico de especial penosidad, puede ser utilizado para atender con especial sensibilidad situaciones como las de la necesidad del sometimiento a determinados tratamientos médicos que suponen al paciente

---

(64) Para ello, como indica la Instrucción 4/2015, sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del CP en la LO 1/2015, de 30 de marzo, tras reconocer que afecta tanto a condenas de prisión permanente revisable como a los delitos recogidos en el art. 36.2 CP, señala que las Juntas de Tratamiento deberán hacer referencia en los informes solicitados por la autoridad judicial a la valoración de la escasa peligrosidad del interno por su dificultad para delinquir, particularmente en los septuagenarios.

«una penosidad añadida a su situación de reclusión» (65). Para ello, la Instrucción contempla la posibilidad de proponer la aplicación de la modalidad del art. 86.4 RP si el penado se encuentra clasificado en tercer grado o, de no estarlo, de proponer su progresión, de tal manera que pueda afrontar esta situación desde su propio entorno socio-familiar. Recientemente la Instrucción 8/2019, ha actualizado la Instrucción precedente –13/2006– sobre aplicación del art. 86.3 del RP, desarrollando en concreto la posibilidad de aplicación de esta modalidad para los tratamientos y las convalecencias médicas. En concreto, tras señalar que su aplicación a circunstancias definidas por la salud del interno puede darse tanto en el seguimiento de tratamientos de especial penosidad (entre las que cita expresamente las terapias antitumorales) (66) como para las recuperaciones en el domicilio de enfermedades o intervenciones quirúrgicas, establece que su duración vendrá determinada por criterios estrictamente médicos, lo que requerirá informe o certificado médico oficial avalado por el médico del establecimiento en el que conste el pronóstico inicial de la convalecencia y los plazos para su revisión. Sin embargo, determina que no debe ser automática la retirada de este régimen del art. 86.4 una vez producida el alta médica, debiendo valorar la Junta de Tratamiento posibles alternativas dentro del régimen abierto en función del momento y circunstancias de cumplimiento del interno, lo que es coherente además con las actuales directrices de la Secretaría General de IIPP de potenciación del régimen abierto.

### C) *Libertad condicional*

Frente al tercer grado humanitario, la regulación de la libertad condicional humanitaria contenida en el art. 91 CP sí recoge dos situaciones diferentes, sujetas a requisitos diferenciados, a partir de si se trata de penados septuagenarios o enfermos muy graves con padeci-

---

(65) Se tendrán en cuenta, señala la Instrucción 3/2006, la mayor o menor capacidad para delinquir, el grado de peligrosidad y la existencia o no de apoyo familiar, siendo la propuesta de aplicación del art. 86.4 por el tiempo determinado que el sometimiento al tratamiento médico demande y con medidas de seguimiento telemático u otros mecanismos de control suficiente, en función de lo que las circunstancias médicas y sociales permitan o aconsejen. Esas medidas complementarias se enumeran, sin ser un catálogo cerrado, en la Instrucción 8/2019, referida a la actualización de la Instrucción sobre la aplicación del art. 86.4 RP.

(66) Remitiendo para las mismas al procedimiento marcado para este primer supuesto por la Instrucción 3/2006, que contempla la posibilidad de establecer medidas de seguimiento domiciliario una vez aplicado el principio de flexibilidad del art. 100.2 RP.

mientos incurables o si, por la avanzada edad o por la enfermedad, se trata de penados con un peligro patente para su vida.

Para el primero de los supuestos, septuagenarios –que hayan cumplido los 70 años o los cumplan durante la extinción de la condena– y enfermos muy graves con padecimientos incurables pero sin peligro patente para su vida, el art. 91.1 CP exige para la suspensión de la última parte de la condena y la concesión de la libertad condicional que el penado cumpla con todos los requisitos exigidos por el art. 90 CP salvo el temporal (ya sea de  $\frac{3}{4}$ ,  $\frac{2}{3}$  o  $\frac{1}{2}$  en función de las distintas modalidades de libertad condicional allí recogidas en el caso de la pena de prisión, ya de los plazos desde 25 a 35 años establecidos para la prisión permanente revisable) (67). A la presencia de esos requisitos se le suman los criterios que deberá valorar para su concesión el JVP –y el tribunal sentenciador en el caso de la prisión permanente revisable–: las circunstancias personales, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

Mientras que la edad es un hecho objetivo fácilmente comprobable, la acreditación de la enfermedad grave con padecimientos incurables requerirá la práctica de los informes médicos que el JVP o tribunal estime necesarios. En estos casos, continúa el art. 91.2 CP, teniendo constancia la Administración penitenciaria de tal situación, elevará al JVP –o debería añadir al Tribunal sentenciador en caso de prisión permanente revisable– el expediente de libertad condicional con la urgencia que requiera el caso.

El procedimiento, recogido en la Instrucción 6/2018 de IIPP, sitúa a la Junta de Tratamiento como el órgano competente para la evaluación de si concurren en el interno los requisitos legales para el acceso al tercer grado humanitario y, obtenido este, para iniciar el expediente de libertad condicional y posterior remisión al JVP (68). De no apreciar

---

(67) Para la modalidad genérica del art. 90.1: que se encuentre clasificado en tercer grado y que haya observado buena conducta y la satisfacción de la responsabilidad civil; para la modalidad adelantada a los  $\frac{2}{3}$  de la condena, el art. 90.2 exige, además del requisito temporal y los anteriores, el desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupacionales. Y para condenados por delincuencia organizada y terrorismo se requiere adicionalmente su colaboración en los términos previstos en el art. 90.8.

(68) Diseñando el procedimiento a seguir: el médico responsable del paciente, con visto bueno del Subdirector/Jefe de los Servicios Médicos y con autorización preceptiva del interno, comunicará al Director del Centro la situación de un padecimiento incurable, pero que no conlleva peligro patente para la vida, a fin de que la Junta de tratamiento estudie la concurrencia de los requisitos legales. Se establece además la posibilidad de solicitar asesoramiento del especialista de referencia para la mejor valoración del pronóstico vital, debiendo en todo caso la información trasladable a la Junta ser comprensible para la valoración de la incidencia de la enfermedad en el marco de las demás circunstancias del interno.

las circunstancias para su elevación, la Junta de Tratamiento deberá valorarlo nuevamente si se produce un deterioro de la situación clínica del paciente y, en todo caso, cada seis meses, a partir del informe actualizado ofrecido por el servicio médico en el que se actualice el pronóstico vital y el grado de deterioro funcional del mismo (69).

La posibilidad de acceso directo a la libertad condicional humanitaria, sin sujeción a los requisitos anteriores y valorando únicamente la falta de peligrosidad relevante (70), está prevista en el art. 91.3 para los casos de peligro patente para la vida del interno a causa de enfermedad o avanzada edad, lo que deberá ser acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario (71). En estos supuestos el único trámite penitenciario será el de requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final para la verificación de esa falta de peligrosidad relevante (72).

En tanto se hace aplicable a estos supuestos lo establecido para la suspensión de la pena en los artículos 83, 86 y 87, el JVP o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el art. 83, cuyo incumplimiento grave o reiterado puede dar lugar a su revocación o bien a su modificación o prórroga en el

---

(69) No obstante, entendemos, con RÍOS MARTÍN, J., ETXEBARRÍA, X., Y PAS-CUAL, E., que, en los supuestos de peligro para el interno, la solicitud al Juez puede ser realizada directamente por el propio interno. *Manual de Ejecución penitenciaria*, ob. cit., p. 318.

(70) Con la salvedad de que, al hacer aplicable a estos supuestos el art. 90.4, el JVP podrá denegar la suspensión si el penado ha dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de sus bienes de cara al decomiso o si no satisface sus responsabilidades civiles, lo que no deja de sorprender desde una necesaria lectura humanitaria de esta figura del art. 91.

(71) Por el impacto del caso de la libertad condicional humanitaria concedida al terrorista Bolinaga, el legislador del 2015 ha introducido además la exigencia de que el penado esté obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense o a aquel otro que determine el Juez o Tribunal, la información necesaria para valorar la evolución de la enfermedad, pudiendo dar lugar su incumplimiento a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional. No se requiere en cambio, como subraya la Instrucción 6/2018, la confección del expediente de libertad condicional en los términos establecidos en el art. 196 RP.

(72) Por su parte, la Instrucción 6/2018 señala que, tras la evaluación de la situación clínica del paciente y a la vista de los informes del hospital de referencia, si se considera que el interno se encuentra en una situación de peligro patente para la vida o en una situación terminal, el médico encargado de su asistencia se lo comunicará al Subdirector o Jefe de los Servicios Médicos, que lo trasladará al Director del Establecimiento quien, sin más trámite y con la urgencia que el caso requiera, trasladará al JVP la valoración clínica, la autorización del paciente al médico para informar de su situación clínica a efectos de la suspensión de la ejecución de la pena y los informes de los especialistas que avalen y acrediten el criterio del facultativo si existieren.

plazo de suspensión (art. 86). Transcurrido el mismo sin haber cometido un delito que ponga de manifiesto que la expectativa de la decisión no puede ser mantenida y cumplidas de manera suficiente las reglas de conducta, se procederá a la remisión de la pena según establece el art. 87. No obstante, el claro endurecimiento que el criticado cambio de naturaleza que la LO 1/2015 da a la figura de la libertad condicional con su conversión en una forma de suspensión en lugar de último estadio de cumplimiento de la pena en el marco del sistema de individualización científica (73), tiene su manifestación doble en la posibilidad de establecimiento de un plazo de suspensión mayor que el tiempo que al sujeto le quede por cumplir –que no menor–: de 2 a 5 años (art. 90.5) y que, en caso de revocación, el tiempo transcurrido no será computado como tiempo de cumplimiento de condena (art. 90.7). Tal situación parece que pretende ser atemperada por la Instrucción 6/2018 al señalar que al sujeto al que se le haya aprobado por motivos humanitarios la suspensión del resto de la pena y concesión de la libertad condicional por el JVP y reingrese nuevamente en prisión, si concurren las razones médicas por las que aquélla fue concedida, será nuevamente evaluado por los servicios médicos para llevar a cabo las actuaciones previstas de cara a la concesión de la libertad condicional.

Por otro lado, es importante señalar la previsión que realiza el art. 196.4 RP en el marco de este tipo de libertad condicional por motivos humanitarios al establecer que la Administración velará para facilitar al penado el apoyo social externo cuando carezca del mismo (74). Puede ser el caso, por ejemplo, de los internos ancianos que, bien por el delito cometido (ej: violencia de género o doméstica) o por soledad, no tienen cobertura familiar que se haga cargo de ellos, debiendo en estos casos la Administración gestionar posibles colaboraciones con organizaciones o instituciones –geriátricos– para posibilitar su excarcelación.

### 3.3.2 OTROS MECANISMOS DE CLASIFICACIÓN: PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD Y SALIDAS TRATAMENTALES

Si bien no se trata de mecanismos diseñados *ex profeso* para ello, el RP dispone de una serie de figuras, como el principio de flexibili-

---

(73) Sobre ello REBOLLO VARGAS, R.: «Algunos aspectos de la nueva regulación de la libertad condicional: algo más que conjeturas problemáticas». *RGDP* n.º 26, 2016.

(74) Como acertadamente subraya TÉBAR VILCHES, B., tan importante es la liberación como la ayuda proporcionada a la persona condenada para vivir en libertad, de tal manera que la humanidad de esta modalidad de libertad condicional quedaría en entredicho si la excarcelación no fuese acompañada de tal ayuda. *El modelo de libertad condicional español*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 177.

dad (art. 100.2) o las salidas tratamentales (art. 117), que pueden ser útiles para responden ante aquellos supuestos de sujetos en edad avanzada o enfermos pero cuya situación no posibilita todavía el acceso al tercer grado y libertad condicional humanitarias.

El primero permite la adopción de un modelo individualizado de ejecución, que combine rasgos característicos de diferentes grados –normalmente las salidas y la mayor libertad de movimientos del grado superior– en atención a la existencia de un programa específico de tratamiento. En tanto se trata de una medida excepcional, el RP exige que ese modelo propuesto por el Equipo Técnico a la Junta de Tratamiento requiera de la ulterior aprobación del JVP, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad (75). Por ello la Instrucción 3/2006, referida a la Atención penitenciaria a internos en tratamiento médico de especial penosidad, contempla la posibilidad de aplicación del art. 100.2, junto con la previsión de medidas de control telemático del art. 86.4 RP, cuando no pueda progresarse a un tercer grado, para facilitar que el interno pueda seguir un tratamiento médico en su propio entorno socio-familiar, teniendo en cuenta su capacidad para delinquir, el grado de peligrosidad y la existencia de apoyo familiar.

El segundo posibilita que internos clasificados en segundo grado y que presenten un bajo perfil de peligrosidad social y de riesgo de quebrantamiento puedan acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa de atención especializada que sea necesario para su tratamiento y reinserción social. Estas salidas, planificadas por la Junta de Tratamiento con el interno, que debe prestar su consentimiento, no excederán de ocho horas y requerirán la autorización del JVP.

Ambas figuras pueden perfilarse como un estadio previo a ese tercer grado humanitario, normalizando las salidas y el contacto con el exterior (ya sea con la familia, con recursos asistenciales para enfermos o para personas mayores, ...), lo que facilitará asimismo su acogida en el momento en el que tengan acceso a las figuras humanitarias contempladas en el CP (76). Eso sí, en tanto ambas figuras se condicionan a la existencia de un programa de tratamiento individualizado

---

(75) En tanto se vincula a un programa específico de tratamiento que lo justifique, debe ser también remitido al Centro Directivo que deberá pronunciarse sobre su adopción, según la Instrucción 9/2007, sobre Clasificación de los Penados. Por su parte los JVP han instado a la reforma de la LOGP para la inclusión de este principio en la misma (Acuerdo aprobado por unanimidad en la reunión de JVP de 2006).

(76) De hecho, en los datos ofrecidos por IIPP respecto a mayores de 70 años en cuanto a la clasificación penitenciaria, recoge en una misma categoría a los clasificados en tercer grado o en segundo con aplicación de art. 100.2: 20 internos en 2017 (un 5.5%). *Informe General 2017*, ob. cit. P. 15.



que las justifiquen, su lectura de cara a la aplicación debe realizarse tanto en su dimensión tratamental y asistencial, como humanitaria.

### 3.3.3 ¿LAS MEDIDAS DE EXPULSIÓN CONTRA EXTRANJEROS COMO MEDIDA HUMANITARIA?

Desde una construcción eminentemente defensista, con priorización de una determinada política en materia de extranjería, el legislador penal ha contemplado como medida de respuesta prioritaria para la delincuencia de extranjeros la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. Si bien el carácter casi preceptivo que se le quiso dar en 2003 ha ido perdiendo fuerza, primero gracias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) y, después, con la incorporación de sus consideraciones en atención a la prevención general y prevención especial (particularmente el arraigo) en el mismo texto del art. 89 en la reforma del 2015 como criterios para justificar el cumplimiento de –al menos– parte de la pena en España, su amplitud tanto en lo referido al tipo de penas (penas de prisión superiores a un año) como sobre todo en cuanto a los sujetos que pueden ser expulsados (no solo en situación de irregularidad y, aunque con mayores restricciones, también los ciudadanos de la UE), muestran el gran espectro de actuación de esta criticada, y criticable, figura, que solo parece dejar entrada a la suspensión de la pena a los extranjeros, sí construida sobre la prevención especial, cuando no sea posible ser llevada a cabo la expulsión (art. 89.8 CP). Sin embargo, se hace posible puntualmente una relectura de esta figura desde el principio de humanidad de las penas en aquellos supuestos de personas, sin arraigo en territorio español, que se encuentren en una situación que, por su edad o enfermedad, requieran de un acercamiento al lugar de origen y de cobertura y apoyo familiar (77).

Más orientadas a la idea de reinserción, y sin desvirtuar los fines de prevención general negativa asociados a la pena, el Ordenamiento cuenta con otras dos figuras que también pueden ser utilizadas en estos supuestos humanitarios: la libertad condicional de extranjeros en el país de origen (art. 197 RP) y la transmisión de una resolución por la que se impone una pena privativa de libertad para su ejecución en el país de origen de la UE contemplada en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE. La primera

---

(77) Ejemplifica este supuesto la carta recogida en su libro *Penas y Personas*, por GALLIZO LLAMAS, M., de una interna extranjera, de edad avanzada, condenada por delito de tráfico de drogas como forma de buscar dinero para sacar adelante a su familia en el país de origen y a la que se le trata por ello de acelerar los trámites para su expulsión, optándose finalmente por la aplicación de la libertad condicional en su país de origen. Ob. cit., pp. 113 y ss.

posibilita, vía aprobación del JVP, la autorización para que el interno extranjero no residente en España –o español residente en el extranjero– disfrute en su país de residencia de la libertad condicional. La segunda prevé que la autoridad judicial española (JVP o, de no haberse comenzado a ejecutar la pena, el tribunal sentenciador) transmita la sentencia si considera, entre otros requisitos, que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objeto de facilitar la reinserción social del condenado (arts. 65 y 66 Ley 23/2014). Mientras que en la primera se requiere recabar el consentimiento del interno (art. 197 RP), en la segunda no será así si el Estado de ejecución es el de la nacionalidad del condenado en el que posee vínculos como su residencia habitual o lazos familiares, laborales o profesionales o el lugar al que, en su caso, fuera a ser expulsado (art. 67 Ley 23/2014). No obstante, la utilización de estas figuras con la finalidad humanitaria referida ante casos de elevada edad o enfermedad grave evidencia la importancia de que el sujeto sea escuchado y sea tenido en cuenta su consentimiento para evaluar correctamente el lugar de ejecución de la pena más adecuado ante su situación personal y familiar.

#### 4. LA GRAN CUESTIÓN PENDIENTE: LA GESTIÓN DE LA SANIDAD PENITENCIARIA Y LA DOTACIÓN DE SUFICIENTES MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES

La efectividad de la asistencia sanitaria por parte de la Administración penitenciaria, en las dos manifestaciones referidas –prioritariamente en la atención a la enfermedad y edad en los centros penitenciarios y pero también en la derivación a los mecanismos de excarcelación o atenuación del régimen de vida por motivos humanitarios– queda condicionada en la práctica al modelo de gestión sanitaria establecido y, más en concreto, a la dotación real de medios personales y materiales.

##### 4.1 Competencias

La gestión de la sanidad penitenciaria ha pasado por diversos modelos sanitarios. En un primer momento la LOGP, y el RP de 1981 en su desarrollo, optaron por un modelo sanitario propio, independiente y autónomo, integrado en la Administración penitenciaria, con el fin de atender con carácter integral las necesidades de los internos,

con sus propios hospitales y un cuerpo propio de personal sanitario funcionario. Este primer modelo, consecuente con el principio de unidad de gestión que atribuía a un único departamento dentro de la estructura de la Administración penitenciaria la gestión de la sanidad penitenciaria, dando lugar a un sistema sanitario autónomo, era coherente con la ausencia inicial del reconocimiento universal del derecho a la asistencia sanitaria, que si bien con base en el art. 43 CE, no llegaría hasta la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Salud y con la obligación atribuida a aquélla en el art. 3 de velar por la vida, integridad y salud de los internos (78).

En un segundo momento, el RP de 1996 acoge un modelo mixto donde la prestación de la asistencia primaria continúa en manos de IIPP pero derivando la asistencia especializada al Sistema Nacional de Salud (79). A tal fin, el RP optó por construir el modelo sanitario asistencial sobre una relación de coordinación entre Administraciones: la penitenciaria y las sanitarias de las diferentes CCAA, formalizando para ello «convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria» (80) (art. 207.2 RP).

Sin embargo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, pretendió superar ese modelo de convenios y, con él las carencias o distorsiones que pudiera producir (81), ordenando la transferencia a las CCAA de los servicios sanitarios hasta entonces dependientes de IIPP de tal manera que quedasen

---

(78) VIDA FERNÁNDEZ, J.: «Análisis y propuestas para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria de los internos en instituciones penitenciarias (I)». *La Ley Penal* n.º 62, 2009, p. 4.

(79) Más detenidamente sobre ello, SERRANO TÁRRAGA, M. D.: «Derecho a la salud de los internos en centros penitenciarios y sanidad penitenciaria (I)», *Revista de Derecho UNED* n.º 6, 2010, pp. 419 y ss y VIDA FERNÁNDEZ, J. *Ibidem*, pp. 5 y ss.

(80) Así lo establece el art. 207.2 RP que señala que los mismos deberían definir «los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los criterios fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita». También prevé que la Administración penitenciaria abone a las administraciones sanitarias competentes los gastos originados por las intervenciones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los centros hospitalarios extrapenitenciarios por motivos de seguridad.

(81) En concreto, para evitar que el sistema funcione «como una isla» dentro de cada administración sanitaria, no garantizando que los internos tengan el mismo trato que el resto de la población. Véase intervención de FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. en este sentido, recogida en Informe de APDHA: *Sanidad en prisión. La salud robada entre cuatro muros*, 2016, p 22.

integrados en los servicios autonómicos de salud (82). Para ello dio un plazo de 18 meses desde la entrada en vigor, lo que debería haber obligado a realizar tal integración antes del 1 de diciembre de 2004. Pero no ha sido así: más de una década después las transferencias no se han producido. Dejando a un lado el caso de Cataluña (83), la excepción se encuentra en País Vasco, que en julio de 2011 asumió el traspaso de funciones y servicios en materia de sanidad penitenciaria. Pero además los convenios con las CCAA han caducado y no han sido objeto de renovación en espera de ese traslado de competencias que no llega (84). Esta situación de alta inseguridad jurídica, en ausencia tanto del cumplimiento del mandato del legislador del 2003 como de los convenios de colaboración en vigor a los que se refiere el RP, ha derivado en la judicialización de esta cuestión, al empezar a reclamar las CCAA a IIPP el abono de las cantidades propias de la prestación de servicios sanitarios a las personas privadas de libertad frente al impago de esas facturas por IIPP (85). Ésta argumentaba que los internos están asegurados por la Seguridad Social y, en tanto asegurados, el Sistema Nacional de Salud debe pagar su asistencia sanitaria sin necesidad de esperar a la materialización del traspaso de competencias (86). En recientes resoluciones, el TS ha querido zanjar tal conflicto, atribuyendo a la Administración penitenciaria los costes generados por las prestaciones sanitarias de las personas internadas en un centro penitenciario. Así lo hace en la STS 222/2019, de 21 de

---

(82) Así lo establece la Disposición Adicional 6.º de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Ya la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril había dado un plazo de 18 meses para la integración en el Sistema Nacional de Salud del a asistencia sanitaria a los internos penitenciarios (Disposición final segunda).

(83) Comunidad a la que se le transfieren los medios y servicios penitenciarios por RD 3482/1983, de 28 de diciembre a partir del 1 de enero de 1984 y que ha previsto la integración absoluta de la sanidad penitenciaria en el servicio catalán de salud en virtud del art. 69 del Decreto 329/2006, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los servicios de ejecución penal en Cataluña. VIDA FERNÁNDEZ, J.: «Análisis y propuestas para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria de los internos en instituciones penitenciarias (I)», ob. cit., pp. 10 y 11.

(84) Puede verse un resumen de las diferentes iniciativas parlamentarias planteadas desde el 2004 para tratar de desbloquear este asunto en el Informe de APDHA: *Sanidad en prisión*, ob. cit., pp. 17 y ss.

(85) Véase por todos el último Informe Anual del Defensor del Pueblo de 2017, p. 187, que recoge la respuesta de la Administración a la consulta formulada por éste, contestando que se trata de un problema que se encuentra bloqueado y sin llegar a acuerdos «por lo que habrá de explorarse con carácter urgente si debe ser abordado en un ámbito de decisión superior».

(86) Informe de APDHA: *Sanidad en prisión*, ob. cit, p. 20.

febrero, en la que la Sala de lo Contencioso-Administrativo resuelve el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado ante la resolución del TSJ de Madrid de 8 de junio de 2017 en la que entendía que, en ausencia de un convenio vigente entre la CCAA de Madrid e IIPP, era la Administración penitenciaria, en tanto tercero obligado al pago, la obligada a financiar las prestaciones sanitarias de los reclusos frente a la posición sostenida por el abogado del Estado según la cual la facturación solo debería llevarse a cabo si se comprobaba que no tenía condición de asegurado por la Seguridad Social. Partiendo de una doble consideración: el deber de la Administración de la protección integral de la salud derivado de la relación de especial sujeción y la ausencia de un precepto legal o reglamentario que disponga que el coste de la asistencia sanitaria deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta el servicio, el TS concluye que «corresponde a la administración penitenciaria la asunción de tales costes, con independencia de que el interno en los centros penitenciarios que recibe la asistencia sea o no beneficiario, afiliado o asegurado a la Seguridad Social». Advierte además el TS en esta resolución que el litigio objeto del recurso «trae causa de dos incumplimientos de sendas exigencias legales, imputables, con mayor o menor intensidad a ambas partes en el proceso»: el incumplimiento del mandato contenido en la Ley 16/2003 y el del art. 207.2 RP que exige el concierto, a través de los correspondientes convenios de colaboración entre la Administración penitenciaria y sanitaria, para la determinación de la cuantía de la financiación (87).

Esta situación de desidia institucional parece responder no solo a la invisibilidad de este colectivo –especialmente necesitado por sus características de esa asistencia sanitaria–, sino al elevado coste económico que debe ser asumido por parte de las CCAA. Y mientras tanto, esta situación perjudica a la población reclusa puesto que, al producirse la facturación de la asistencia por pruebas médicas individualizadas, se pueden plantear ciertas restricciones en la realización de tal asistencia ante pruebas o ante el acceso a tratamientos farmacológicos de última generación de elevado coste económico (88). En este sentido, uno de los detonantes de este conflicto ha sido el pago de los antivirales de acción directa de última generación para el tratamiento de la hepatitis C, de alto coste económico. Así se ha denunciado que el tratamiento de esta enfermedad con los tratamientos de

---

(87) En el mismo sentido, resolviendo que es la Administración penitenciaria la que debe hacer frente al coste de la prestación de la asistencia sanitaria prestada por hospitales públicos en la CCAA de Andalucía, la STS 223/2019, de 21 de febrero.

(88) Así lo denuncia APDHA: *Sanidad en prisión*, ob. cit., p. 20.

última generación no se ha administrado en igualdad de condiciones que a la población en general (89). Tratándose ésta de una enfermedad con importante prevalencia en la población reclusa y que suele derivar en cirrosis y cáncer hepático (90), el acceso debe ser garantizado en condiciones de igualdad que al resto y, más aún, solventando las trabas añadidas que, en la prestación de la asistencia sanitaria, por su condición de privación de libertad y dependencia de la Institución, tiene la población reclusa (91).

Por ello reclama el Defensor del Pueblo a la Administración penitenciaria que aborde «decididamente este problema» y, mientras tal proceso de transferencia no vea definitivamente la luz, proceda a renovar los convenios con las CCAA «en aras de una mayor seguridad jurídica y garantía de asistencia a las personas privadas de libertad en los centros penitenciarios» (92). Eso sí, el riesgo de optar por la renovación de los convenios con las CCAA, hacia donde parece que se han dirigido los tímidos intentos de solución por parte de la Administración, además de desoír el mandato de la Ley 16/2003, perpetuaría una convivencia, inestable y limitada, de dos sistemas sanitarios, impi-

(89) Lo denuncia el CPT en su último informe sobre España, señalando que en los centros visitados se limitaba el acceso a los casos más graves de estado avanzado de fibrosis hepática (en la fase 3 mientras que a la comunidad en general se le garantizaba en la fase 2). Por ello el CPT «recomienda que las autoridades españolas se aseguren de que el principio de igualdad en la asistencia sea respetado, facilitando el mismo acceso al tratamiento antirretroviral a los internos diagnosticados con hepatitis C que a la comunidad en general». CPT/Inf (2017) 34, parágrafo 86.

(90) Sobre ello más detenidamente véanse los informes de APDHA: *Sanidad en prisión*, ob. cit., pp. 34 y ss y *Restricciones en el acceso a los tratamientos de la Hepatitis C. Vulneración del derecho a la salud de las personas presas* de 2014.

(91) Así lo ha puesto de manifiesto el Defensor del Pueblo que se ha ocupado en varios informes sobre el acceso a la triple terapia contra la hepatitis C. En su último informe de 2017, si bien recoge los datos facilitados por IIPP quien entiende que se garantiza en igualdad de condiciones el tratamiento de estos enfermos –habiéndose tratado el 26% de los internos que lo precisan, frente al 16% de la población en general que lo requiere–, el Defensor del Pueblo recuerda que la realidad muestra que las condiciones de acceso a los servicios sanitarios está mediatizada negativamente por su situación de privación de libertad, haciéndoles dependientes de servicios públicos externos que faciliten su traslado en condiciones seguras a instalaciones sanitarias de la red pública, al tiempo que sufren tanto los retrasos de los hospitales de referencia como la pérdida de citas cuando no pueden llevarse a cabo las conducciones, instando a la Administración a mantener un registro de las personas con hepatitis C crónica y a realizar un análisis más pormenorizado, por centros, para conocer qué establecimientos o servicios sanitarios autonómicos pueden tener retrasos que dilaten el tratamiento de estos enfermos; pp. 188 y ss.

(92) Informe Anual del Defensor del Pueblo de 2017, p. 187. En el mismo sentido se ha pronunciado el CPT en su último informe sobre España. CPT/Inf (2017) 34, parágrafo 87.

diendo la necesaria integración de la asistencia sanitaria en el sistema autonómico general de salud y no garantizando plenamente el principio de igualdad en la asistencia sanitaria (93). Por otra parte, la integración repercutiría en otro de los ámbitos que deben ser objeto de mejora: no solo la confidencialidad médico-paciente (especialmente en los casos de consultas externas), sino también del acceso a informes, historias clínicas y estudios médicos realizados (94).

## 4.2 La falta de suficiente personal médico y su estatus

El modelo de atención sanitaria configurado en la normativa penitenciaria, en el que la atención primaria se dispensa fundamentalmente en los centros penitenciarios con medios propios de la Administración, requiere, tal y como señala el art. 209 RP, de «al menos», un médico general, un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería. A ellos añade, de forma periódica, un psiquiatra y un médico estomatólogo u odontólogo y, en los centros de mujeres, servicios periódicos de ginecólogo y pediatra.

Este modelo plantea en la actualidad dos grandes retos: el primero, en cuanto a su naturaleza, referido al estatus que debe tener el personal médico dentro del organigrama de la Administración penitenciaria; el segundo, en cuanto a su dotación actual, que ha demostrado ser claramente insuficiente.

En cuanto a la primera de las cuestiones, hasta el momento el personal médico se integra dentro del personal funcionario, formando parte del Cuerpo de Instituciones Penitenciarias. Ese doble rol, de funcionario de prisiones y de profesional en el ámbito de la salud, puede dar lugar a conflictos en el juego de equilibrios entre la asistencia sanitaria y el seguimiento de determinadas medidas regimentales y de seguridad.

En el ejercicio de sus competencias (95), el personal médico debe atenerse solo a criterios de carácter médico, actuando como el médico

---

(93) Posición defendida por APDHA en el mencionado informe (p. 20) y, como allí recogen, por el Defensor del Pueblo español y andaluz, el Consejo General de la Abogacía Española y Fiscalía General del Estado (p. 21).

(94) Confidencialidad y acceso a información sanitaria que, si bien se garantiza en el art. 215 RP, en la práctica encuentra obstáculos. Más detenidamente sobre ello, APDHA: *Sanidad en prisión*, ob. cit., pp. 29 y ss.

(95) Recogidas en los artículos 284 y 281 del RP de 1981 y referidas estrictamente a la «asistencia higiénica y sanitaria de los establecimientos» (en vigor a tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria 1.4 del RP de 1996).

personal del paciente (96). Sin embargo, su dependencia orgánica (de la Subdirección Médica, dentro del organigrama de los Servicios Centrales de la SGIIP), así como las limitaciones ya de orden presupuestario, ya de seguridad y regimentales (97), puede plantear importantes dilemas éticos entre la priorización de la atención al paciente y la necesaria confidencialidad en su relación con él, y el seguimiento de las prescripciones sobre su actuación en ámbitos vinculados con la disponibilidad presupuestaria o con políticas de seguridad, ámbitos marcados por la legislación, las instrucciones o las órdenes de la dirección. Sobre ello baste un ejemplo: la actuación del médico en los casos en los que, persistiendo dudas razonables sobre la ocultación de algún objeto peligroso o de droga en el cuerpo del interno que no se han evidenciado a través de la medida de cacheo con desnudo integral (art. 68.2 RP) y de la cuestionable práctica de aislamiento y/o realización de flexiones o sentadillas por el interno hasta la expulsión del mismo, se proceda a la realización de una exploración radiológica. De existir en la enfermería del centro penitenciario el aparato de rayos necesario y no ser necesaria su derivación al centro hospitalario de referencia, el personal médico realizará una actuación referida a seguridad y con repercusiones negativas, de ser detectado un objeto prohibido, en el status del interno (98). Precisamente para salvaguardar la relación entre paciente y doctor, el CPT insta a que no se pida a los médicos que certifiquen si un interno es apto para sufrir un castigo ni para llevar a cabo registros corporales ni exámenes solicitados por parte de la autoridad, salvo en casos de emergencia cuando no pueda ser realizado por otro médico (99).

---

(96) Tal y como lo recoge la Recomendación R (98) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los aspectos éticos y organizativos de la asistencia sanitaria en prisión (parágrafos 19 y 20) y también el CPT en sus estándares sobre asistencia sanitaria en prisión. CPT/Inf (93) 12, parágrafos 72 y 73.

(97) Así lo subraya APDHA: *Sanidad en prisión*, ob. cit., p. 10.

(98) Al margen de la falta de garantías existente en la realización de esta práctica, pues no existe un protocolo de actuación y, como recuerda el Defensor del Pueblo, no tratarse de pruebas inocuas sino que tienen efectos dañinos sobre las personas sobre las que se someten (Informe de 2017, p. 201).

(99) CPT/Inf (93) 12, parágrafo 73. Otro ejemplo del conflicto que esa «doble lealtad» a la que se somete al personal médico, mayor cuando trabaja bajo la autoridad de la Administración penitenciaria, queda reflejado en el último informe del CPT sobre España con la realización de las pruebas de drogas efectuadas a los reclusos motivadas por fines no médicos. Entiende el CPT que pueden afectar a las relaciones entre el personal sanitario y sus pacientes, señalando que el personal médico que trabaja en los centros penitenciarios no debería involucrarse en la recogida y análisis de orina con fines represivos. Ésta es la razón por la que el CPT invita a las autoridades españolas a trasladar la atención sanitaria bajo la responsabilidad del Servicio Nacional de Salud. CPT/Inf (2017) 34, parágrafo 88.



Por otro lado, su papel de garante de la salud del interno ante situaciones de riesgo que pueden producirse en la prisión –detección de maltrato por parte de algún funcionario (100) o de ser víctima de violencia por parte de otros internos– y en la adopción de medidas regimentales restrictivas que pueden afectarle –sanción de aislamiento (101), adopción del régimen cerrado (102), supervisión del uso de sujeciones mecánicas (103)– hace necesario también considerar el modelo más adecuado de estatus del personal médico.

Este modelo seguramente sería sustituido de cumplirse con el mandato legal de la integración de la sanidad penitenciaria dentro del sistema general de salud. El ejemplo lo tenemos en la transferencia de la sanidad penitenciaria al Servicio Vasco de Salud, en el que el personal penitenciario ha pasado a integrarse a partir del 1 de julio de 2011 (104), dependiendo de esta cobertura y gestión de las plazas (105). Pero en todo caso, y en este segundo y deseable escenario, hay que subrayar que el personal sanitario que trabaje en prisión, ade-

---

(100) Las RPE establecen que el médico o enfermero cualificado que dependa de aquel deben prestar una especial atención en el examen del interno a la consignación e información a las autoridades competentes de toda señal o indicación que permita pensar que los internos han sufrido algún tipo de violencia (n.º 42.3 c). Ésa es una de las razones, junto con la necesidad de una separación interior y tratamiento adecuados desde el inicio, por la que el art. 20 RP contempla que los internos ingresados en un centro deben ser examinados por el médico a la mayor brevedad posible.

(101) La LOGP, en su artículo 43.1, establece que la sanción de aislamiento se cumplirá con informe médico del establecimiento, debiendo además éste vigilar diariamente al interno mientras permanezca en esta situación, informando al Director sobre el estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

(102) El art. 93.1.4 RP señala que los servicios médicos programarán las visitas periódicas a los internos que estén en un departamento especial, informando al Director sobre su estado de salud, sin que una previsión similar se recoja en la regulación del art. 94 referido a los internos en módulos o centros cerrados. Por ello no hay que olvidar que las RPE señalan que el médico o enfermero cualificado deben prestar atención especial a la salud de los internos que estén en condiciones de aislamiento en celda, visitándolos de manera cotidiana y proporcionándoles asistencia médica y tratamiento a petición del interno o del personal penitenciario (regla 43.2).

(103) El papel del médico, que deberá presentarse con la mayor brevedad posible en caso de sujeción, en la valoración y emisión de informe por escrito, señalando si existe o no impedimento clínico que desaconseje la aplicación de la contención mecánica por motivos regimentales, así como la supervisión por parte del personal sanitario con una periodicidad no superior a cuatro horas, se regula en el Protocolo establecido en la Instrucción 3/2018.

(104) Por RD 894/2011, de 24 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de sanidad penitenciaria.

(105) Un breve análisis del modelo puede encontrarse en ZULAIKA, D., ETXEANDIA, P., BENGUA, A., CAMINOS, J., ARROYO-COBO, J. M.: «Un nuevo modelo

más de tener conocimiento especializado para atender las patologías específicas más presentes en prisión y poder adaptar sus métodos de tratamiento a las condiciones propias de la privación de libertad, como señala en sus estándares en esta materia el CPT, debe estar capacitado para enfrentarse a situaciones que pueden producirse para prevenir la violencia y, si es necesario, poder controlarla. Por tanto, es necesaria su adecuada formación para el trabajo en este ámbito (106), así como su expectativa de continuidad en el mismo, para evitar que sea una población flotante o residual, que elija este destino como última opción. Evidentemente tal configuración requiere además de un reconocimiento profesional y económico adecuado (107).

Respecto a la segunda, la atención integral a la salud de una población con grandes carencias en este ámbito y en la que tal dimensión se proyecta no solo respecto a la atención primaria y especializada sino que también está presente en aspectos regimentales cotidianos tan dispares como el diseño de la alimentación, el seguimiento de aspectos médicos de diferentes programas de intervención (por ejemplo, todos los referidos a drogadicción y actuación en sobredosis, a la prevención de suicidios, transexualidad,...) o el control de actuaciones como la sanción de aislamiento en celda o el uso de sujeciones mecánicas, evidencia la necesidad de un número relevante de efectivos en cada centro penitenciario. Pero los números nos muestran una realidad muy preocupante (108). Tanto el Defensor del Pueblo como asociaciones de defensa de los derechos humanos o los sindicatos de prisiones se han hecho eco de tal carencia.

Su causa no se encuentra solo en la ausencia de oferta pública de empleo suficiente que tanto ha sufrido la Institución en los largos años de crisis económica, sino también en la falta de atractivo que presenta,

---

asistencial penitenciario: la experiencia del País Vasco», *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* vol. 14, n.º 3, 2012.

(106) Así se ha previsto en el País Vasco donde se han realizado Cursos de Sanidad penitenciaria dirigidos a médicos y enfermeros de Atención Primaria que se planteen desarrollar su actividad en un centro de salud penitenciario, habiéndose elaborado también un Manual de procedimientos sanitario-administrativos en el medio penitenciario.

(107) El CPT llega a sugerir en sus estándares la introducción de una especialidad profesional reconocida tanto para médicos como enfermeros sobre la base de una formación de postgrado y de una formación continuada. CPT/Inf (93) 12, párrafo 77.

(108) En el Informe de 2017, Instituciones Penitenciarias cifra sus recursos humanos en los siguientes datos: 37 subdirectores médicos, 315 médicos/Jefes de Servicio Médico, 562 enfermeros/Subdirectores/supervisores de enfermería y 435 auxiliares de enfermería. Asimismo había 5 Directores de programa, 31 farmacéuticos, 4 TEL, 14 TER, 2 fisioterapeutas y 39 celadores; ob. cit., p. 146.

lo que ha llevado incluso a que las plazas ofertadas no sean totalmente cubiertas o a la renuncia al puesto tras el nombramiento (109). No hay previsto tampoco un sistema para cubrir las plazas en situaciones de vacaciones, bajas o excedencias, lo que supone una sobrecarga añadida de trabajo en el resto del personal sanitario, además de estar prevista para los próximos años la jubilación de la mayor parte de esa plantilla. Esa falta de atractivo viene de la ausencia de incentivos y reconocimientos laborales y salariales específicos que compensen la mayor exigencia que tiene enfrentarse a un perfil de población de mayor complejidad a nivel sanitario al tiempo que trabajar con la dualidad ética de funcionario de prisiones-personal sanitario.

Mientras tanto, las consecuencias de esta carencia repercuten tanto en la calidad asistencial de los internos y, con ello, en su derecho a la salud, como en la situación laboral del personal sanitario de prisiones. Así, como evidencia el Defensor del Pueblo, hay centros en los que la falta de personal sanitario lleva a sustituir las guardias presenciales por guardias localizadas, lo que ralentiza de manera importante la atención del médico en casos de urgencia –particularmente en determinados centros tipo ubicados en el campo, que a su vez distan de los hospitales de referencia–, a lo que se añade la dificultad de la inmediata disponibilidad de las fuerzas conductoras. Los enfermeros no tienen capacidad de diagnosticar ni dispensar tratamiento y el intento en ocasiones de que asuman obligaciones propias de los médicos ha sido fuente de conflicto laboral. En otros, las vacaciones del personal, sin la previsión de sustitutos, conlleva la falta de consulta durante un tiempo relevante (110). Todo ello repercute en una mayor carga laboral y psicológica para el personal existente que debe atender, con recursos personales mermados, a una población penitenciaria numerosa y con importantes carencias de salud (111).

Esta situación se ve aún más agravada respecto a la atención de las personas con enfermedad mental. A la alarmante carencia de

---

(109) Así lo advierte el Defensor del Pueblo en su Informe de 2017, p. 196.

(110) Recordemos que las RPE señalan que cada prisión debe disponer al menos de los servicios de un médico de medicina general, adoptándose las medidas necesarias para asegurar que en todo momento pueda intervenir un médico en caso de urgencia sin demora y que las prisiones que no dispongan de médico a tiempo completo deben recibir visitas regulares de un médico a tiempo parcial (regla 41).

(111) En este punto el CPT señala, en sus estándares sobre los servicios de asistencia sanitaria en prisión, que mientras dure la privación de libertad, los internos deben poder tener acceso al médico en cualquier momento, con independencia de su régimen (y particularmente más en el caso de internos en aislamiento), debiendo estar organizados los servicios de salud para posibilitar que las solicitudes de consulta al médico puedan ser atendidas sin dilaciones indebidas; CPT/Inf (93) 12, párrafo 33.

psiquiatras en los dos centros penitenciarios psiquiátricos (112), imprescindibles tanto para el diagnóstico como para el seguimiento de los tratamientos de los que padecen una enfermedad mental, hay que añadir la falta de tales profesionales en los centros penitenciarios ordinarios (113), donde se acumulan normalmente en módulos ordinarios sujetos con enfermedades mentales de distinto orden, lo que supone un obstáculo insalvable para el buen funcionamiento del Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales (PAIEM) (114).

La prestación de la asistencia sanitaria, más cuando el sistema pivota sobre la asistencia preferentemente presencial en los centros penitenciarios, requiere de manera urgente la dotación adecuada de efectivos personales para llevarla a cabo en todos los centros penitenciarios españoles. Urge por tanto, como solicita el Defensor del Pueblo, revisar las condiciones de trabajo y retribución del personal sanitario en prisión (115), situación que en todo caso podría verse solventada en gran medida con la asunción de competencias por parte de las CCAA y sus servicios generales de salud.

Si la falta de personal médico dentro de las prisiones afecta a la atención primaria y de urgencia, que es la realizada en prisión, existen otros factores que distorsionan a su vez la atención especializada que se presta a través del sistema general de salud pública. Más allá de lo ya señalado sobre el problema de las competencias y su repercusión en el acceso a la sanidad penitenciaria, la dependencia del interno-paciente de la Administración penitenciaria, que actúa como intermediaria ante la Administración sanitaria general, ralentiza en no pocas ocasiones el acceso a esos servicios de atención especializada. Además de sufrir los inconvenientes derivados de la saturación del sistema o de las listas de espera, propios del

---

(112) Que en números, en 2017, se concretaba en 1 subdirector médico, 3 médicos generales 1 un farmacéutico en cada uno de los dos hospitales psiquiátricos, 4 Psiquiatras en Alicante frente a 1 en Sevilla, solo un subdirector de enfermería en Alicante, 7 enfermeros en Alicante y 9 en Sevilla y 26 auxiliares de enfermería en Alicante frente a 19 en Sevilla. *Informe General 2017*, ob. cit., p. 147.

(113) Al respecto el CPT en sus estándares sobre asistencia sanitaria en prisión es categórico: debido a la alta incidencia de problemas psiquiátricos entre los internos, debería existir en cada prisión un psiquiatra cualificado, así como enfermeros especializados en este campo. CPT/Inf (93) 12, parágrafo 41.

(114) Así lo ha manifestado el Defensor del Pueblo en su último informe: «hay casos en los que en estos centros no se dispone del servicio de psiquiatría, no ya de plantilla, ni siquiera consultor, de modo que resulta difícilmente comprensible que pueda plantearse un programa de esta naturaleza sin la concurrencia del médico especialista en tratamiento de las enfermedades mentales»; p. 199.

(115) *Ibidem*, p. 196.

sistema y que afectan en general a toda la población, las personas privadas de libertad, para acceder a la atención especializada, deben superar un primer filtro consistente en la solicitud por parte del responsable médico del centro, lo que requiere previamente una solicitud, vía funcionario de prisiones y su atención y evaluación posterior por el médico (116). Pero, en segundo lugar, en tanto la consulta especializada requiere la excarcelación del interno y su traslado al centro sanitario correspondiente, está condicionada a la existencia de efectivos policiales suficientes para llevarla a cabo. Y se ha detectado de manera muy preocupante cómo existe una importante pérdida de consultas médicas por este motivo (117), lo que dilata aún más la atención del interno que pasa al final de la lista de espera que ya exista en ese servicio. Como ha señalado el Defensor del Pueblo, la responsabilidad no puede ser atribuida al interno en el sentido de intentar que aproveche las salidas del centro para acudir por sus propios medios a las consultas, pues la fecha de éstas son previamente fijadas por las autoridades sanitarias, debiendo ser entonces tarea de la Administración penitenciaria la sincronización de dichas salidas con la asignación de citas (118), concluyendo que no se trata de meras molestias o incomodidades, sino de disfunciones que repercuten directamente sobre la salud de las personas privadas de libertad, sobre los que la Administración tiene un deber específico de especial protección legalmente establecido (119). En

---

(116) En este sentido, el CPT en su último informe sobre España recomienda en los centros visitados que se habilite un sistema que permita poner en contacto al interno con el servicio médico de forma confidencial, por medio de un sobre cerrado y en buzones dispuestos para ello, gestionados exclusivamente por el equipo médico, sin que los funcionarios de prisiones deban examinar esas solicitudes. CPT/Inf (2017) 34, parágrafo 80.

(117) Lo que ha sido objeto de preocupación por parte del Defensor del Pueblo en la última década. Así, en su Informe de 2017 señala cómo todavía en algunos centros penitenciarios el número y porcentaje de consultas médicas que se pierden por falta de efectivos policiales, pese a estar programadas con mucha antelación, es muy elevado, llegando a ser en algunos centros de un 32% de consultas que no se realizaron por tal motivo en el centro penitenciario de Jaén o del 29% en el centro penitenciario de Palma de Mallorca; ob. cit., p. 191.

(118) Otra medida es la propuesta por APDHA de priorización de las conducciones médicas sobre otros servicios y la concesión, en caso de imposibilidad, de permisos extraordinarios para la realización de salidas en régimen de autogobierno de manera menos excepcional de lo que se conceden en la actualidad. *Sanidad en prisión*, ob. cit., p. 12.

(119) Instando por ello a la Administración a que adopte medidas efectivas directas que no hagan depender de la coincidencia de la salida –particularmente en internos en primer y segundo grado– así como a una adecuada dotación de efectivos policiales. Denuncia asimismo que en varios centros penitenciarios hay un número

otras ocasiones esa pérdida de citas proviene del traslado de los internos de un centro a otro sin tener en cuenta las citas médicas concertadas (120), lo que nuevamente es responsabilidad no del interno, sino de la Administración Penitenciaria que trae como consecuencia, si no una negativa de acceso al sistema sanitario, sí claramente su ralentización. Ello puede tener efectos de diversa entidad en función del estado de salud y de la enfermedad de que se trate, por lo que esta práctica debe ser subsanada con la aplicación de lo ya establecido desde 1998 en la Circular 2/1998 sobre suspensión de traslados en caso de pruebas médicas pendientes, cuando aquellos puedan afectar a procedimientos diagnósticos o a tratamientos en curso.

Precisamente la asistencia sanitaria especializada puede ser satisfactoriamente implementada, en múltiples ocasiones, por la vía de la telemedicina, tal y como está previsto desde la Instrucción 2/2007 (121). Sin embargo, como ha puesto en evidencia el Defensor del Pueblo en su último informe, persisten dificultades para la extensión de los servicios de atención a personas privadas de libertad a través de la telemedicina, instando a la Administración penitenciaria a realizar un especial esfuerzo para remover los obstáculos existentes para mejorar la asistencia sanitaria de los internos (122).

Asimismo, las Administraciones competentes de manera coordinada deben potenciar la realización de la asistencia especializada de las consultas más demandadas dentro de la prisión, tal y como señala el art. 209 RP (123), lo que requiere, eso sí, la clarificación de la relación entre ambas instituciones, ya por la vía menos adecuada de nuevos convenios de colaboración, ya por la materialización de la obligación legal del traspaso de competencias a la Administración sanitaria.

---

muy relevante de consultas programadas no realizadas sin que se conozca el motivo. *Informe de 2017*, p. 192.

(120) APDHA: *Sanidad en prisión*, ob. cit., p. 13.

(121) Que recoge la posibilidad de realizar consultas por el sistema de videoconferencias entre los centros penitenciarios y los centros sanitarios de la red pública, centros sanitarios privados o centros penitenciarios entre sí, «con el objeto de facilitar y mejorar la asistencia sanitaria de los internos» requiriendo para ello la voluntariedad expresa del interno.

(122) Como afirma el Defensor, «no es razonable que se aluda de forma reiterada a la falta de recursos y simultáneamente no se desplieguen todos los esfuerzos necesarios para evitar incurrir en gastos innecesarios a través del empleo de medios que la moderna tecnología ofrece desde hace años». *Informe General de 2017*, p. 188.

(123) Así también lo señalaron los JVP en su acuerdo n.º 81 adoptado en 2008.

# Del sistema progresivo a la individualización científica. La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el derecho penitenciario

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO

Doctor en Derecho  
Profesor de la UDIMA

## RESUMEN

*El presente trabajo rinde homenaje a la Ley General Penitenciaria, a sus cuarenta años de vigencia. Para ello se realiza un breve recorrido histórico relativo a la formación del sistema penitenciario en España, pasando por el sistema de ejecución de condenas progresivo hasta llegar al evolucionado sistema de individualización científica. Una especial atención merece el bienio 1978-1979 y la figura de don Carlos García Valdés, quien fuera Director General.*

*Palabras clave: sistema penitenciario; sistema progresivo; individualización científica; reforma penitenciaria.*

## ABSTRACT

*This work pays tribute to the General Penitentiary Law, to its forty-year life. It shows a brief historical overview on the formation of the penitentiary system in Spain, through the progressive system until you get to the evolved system of individuation the scientific. A special attention deserves the biennium 1978-1979, and the figure of don Carlos García Valdés, who was Director-General.*

*Key words: prison system; progressive system; scientific individualization; prison reform.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La normativa penitenciaria decimonónica y la formación del sistema progresivo. 2.1 La Ordenanza de Presidios Navales de 1804. 2.2 La Ordenanza General de los Presidios del Reino. 2.3 El experimental sistema progresivo del Coronel Montesinos en el presidio correccional de Valencia. 2.4 El modelo progresivo español en la Colonia de Ceuta.–3. El siglo xx, la consolidación del sistema progresivo en España y su posterior transición hacia la individualización científica. 3.1 El Real Decreto de 3 de junio de 1901. 3.2 El Decreto de 18 de mayo de 1903. El sistema tutelar correccional. 3.3 El Real Decreto de 5 de mayo de 1913. 3.4 La normativa posterior. El Decreto de 1968 y la introducción del sistema de individualización científica.–4. La reforma penitenciaria en el período preconstitucional. 4.1 La elaboración de la Ley General Penitenciaria de 1979 y la figura de don Carlos García Valdés. 4.2 La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

## 1. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido ciento dieciocho años desde que se instauró en España, de forma generalizada y con reconocimiento legal, el sistema progresivo de cumplimiento de condenas. Y se han consumido cuarenta años desde que se promulgó la primera Ley Orgánica del período constitucional, General Penitenciaria (en adelante LOGP), aprobada por aclamación, de la mano de don Carlos García Valdés, suponiendo la norma penitenciaria el punto de inflexión por excelencia del siglo xx. Es por ello que nos detendremos, como no podría ser de otra manera, en lo acaecido durante el bienio 1978 y 1979 en el espacio intramuros.

La historia resulta necesaria, por cuanto nos muestra los antecedentes valiosos y los modelos fallidos. Así, el estudio de los principales cuerpos normativos del siglo xix, desde una mirada de avance cronológico, nos muestra elementos y disposiciones eminentes en relación con el presente. La clasificación de los reclusos respondía entonces esencialmente a criterios organizativos, habida cuenta del carácter utilitarista y militar de la ejecución penal del momento. Pero la atención al comportamiento individual y a la progresión personal de los penados en aquellos emplazamientos, en orden a la consecución de su reforma y corrección, quedaría patente en aquellas normas que irían formando el clásico sistema progresivo con períodos rígidos de cumplimiento.

El concepto de clasificación de condenados que hoy manejamos deviene de un criterio organizativo intramuros relativamente moderno; y supone, efectivamente, uno de los principales avances en la moderna



penología. Anteriormente, como afirma Sanz Delgado, «rige la separación interior» (...), «especialmente a partir de los criterios informadores de la reclusión preventiva, transferidos a la penitenciaria» (1). Tal diferenciación *ad intra*, o ubicación espacial de los presos, es el resultado de una práctica histórica de carácter procesal y de fundamento, en multitud de ocasiones, profiláctico. Y tal concepto diferenciador, es el que se transmitiría, más tarde, al ámbito de la ejecución penal, bajo similares propósitos pero atendiendo a fines preventivo-especiales. Una separación interior necesaria y previa, básica para poder implementar «cualquier labor individualizadora» (2), para finalmente llegar a los modos de individualización hacia afuera, con la prisión abierta y sus posibilidades reinsertadoras, hasta la libertad condicional.

El binomio que integra el término *individualización científica*, término nuclear del sistema penitenciario español actual, se construye atendiendo a la historia y a la modernidad: sistema «separado en grados», pero dotado de flexibilidad. El estudio científico individualizado y su plasmación en un programa tratamental, es el resultado último del desarrollo y la evolución en la aplicación del clásico y decimonónico sistema progresivo de cumplimiento de condenas privativas de la libertad, y su perfeccionamiento, siguiendo las corrientes criminológicas que, desde fundamentos preventivo-especial positivos, planteados a comienzos del xx, llegan hasta nuestros días.

Y es que, como sagazmente indicara De la Morena, «el día que se inició la búsqueda de caminos hacia la sociedad del hombre privado de libertad, la individualización se completó con la resocialización» (3).

## 2. LA NORMATIVA PENITENCIARIA DECIMONÓNICA Y LA FORMACIÓN DEL SISTEMA PROGRESIVO

### 2.1 La ordenanza de presidios navales de 1804

De entre las normativas específicas de carácter penitenciario, sería la otorgada en Aranjuez, el 20 de marzo de 1804, Ordenanza de presi-

---

(1) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid, 2003, p. 132.

(2) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, p. 133.

(3) Cfr. DE LA MORENA, E.: Discurso pronunciado por el autor en el acto de clausura del II Curso de Funcionarios Auxiliares de 1972, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 199, 1972, p. 793. pp. 2006-2011.

dios navales de 1804 (4), la que introdujera ya criterios individualizadores en la clasificación (5) penitenciaria, tras las semillas que depositaron los principios inspiradores de la Real Pragmática de 12 de marzo de 1771 (6), y las demás ideas y normas del último cuarto del siglo XVIII.

La Ordenanza supuso «la primera formación sistemática en nuestra reforma penitenciaria» (7), como advirtiera Salillas, o como recuerda García Valdés, «la unificación normativa de todos los esta-

---

(4) Acerca de este cuerpo normativo, *Vid.* entre otros, SALILLAS R.: *La vida penal en España*. Madrid, 1888, pp. 238 ss.; el mismo: «Prioridad de España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país á fines del siglo XVIII y comienzos del XIX», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*, tomo VI, sesión del 18 de junio de 1913. Madrid, 1914, pp. 74 ss.; el mismo: *Evolución penitenciaria en España*, t. II. Madrid, 1918, pp. 219 ss.; CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*. Madrid, 1893, pp. 176-178; el mismo: *Instituciones Penitenciarias y similares en España*. Madrid, 1922, pp. 319 ss.; CASTEJÓN, F.: *La legislación penitenciaria española*. Madrid, 1914, pp. 5, 313 ss.; CUELLO CALÓN, E.: *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*. Madrid, 1920, p. 142; el mismo: *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I y único. Barcelona, 1958 (reimpresión, Barcelona, 1974), p. 366; GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario de España (investigación histórica y sistemática)*. Madrid, 1975, p. 29; el mismo: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 39, septiembre-diciembre, Madrid, 1986, pp. 780-787; el mismo: *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*. Madrid, 1991, p. 27; el mismo: *Del presidio a la prisión modular*. Madrid, 1996. Reimpresión, 2008, p. 12; el mismo: *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Madrid, 2006, pp. 34-36; el mismo: «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2012, p. 60; HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaria (historia y actualidad)*. Madrid, 1985, pp. 191 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Madrid, 1998, pp. 45 ss., 103; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, pp. 189-197; el mismo: «Disciplina y reclusión en el siglo XIX: criterios humanizadores y control de la custodia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 54, enero-abril, Madrid, 2004, pp. 112 ss.; CÁMARA ARROYO, S.: *Internamiento de menores y Sistema Penitenciario*. Madrid, 2011, pp. 147-150; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica y Tratamiento en prisión*. Madrid, 2014, pp. 83 ss.; MILLA VÁSQUEZ, D.: *Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. Historia, teoría y praxis*. Lima, 2016, pp. 142-145.

(5) En el Título III y del artículo 5.º del Título IV.

(6) *Vid. Novísima Recopilación*. Libro XII, Tít. XL, ley 7.ª Se afirmaba la necesidad de evitar la contagiosa mezcla de personas menos viciadas, con los reos más abandonados cuyo promiscuo trato los reduce á una absoluta incorregibilidad. Acerca de la misma, *Vid.*, por todos, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, pp. 118 ss.

(7) Cfr. SALILLAS R.: *Evolución II, op. cit.*, p. 837.

blecimientos penitenciarios, militares y civiles» (8), y generó todo un sistema, el germen del derecho penitenciario actual, el antecedente del sistema progresivo (9) de cumplimiento de condenas, siendo incluso catalogada como «la primera ley penitenciaria española» (10). Esta norma exteriorizaba el gran sentir militar, «inequívocamente utilitario (11)» (12), en palabras de Sanz Delgado.

El artículo 5.º del Título IV de la Ordenanza establecía un sistema progresivo de cumplimiento de condenas, de modo que «los presidiarios estarán divididos en tres clases: primera y segunda de peonaje, y tercera de marineros y operarios; en la primera estarán todos hasta cumplir la tercera parte de la condena, y en la segunda, hasta las otras dos terceras partes; de la segunda clase se sacarán para aprendices de talleres y obradores los que tengan buena disposición, y para la tercera, los marineros y operarios, si los hubiera».

Finalmente, la derrota en Trafalgar el 25 de octubre de 1805 supuso un punto de inflexión por cuanto comenzó el desplome (13) de los Presidios Arsenales de la Marina.

---

(8) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio op. cit.*, p. 12. El autor además calificaba a la misma como «el primer sistema penitenciario progresivo-correccional». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penitenciario militar op. cit.*, p. 781.

(9) A este respecto, Vid. SALILLAS R.: *La vida penal op. cit.*, pp. 239 ss., 396; el mismo: *Prioridad de España op. cit.*, p. 75; el mismo: *Evolución II, op. cit.*, p. 229. También, CADALSO, F.: *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*, I. Madrid, 1896, p. 70; el mismo: *Estudios penitenciarios op. cit.*, p. 176; el mismo: *Instituciones op. cit.*, pp. 319 y 324; CASTEJÓN, F.: *La legislación op. cit.*, pp. 5 y 86; CUELLO CALÓN, E.: *Penología op. cit.*, p. 142; el mismo: *La moderna penología op. cit.*, p. 366; LASALA NAVARRO, G.: «Los cinco Códigos fundamentales del ramo de prisiones», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 31, octubre 1947, p. 28; el mismo: «Condena a obras públicas», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 136, septiembre-octubre, 1959, pp. 21, 23 y 24; GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, p. 29; el mismo: *Derecho penitenciario militar op. cit.*, pp. 781 y 785; el mismo: *Teoría de la pena*, 3.ª ed., 1.ª reimpresión, Madrid, 1987, p. 90; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid, 1983, p. 162; BUENO ARÚS, F.: «Historia del Derecho Penitenciario español», en VV.AA.: *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Alcalá de Henares. 1985. 2.º ed. 1989, p. 19; FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del Penitenciarismo Español*. Madrid, 2000, pp. 75-77; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, pp. 190 ss.; el mismo: *Disciplina y Reclusión op. cit.*, p. 113; CÁMARA ARROYO, S.: *Internamiento de menores op. cit.*, pp. 149 y 150.

(10) Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual op. cit.*, p. 161.

(11) El término se recogió en la parte preambular de la norma, y por SALILLAS R.: *Evolución... II, op. cit.*, pp. 226 y 227.

(12) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, p. 194.

(13) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penitenciario militar op. cit.*, pp. 786 y 787.

## 2.2 La ordenanza general de los presidios del Reino

El Código Penal de 1822, el primero publicado en España tras la liberal Constitución de 1812, introdujo nuevas penas privativas de libertad añadidas a las ya existentes, aun por breve plazo temporal, mediante la Ordenanza de los Presidios de los Arsenales de Marina de 1804 y el Reglamento de presidios peninsulares de 1807, implicando la necesidad de disponer de más lugares adecuados al efecto; y, de llevar a cabo, en los existentes, las reformas pertinentes.

Era necesaria una Ordenanza de presidios para todos ellos, esto es, evolucionar desde la forma presidial a la prisión. El Gobierno pretendía así transformar los presidios militares en civiles, hecho que implicaba introducir una corriente más humanitaria y moralizadora al mismo tiempo.

Don Javier de Burgos y Olmo, Ministro de Fomento, plasmó su nombre en el Real Decreto de 14 de abril de 1834, dado en Aranjuez, aprobando la Ordenanza General de los Presidios del Reino (14).

---

(14) Entre los estudios más trascendentes en relación a esta norma, Vid. ROMERO Y GIRÓN, V.: «Introducción», en ROEDER, C.D.A.: *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios. (Fundamento jurídico de la pena correccional. Mejora del sistema de prisiones por medio del aislamiento. El ramo de prisiones a la luz de nuestra época)*. (Traducido por Vicente Romero y Girón). Madrid, 1875, pp. 75 ss.; SALILLAS R.: «Informe del negociado de Sanidad Penitenciaria», en *Dirección General de Prisiones: Expediente para la Reforma Penitenciaria*. Madrid, 1904, pp. 110 y 111; el mismo: «La Ordenanza general de los presidios y las aberraciones penitenciarias reinantes», en *Revista Penitenciaria*, Tomo IV. Madrid. 1907, pp. 705 ss.; el mismo: *Evolución II, op. cit.*, pp. 574 ss.; CADALSO, F.: *Instituciones op. cit.*, pp. 365 ss.; CASTEJÓN, F.: *La Legislación op. cit.*, pp. 2 ss.; CUELLO CALÓN, E.: *Penología op. cit.*, p. 144; el mismo: *La moderna penología op. cit.*, pp. 368 y 369; LASALA NAVARRO, G.: «Los presidios civiles», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 72, enero-marzo, 1966, pp. 103 ss.; el mismo: «El teniente General Don Francisco Javier Abadía», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 32 y 33, noviembre-diciembre, 1947, pp. 99 ss.; GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, p. 30; el mismo: *Derecho penitenciario militar op. cit.*, pp. 791 ss.; el mismo: *Teoría de la pena op. cit.*, pp. 96 y 97; el mismo: *Los presos jóvenes op. cit.*, pp. 37 ss.; el mismo: *Del presidio op. cit.*, pp. 15 ss.; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual op. cit.*, pp. 165 ss.; BUENO ARÚS, F.: *Historia del Derecho op. cit.*, pp. 19 y 35; MAPELLI CAFFARENA, B.: Voz «Pena privativa de libertad», en VV.AA: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIX. Barcelona, 1989, p. 445; TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios op. cit.*, pp. 104 y 105; FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes op. cit.*, pp. 19, 22 y 32; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, pp. 202 ss.; CÁMARA ARROYO, S.: INTERNAMIENTO DE MENORES *op. cit.*, pp. 179 ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica... op. cit.*, pp. 98 ss.; MILLA VÁSQUEZ, D.: *Los beneficios penitenciarios... op. cit.*, pp. 149 ss.

Las circunstancias que motivaron esta novedad normativa fueron, como apunta Sanz Delgado, «la urgencia de una regulación integral de prisiones, que se unía al elemento renovador vislumbrado en la intención gubernamental de llevar a cabo la transformación de los presidios militares en civiles» (15), y poner término al estado de desorden en que, por lo general, se hallaban los presidios del Reino.

La Ordenanza, tal y como la ha visualizado García Valdés, «puede considerarse como la primera norma no militar de envergadura, por su carácter general, sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad que se publica en España. No se trató únicamente de una ley, fue un estandarte» (16). Este texto «uniforme y completo» (17), constituyó, para García Valdés, «el primer Reglamento penitenciario de España» (18).

Ciertamente, poco a poco, muy pausadamente, la competencia militar iría cediendo en favor de la civil, hasta que esta pudiera apoderarse de las instituciones penitenciarias, lo cual a priori fue más teórico que práctico.

La Ordenanza se desglosaba en cuatro partes diferenciadas. Recogía la transformación de los presidios militares en civiles así como la división (arts. 1 y 2) de los mismos en depósitos correccionales, presidios peninsulares y presidios de África, en función de la duración de la pena privativa de libertad. La clasificación de los presidios que introduce y el envío de los reclusos a alguno de ellos, se lleva a cabo exclusivamente teniendo en cuenta la pena que lleven aparejada los delitos (Depósitos correccionales para sentenciados a dos años por vía de corrección; Presidios peninsulares, para condenados a más de dos años y hasta ocho; y, Presidios Africanos, para los condenados a más de ocho años, con o sin retención).

No obstante, la norma pronto precisó de actualización. Al poco tiempo de entrar en funcionamiento, esta sembró su necesaria reforma.

### **2.3 El experimental sistema progresivo del Coronel Montesinos en el Presidio Correccional de Valencia**

En el año de 1834, aprobaba la Ordenanza General de los Presidios del Reino, llevaría consigo la inminente práctica de un sistema

---

(15) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, p. 203. Asimismo, con anterioridad, Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de op. cit.*, p. 165.

(16) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional op. cit.*, p. 28.

(17) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, p. 207.

(18) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, p. 29.

experimental ideado por D. Manuel Montesinos y Molina, conocido como el «Coronel Montesinos (19)», por entonces Comandante.

(19) Acerca de la figura y obra de este gran protagonista, *Vid.*, entre otros, BOIX, V.: *Sistema penitenciario del Presidio Correccional de Valencia*. Valencia, 1850, *passim*; SALILLAS R.: *La traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria (historia palpitante)*. Madrid, 1906, p. 7; el mismo: «Montesinos y el sistema progresivo», en *Revista Penitenciaria*, tomo III, Madrid, 1906, pp. 5-15, 145 ss.; el mismo: «Un gran penólogo español: El coronel Montesinos». Madrid, 1906, reproducido en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 307-315; RICO DE ESTASEN, J.: *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*. Alcalá de Henares, 1948, *passim*; el mismo: «El Sistema penitenciario del Coronel Montesinos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 135, julio-agosto, 1958, pp. 537-554; BUENO ARÚS, F.: «Ideas y realizaciones de Montesinos en materia de trabajo penitenciario»; reproducido en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 123-179; CUELLO CALÓN, E.: «Montesinos precursor de la nueva Penología», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 43-73; DEL ROSAL, J.: «Sentido reformador del sistema penitenciario del Coronel Montesinos», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 67-73 FRANCO DE BLAS, F.: «Formación penitenciaria del Coronel Montesinos y su célebre sistema», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 97-122; GARCÍA BASALO, J. C.: «La celebridad internacional de Montesinos», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 180-200; LASALA NAVARRO, G.: «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 74-96; MONTESINOS Y MOLINA, M.: «Bases en que se apoya mi sistema penal sin las que serán no solo inútiles sino perjudiciales cuantos medios se intenten para morigerar á nuestros criminales; obtenidas por el estudio de sus costumbres en el dilatado tiempo de veinte años que he desempeñado el destino de primer jefe del establecimiento penal de Valencia é Inspector General de los demás del Reyno; circunstancia que me ha facilitado observar el carácter, índole y tendencias de los delinquentes de todas las provincias de España en las que he planteado mi método y conseguido iguales resultados; sin necesidad de apelar á la fuerza ni á duros castigos, valiéndome únicamente de las máximas siguientes: Inspirar al hombre en el alma del delincuente sentimientos de lenidad y afición al trabajo, encaminándolos á útiles ocupaciones, debe ser objeto moral de las penitenciarías públicas, para que desde ellas no salgan á precipitarse de nuevo en la carrera interminable de los delitos», en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 290-291; el mismo: «Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia. Reforma de la Dirección General del Ramo, y sistema económico del mismo». Valencia, 1846, reproducido por la *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, pp. 249-272; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual... op. cit.*, pp. 110-116; TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios... op. cit.*, pp. 83 y 84; FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes... op. cit.*, pp. 73 ss.; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, pp. 168-186; el mismo: «Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en *Marginalidad, cárceles, las «otras» creencias: primeros desarrollos jurídicos de la «Pepa»*. Cádiz, 2008, pp. 128-134; GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio op. cit.*, p. 40; CÁMARA

Nombrado interinamente pagador del Presidio de la Plaza de Valencia (20) el 6 de septiembre del mismo año, se revalidaría en propiedad el 25 de julio de 1837, asumiendo la dirección de dicho establecimiento en 1835.

Montesinos pronto dejaría su huella con una labor loable e influyente en la normativa venidera, siendo nombrado incluso Visitador General de los Presidios del Reino y, por encima de todo, como bien apunta el profesor Sanz Delgado, «vino a ser la solvencia improvisadora, la inteligencia resuelta en la aplicación de la norma de 1834, el trato personal e individualizador, que afianzaba un sistema de próspera ideología» (21). Fue, en definitiva, el padre del sistema progresivo (22), la gallina que puso los huevos (23).

Una de las frases célebres del Coronel Montesinos fue la de «Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda a destruir ó entorpecer su sociabilidad, impedirá su mejoramiento. Por esto las penas, lejos de atacar deben favorecer este principio, fomentando

---

ARROYO, S.: *Internamiento de menores... op. cit.*, pp. 197-207; RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La corrección del delincuente. Orígenes del sistema penitenciario español (siglos XIX-XX)*. Madrid, 2012, pp. 212 ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica... op. cit.*, pp. 108-127; el mismo: «La experimentación del sistema del Coronel Montesinos. Precursor del régimen abierto actual», en *Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénaga*. Universidad de Guadalajara (México), núm. 10, 2015, formato electrónico; MILLA VÁSQUEZ, D.: *Los beneficios penitenciarios... op. cit.*, pp. 110 ss.

(20) El Presidio de San Agustín, como señalaba Bueno Arús, «era en realidad un Presidio peninsular, al que se destinaban los condenados con penas de dos hasta ocho años procedentes de las provincias de Valencia, Castellón, Alicante, Murcia, Albacete y Cuenca». Cfr. BUENO ARÚS, F.: *Ideas y realizaciones op. cit.*, p. 147. El presidio, se situó inicialmente en las Torres de Cuarte. Sobre estas Torres, Vid. DE RODY, A.: «Noticias sobre las Cárceles y penales que en el pasado siglo existían en Valencia», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año III, núm. 31, octubre, 1947, pp. 99 y 100; pasando posteriormente, al antiguo convento de San Agustín. Vid. BOIX, V.: *Sistema penitenciario op. cit.*, pp. 3-4.

(21) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, p. 163.

(22) Como apunta Bernaldo de Quirós, Crofton atribuyó la paternidad del sistema progresivo a Montesinos en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1872. Vid. BERNALDO DE QUIRÓS, C.: «Cursillo de Criminología y Derecho Penal», Ciudad Trujillo, 1940. p. 210; el mismo: *Lecciones de derecho penitenciario*. México D. F., 1953, p. 106. Montesinos influyó activamente la configuración del sistema progresivo irlandés, de Crofton, mientras que en España, la influencia fue escasa, por no decir que no se reconoció. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Ult. op. cit.*, p. 84.

(23) Salillas en contra de la teoría de que Crofton es el inventor del sistema progresivo (de ahí el llamado sistema progresivo o irlandés), señala, refiriéndose a Walter Crofton y Alexander Maconochie, que «las gallinas penitenciarias ya habían puesto muchas veces, y de ello salió la pollada nueva». Cfr. SALILLAS R.: *Montesinos y el sistema... op. cit.*, p. 6.

su acrecentamiento» (24). El principal logro de Montesinos fue el de organizar un sistema de tratamiento capaz de regenerar a los delincuentes, mediante la aplicación de rebajas en la duración de las condenas, en recompensa al buen comportamiento y a las obras que realizaban, «recibiendo en su seno hombres ociosos y mal intencionados, para devolverlos á la sociedad, honrados, si se puede, y laboriosos ciudadanos» (25). Y es que, como el mismo Montesinos señalara: «La ociosidad es la madre de todos los vicios, (...)» (26).

El núcleo del sistema de Montesinos en el presidio correccional de Valencia nos lo describe Rico de Estasen, cuando señala que «lo característico del mismo, lo que le hacía a un tiempo eficaz, real y positivo en su aplicación, es que obraba de manera constante y gradual sobre los presos. De otra manera no era posible modificar sus caracteres y perniciosos hábitos hasta el punto de que ofrecieran la necesaria garantía. Esto es, se trataba de un verdadero sistema, redentor y progresivo, que sin llegar a anularlo, dulcificaba el sentido expiatorio de la pena» (27).

Las bases del Sistema de Montesinos podrían diseñarse en cuatro bloques: el primero, basado en establecer en el Presidio un ambiente de prueba, moldeador de reclusos, donde ellos aprenderán, en síntesis, lo que es bueno y lo que es malo. Un segundo bloque, unificado con el tercero, de disciplina inalterable, vigilada y prevenida. Finalmente, un tercero, dirigido a motivar el ánimo al trabajo voluntario de todo recluso; y un cuarto bloque, de justicia (28).

El primer período, denominado por Salillas «de los hierros» (29), era el aplicado a los recién ingresados, que mantenían una entrevista inicial con el comandante. El segundo período era el del trabajo en común. Imperaba la máxima de que «Inspirar en el alma de los delincuentes sentimientos de lenidad y de afición al trabajo, encaminados á útiles ocupaciones, debe ser el objeto moral de las penitenciarías públicas, para que desde ellas no salgan á precipitarse de nuevo en la carrera interminable de los vicios» (30). En este período, se adquirirían aptitudes artesanales o profesionales fuera del carácter utilitario, y los penados conseguían cierta capacitación profesional por la gran varie-

(24) Cfr. MONTESINOS Y MOLINA, M.: *Bases... op. cit.*, p. 290.

(25) Cfr. MONTESINOS Y MOLINA, M.: *Reflexiones... op. cit.*, p. 254.

(26) Cfr. MONTESINOS Y MOLINA, M.: *Bases... op. cit.*, p. 291.

(27) Cfr. RICO DE ESTASEN, J.: *El Coronel Montesinos... op. cit.*, p. 111.

(28) Vid. RICO DE ESTASEN, J.: *El Coronel Montesinos... op. cit.*, p. 109.

(29) Vid. SALILLAS R.: «La organización del Presidio Correccional de Valencia», en *Revista Penitenciaria*, tomo III, Madrid, 1906; y, posteriormente, del mismo: *Un gran penólogo op. cit.*, pp. 52 y 55.

(30) Cfr. MONTESINOS Y MOLINA, M.: *Bases... op. cit.*, p. 290.



dad de talleres [hasta cuarenta existieron allí (31)]. El tercer período (o de libertad intermediaria) que se practicaba en el presidio valenciano, implicaba que el interno podía salir al exterior por cierto tiempo aunque limitado, mediante la compañía de un solo vigilante. Constituía una prueba de vida en libertad, o lo que Montesinos llamaba «duras pruebas». Es evidente que fue el antecedente de la actual redención de penas (32), permitiendo reducir la condena hasta en un tercio, como premio al mérito particular, trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección atestiguada de los penados, tras la previa manifestación de buena conducta y asiduidad en el trabajo; o incluso fue el antecedente de la libertad condicional.

En síntesis, no cabe duda que Montesinos fue pionero en la práctica del régimen abierto. Puede afirmarse que desde 1835 se instauró un sistema que, sin tener cobertura legal hasta tiempo después, innovó y dio un sentido a las penas privativas de libertad. Y es que, como afirmara Figueroa Navarro, refiriéndose a lo que supuso la figura del Coronel Montesinos para el Derecho penitenciario, «hay grandes personajes que arrastran todo un anquilosado sistema. Montesinos es uno de ellos. Parece como si el Derecho penitenciario español le estuviera esperando. Como si su modesta persona que nunca fue una gloria militar, aunque pudo alcanzar el grado de Brigadier, se encontrara consigo misma al ser destinado a la penitenciaría-fortaleza valenciana de las Torres de Cuarte. Allí nace y crece, ya en el presidio levantino, su prestigio como Director y Visitador General de Presidios, títulos que da el Diario Oficial, y allí deja su huella como reformador español, galardón que otorga la historia» (33).

La obra y labor práctica de Montesinos, al menos en España, vino a desvanecerse (34) tras la implantación del Código Penal de 1848, debido al más riguroso legalismo llevado a los preceptos de ejecución de las penas privativas de libertad, que obstaculizaría radicalmente este sistema experimental que imperó en el presidio valenciano.

## 2.4 El modelo progresivo español en la colonia de Ceuta

Adentrados en el último cuarto del siglo XIX, la mirada hacia las más exitosas experiencias hispanas en la ejecución de las penas nos

---

(31) *Vid.* al respecto, por todos, MONTESINOS Y MOLINA, M.: *Reflexiones... op. cit.*, p. 253.

(32) *Vid.* ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*. Tratado II. Madrid, 1949, p. 517.

(33) Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes op. cit.*, pp. 84-85.

(34) Cfr. RICO DE ESTASEN, J.: *El Coronel Montesinos... op. cit.*, p. 178.

lleva a la realidad singular de los presidios militares del norte de África, donde tuvo lugar, durante siglos, una práctica penitenciaria sorprendente y favorecedora del retorno social, convalidando una suerte de reinserción social utilitarista. El sistema aperturista y progresivo que en la principal de aquellas plazas se llevaba a cabo obtuvo finalmente denominación en 1889, reivindicando un modo de hacer penitenciario exitoso, lejano de las estrictas prescripciones y preceptos del código penal.

El Real Decreto de 23 de Diciembre de 1889 vino a crear y a otorgar convalidación y dignidad legal a la colonia penal de Ceuta, con la reafirmación de un sistema penitenciario progresivo particular. Fue la confirmación de que dicha puesta en práctica siempre iba un escalón por delante de la legislación penal que, por entonces, no era otro que el Código Penal de 1870 el que prohibía el trabajo de penados al aire libre.

Ceuta era una ciudad penitenciaria (35), no una mera colonia penal. Salillas había relatado la importancia de la práctica penitenciaria ceutí en su «Vida penal» (36), elogiándola y señalando la realidad cotidiana de aquella región de manera inédita. El reconocimiento legal se llevó a cabo siendo por entonces Ministro Canalejas, a quien Salillas calificaba de «precursor de esta reforma» (37).

El sistema que introdujo este cuerpo normativo fue trascendente en España, pues implantaba normativamente en Ceuta el sistema progresivo de cumplimiento de condenas que, con anterioridad, tan solo había ensayado en la práctica en el Presidio de Valencia el Coronel Montesinos. Este sistema ceutí se creó por virtud de la costumbre, y como advirtió Salillas, se legalizó «un sistema tradicional y espontáneo» (38), fruto de la «selección» (39).

Al amparo del artículo 2.º de la norma, irían destinados a Ceuta los sentenciados a «cadena perpetua, reclusión perpetua, cadena temporal y reclusión temporal», por este orden de prioridad, exceptuándose de aquel destino «á los condenados que tuviesen más de sesenta años de edad, respecto de los cuales se cumplirá lo preceptuado en el artículo 109 del Código Penal (1870)» (art. 3.º).

(35) Vid. SALILLAS R.: «El año penitenciario 1907», en *Revista penitenciaria*. Año V, tomo V, Madrid, 1908. pp. 16 y 17.

(36) Vid. SALILLAS R.: *La vida penal... op. cit.*, pp. 244-266.

(37) Cfr. SALILLAS R.: *El año penitenciario 1907 op. cit.*, p. 16.

(38) Cfr. SALILLAS R.: *La traslación op. cit.*, p. 77; el mismo: *El año penitenciario 1907 op. cit.*, p. 16.

(39) Cfr. SALILLAS R.: *La vida penal... op. cit.*, p. 251.

El sistema gradual así instaurado constaba de cuatro períodos, denominados *celular*, *instructivo*, *intermedio* y de *circulación libre*, por los que debía pasar el recluso, de manera sistemática, pero en palabras de Salillas, no implicaba «una perfecta separación en los distintos edificios entre los reclusos de diferente grado» (40).

El artículo 9.º establecía que «La duración normal del segundo, tercero y cuarto período serán iguales; y cada uno representará, por lo tanto, la tercera parte del tiempo total de la condena, después de descontada la duración del primer período. (...)». El artículo 10.º diseñaba, por su parte, el aspecto individualizador, al no tener en cuenta para la progresión gradual exclusivamente el tiempo cumplido de condenas. Consistía en el sistema de vales o marcas, que había puesto en práctica con anterioridad Maconochie en Australia (41).

Era obligatorio, por tanto, que el recluso se trasladara de forma gradual y escalonada, por cada una de las fases de reclusión, con independencia de las circunstancias individuales iniciales que pudieran derivarse de cada penado, que les hiciera merecedores de una fase de cumplimiento más próxima a la plena libertad. Todos experimentarían los distintos períodos en que se configuraba el sistema progresivo ceutí.

### 3. EL SIGLO XX, LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA PROGRESIVO EN ESPAÑA Y SU POSTERIOR TRANSICIÓN HACIA LA INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

#### 3.1 El Real Decreto de 3 de junio de 1901

El régimen penitenciario aplicado en Ceuta fue todo un éxito (42), y «sirvió de ensayo y estimuló al legislador para que se extendiese a todo el país en virtud del RD de 3 de junio de 1901» (43). Por ello, y por la excelente labor de penitenciaristas como Salillas o Cadalso, cuyas iniciativas se sucedieron con sistemas penitenciarios opuestos, el salto sistemático en el ámbito de ejecución penal ofreció el impulso necesario para la publicación del Real Decreto de 1901, siendo «la

(40) Cfr. SALILLAS R.: *La vida penal... op. cit.*, p. 254.

(41) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, p. 267.

(42) Vid. CASTEJÓN, F.: *La Legislación op. cit.*, p. 320.

(43) Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Valencia, 1976, p. 118.

referencia de futuro durante décadas» (44), como afirmara García Valdés, y postulándose Cadalso como el artífice e impulsor de la norma.

Este Real Decreto implantó de forma generalizada en España el régimen progresivo de cumplimiento de condenas. Con esta norma se recogían los principios básicos de la ciencia penitenciaria al igual que en los países más avanzados en cuanto a reforma penitenciaria se refiere, aunque la importancia del texto de principios del siglo XIX fue, según Sanz Delgado, el «resultado último de un largo proceso» (45). Además de relevancia expansiva, este texto vino a derogar a la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 (46).

El régimen progresivo se reivindicaba desde el inicio conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º, que configuraba el sistema de clasificación de manera subsidiaria al sistema celular progresivo, lógicamente, para el caso de que este no fuera posible (por razones estructurales y condiciones de los edificios). Así, y en virtud del artículo 3.º, el sistema progresivo se dividía en los siguientes períodos: 1.º Celular ó de preparación. 2.º Industrial y educativo. 3.º Intermediario. 4.º De gracias y recompensas. Ubicarse el interno en una u otra fase dependía de que se progresase o se regresase de período una vez fuera verificada, analizada y se hubiera tenido en cuenta «la conducta moral, la aplicación y el número de premios obtenidos por los reclusos, que se harán constar por medio de notas», con sujeción a unas reglas predeterminadas de cómputo (47).

Cabe afirmar que el cuarto período, calificado de gracias y recompensas, se establecía «en equivalencia al de libertad condicional que existe en otros países, y regirá hasta tanto que se promulgue una ley que la conceda».

(44) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio op. cit.*, p. 31.

(45) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo... op. cit.*, p. 268.

(46) Vid. BUENO ARÚS, F.: «Cien años de legislación penitenciaria (1881-1981)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, enero-diciembre 1981, p. 74. En la misma línea, Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: «La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del Estado de Derecho», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82, 2012, pp. 496-497.

(47) Estas reglas se enumeran en el artículo 9.º Son las siguientes: «1.ª Por cada día de cumplimiento de condena, se consignará una nota en la cuenta moral y de aplicación del penado. 2.ª Todo penado que no merezca premio ni castigo ganará una nota por día. 3.ª Con una conducta excepcional, acreedora á premio ó castigo, podrá ganar además nuevas notas ó perder las adquiridas; y teniendo unas y otras en cuenta, se reducirá el tiempo del periodo en que se halle, pasándole al siguiente, ó se le retrocederá al inferior ó inferiores».

Esta norma sería, no obstante, la estructura básica del modelo victorioso del conflicto engendrado entre Cadalso y Salillas (48), ya que, a partir de 1913, Cadalso tendría todo el terreno libre para fortalecer su sistema durante décadas, consagrándose su pensamiento penitenciario de forma sólida hasta, prácticamente, el año 1968. Como advierte García Valdés, aunque solo ganase en 1901 el régimen progresivo la batalla inicial, en 1913 «el triunfo es casi rotundo» (49).

### 3.2 **El Decreto de 18 de mayo de 1903. El Sistema Tutelar Correccional**

El Decreto de 18 de mayo de 1903, cuyo impulsor y redactor fue Don Rafael Salillas y Panzano (50), plasmaba el denominado «sistema tutelar salillista» (51). Este texto se caracterizaba, en su concepto, por estar impregnado de aquel aire transformador de asimilación de los circuitos científicos y prácticos del momento, pretendiendo impulsar la idea de un tratamiento penal individualizador, con iniciativa de corte criminológico, con el desarrollo de la condena indeterminada, y con el apoyo teórico, además, de grandes criminólogos como Dorado Montero. Se anticipaba en muchos años al sistema de individualización científica que surgiera con la LOGP.

Para Sanz Delgado, esta norma marcaría un «antes y un después», siendo «el auténtico y definitivo punto de inflexión» (52). Asimismo, señala García Valdés que tras la publicación de este cuerpo normativo innovador, «el Derecho penitenciario español empezará, definitivamente, a cambiar. Es el sello del genio» (53). Patrocinadora la norma

---

(48) Acerca de ambas personalidades, de su rivalidad, así como del protagonismo en sus quehaceres penitenciarios y repercusión venidera para el derecho penitenciario, *Vid.*, por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes... op. cit.*, pp. 110 ss., 133 y 134; el mismo: *Del presidio... op. cit.*, pp. 28 ss.; FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes... op. cit.*, pp. 24 y 25, 81 y 82; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, pp. 281 ss.; el mismo: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, núm. extra 2006, 191-224; el mismo: «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 65, Enero 2013, pp. 155-177.

(49) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, p. 32.

(50) García Valdés señala que el Ministro Don Eduardo Dato llamó a Salillas «para plasmar sus criterios de nuevas doctrinas criminológicas, en el Decreto del año 1903, (...)». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio op. cit.*, p. 28.

(51) Término acuñado de la mano de GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes op. cit.*, p. 133; así como de SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, p. 274.

(52) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *Dos modelos penitenciarios... op. cit.*, p. 102.

(53) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Ult. op. cit.*, p. 30.

de una ideología de «tratamiento correccional y tutelar de los reclusos» (54), visionaria del futuro, establecía esa suerte de clasificación indeterminada y, sobre todo, introducía un sistema basado en la actividad penitenciaria individualizada y en una visión científica de la clasificación (55).

La trascendencia que tuvo el año 1903 (56) fue notoria y marcó el punto más novedoso y confrontador en la historia penitenciaria del siglo XIX y XX, rompiendo con un sistema anterior recién implantado por el otro penitenciario del momento, Fernando Cadalso. En palabras de García Valdés, la norma salillista fue la «revolucionaria para el momento. Hasta su lenguaje, su expresión, es de otra época, por venir. Chocante en su modernidad. (...). Parece como si Salillas hubiese estado esperando años de su vida, humilde, trabajadora, esforzada y valiosa, para poder llegar a esta revelación» (57).

El artículo 1.º configuraba el sentido que tendría en este nuevo sistema de individualización tutelar la privación de libertad, y es que ésta, «definidora del estado penal, será entendida como sometimiento forzoso del penado á un régimen de tutela, con el único fin de evitar el delito aplicando á los delincuentes un tratamiento reformador». Para conseguirlo, el artículo 2.º nos ofrece que se imponían una serie de reglas, a saber: «1.º Que la acción tutelar sea constante. 2.º Que sea ejercida individualmente en cada penado. 3.º Que obedezca á las indicaciones derivadas del conocimiento de los antecedentes y estado actual del penado, y que se encamine á reintegrarlo socialmente. 4.º Que se aplique conforme á un procedimiento gradual, en orden restrictivo y expansivo»; todo ello sin que «en ningún momento queden desatendidas en las prisiones la dirección, inspección y vigilancia», (art. 3.º). Como dice García Valdés, en estos preceptos se vislumbran «las ideas centrales que conforman el concepto del tratamiento salillista, a saber: permanencia, individualización, historial y actualización del expediente del penado y, para su aplicación, división en diferentes etapas o grados. Estos cuatro conceptos rituales ostentan la base de todo cuanto se ha elaborado históricamente en relación con el tratamiento. Sobre estos presupuestos capitales se debe iniciar en el

---

(54) Tal y como se desprende en el propio cuerpo normativo de la norma, en su Exposición de Motivos y artículo 1.

(55) *Vid.* al respecto, GARCÍA VALDÉS, C.: *Introducción a la Penología*. Madrid, 1981, p. 86. Asimismo, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, p. 280.

(56) Téngase en cuenta que en aquel año también se creaba la trascendente Escuela de Criminología, por Real Decreto de 12 de marzo de 1903, a su vez transformadora de la Sección de Vigilancia del Cuerpo de Prisiones.

(57) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio... op. cit.*, p. 43.

futuro cualquier estudio sobre la implantación de un tratamiento a un determinado penado» (58).

En cada establecimiento penitenciario existía una Junta correccional (59), cuyos integrantes eran el Director del centro, el inspector, médico, profesor de instrucción primaria y capellán (art. 20.º). Este órgano se reunía de forma ordinaria cada semana, y de forma extraordinaria cuantas veces considerasen «indispensables» (art. 22.º), y sus funciones esenciales consistían en formar el expediente correccional de los penados de forma individualizada, así como acordar qué sistema de clasificación se seguiría, e implantar el sistema que se hubiere adoptado, a la disposición del edificio (art. 24.º).

En los artículos 28 y siguientes, se centra la norma en la clasificación y su forma de proceder. Así, para determinar el sistema de clasificación, serán «determinantes primordiales», por un lado, el «estado de sanidad» y, por otro, «estado de intelectualidad». Conforme al primer estado, se crearía un grupo formado por «afectados de cualquier género de debilidad física ó de debilidad mental», sometidos a un tratamiento acorde a su situación especial, no pudiendo ser sometidos «a otras prácticas» que no sean las necesarias para su cura. En cuanto al estado de intelectualidad, se formarán grupos, «desde la carencia de instrucción hasta el grado máximo de cultura» dentro de las posibilidades existentes en la prisión, dentro de la Escuela, cuyos maestros lo serán «todos los funcionarios de la Prisión» (60), no solo el profesor de instrucción primaria. Finalmente, la Junta Correccional era el órgano que establecía el orden de progresión en el sistema educativo de los penados, así como el procedimiento para el tránsito de uno a otro grado.

El talento de Salillas quedó plasmado en la transcrita normativa tutelar-correccional de 1903. La semilla quedó plantada, creó raíces, si bien, como con acierto advirtiera Sanz Delgado, «tal determinación personal e implicación reformadora solamente será advertida tres cuartos de siglo más tarde» (61). Salillas, como señalara García Valdés, poco pudo hacer, «salvo, eso sí, esperar tiempos mejores» (62), aunque en palabras de Figueroa Navarro, Salillas recibió «el premio de la historia» (63).

---

(58) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional op. cit.*, p. 120.

(59) El Director sería el presidente de la Junta; secretario el inspector, y el resto de los miembros, vocales (art. 21.º).

(60) Si bien, los vigilantes tenían como cometido el mantenimiento estricto del orden establecido.

(61) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *Dos modelos penitenciarios... op. cit.*, p. 222.

(62) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes op. cit.*, p. 134.

(63) Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes op. cit.*, p. 24.

Mencionar a los dos grandes maestros de la ciencia penitenciaria, Don Rafael Salillas y Panzano, y Don Fernando Cadalso y Manzano, es abordar y ahondar en una trascendente etapa de nuestra historia. El resultado de sus iniciativas es, en palabras de Sanz Delgado, la «dualidad que conforma hoy el sistema: régimen y tratamiento» (64). Salillas es sinónimo de tratamiento y Cadalso de régimen. Es evidente que para estudiar la historia del derecho penitenciario moderno es necesario realizar un minucioso estudio de estas dos grandes personalidades

### 3.3 El Real Decreto de 5 de mayo de 1913

Esta norma modernista vino a organizar, con sistemática reciente, la ejecución de la pena privativa de libertad. Considerada por algunos (65) como el primer reglamento penitenciario, e incluso como «verdadero Código penitenciario» (66), enterraría la filosofía salillista que había superado al modelo de Cadalso en 1903.

El Real Decreto de 5 de mayo de 1913 supuso un punto de inflexión. Se dejaba atrás una etapa reformadora constante, consolidándose un sistema penitenciario de carácter progresivo, y «se cierra en el terreno penitenciario, una muy trascendente época de su historia legislativa y regimental» (67), tal y como advierte García Valdés. ¡Y no le falta razón!

El núcleo del sistema penitenciario se fijaba en el artículo 236, que disponía que «El régimen de las Prisiones destinadas al cumplimiento de condenas, se sujetará al sistema progresivo (irlandés o de Crofton), siempre que sea posible y lo permitan las condiciones de los edificios

---

(64) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *Dos modelos penitenciarios... op. cit.*, p. 192.

(65) Así, por su técnica legislativa, Garrido Guzmán habla del «primer reglamento sistemático y moderno de nuestra legislación penitenciaria». Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual op. cit.*, p. 174.

(66) Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS, C.: «Derecho Penal», en *Manual de Derecho Usual*, Madrid, 1913, p. 459. En el mismo sentido, CUELLO CALÓN, E.: *Penología op. cit.*, p. 148; asimismo, GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, p. 34; el mismo: «Las casas de corrección de mujeres: un apunte histórico», en *VV.AA: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada, 1999, p. 592; el mismo: «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82, 2012, p. 41; HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaria op. cit.*, p. 345; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, pp. 293 ss.; el mismo: «Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, núm. 56, 2003, p. 256.

(67) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, p. 37; el mismo: *Introducción a la penología op. cit.*, p. 111; el mismo: *Teoría de la pena op. cit.*, p. 101.



[en su defecto, el sistema de clasificación (68)], el cual se dividirá en los cuatro períodos (69) que siguen: 1.º Período celular ó de preparación; 2.º Período industrial o educativo. 3.º Período intermediario. 4.º Período de gracias y recompensas».

Esta norma fue un Real Decreto rígido, estable y permanente, con vigencia de larga duración, y supuso la gran consolidación del sistema progresivo de forma definitiva. La esperada Ley de libertad condicional de 23 de julio de 1914 (70), y su Reglamento de 28 de octubre del mismo año, dotarían al derecho penitenciario de raíces férreas para las siguientes cinco décadas.

### 3.4 La normativa posterior. El Decreto de 1968 y la introducción del sistema de individualización científica

Ya dividía con buen tino Bueno Arús la historia penitenciaria española en cuatro etapas, a saber: «1.ª, de 1881 a 1901, búsqueda de un modelo penitenciario; 2.ª, de 1901 a 1936, adaptación del sistema progresivo; 3.ª, de 1937 a 1968, consolidación del sistema progresivo; 4.ª, de 1968 hasta nuestros días, transformación del sistema progresivo por la adopción de métodos científicos y reconocimiento expreso de los derechos humanos del recluso» (71).

Posteriormente, la norma esencial y duradera es el Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 (72). Se trata de «una recopilación

---

(68) Por ser el que más se aproxima al sistema progresivo. De hecho así lo establece el artículo 242, enumerando, además, que el de clasificación obedecería a los principios de una «separación de los penados por primera vez, de los que sean reincidentes y reiterantes ó que tengan acumuladas penas por sentencias distintas». Asimismo, se formarían «agrupaciones (...) teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la gravedad de la pena y la conducta de los penados, llegando hasta donde sea posible en la tendencia de individualizar el tratamiento penitenciario».

(69) Acerca del sistema progresivo de 1913 y el análisis de los períodos, *Vid.* CASTEJÓN, F.: *La legislación op. cit.*, pp. 321-325; HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaria op. cit.*, pp. 345-347; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo op. cit.*, pp. 296 y 297; y recientemente, RAMOS VÁSQUEZ, I.: *La corrección del delincuente op. cit.*, pp. 338 ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica... op. cit.*, pp. 241 ss.; MILLA VÁSQUEZ, D.: *Los beneficios penitenciarios... op. cit.*, pp. 166 ss.

(70) Tuvo que esperar dicha institución hasta 1914, debido a que, como advertía Cadalso, «el Código Penal exigía de una manera precisa y conminatoria para casos de infracción, que las penas de cumplieran en el interior de los recintos penales». Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones op. cit.*, p. 451.

(71) Cfr. BUENO ARÚS, F.: *Cien años de legislación op. cit.*, p. 67.

(72) Acerca de esta norma, *Vid.*, entre otros, BUENO ARÚS, F.: «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones», en *Revista de Estudios Peniten-*

actualizada de las disposiciones anteriores a 1948» (73), que vino a marcar un punto de inflexión por cuanto a la unidad de regulación sustancial penitenciaria se refiere, siendo un texto completo y muy bien estructurado. El Reglamento de 1956, tal y como señala Bueno Arús, «destaca por su mayor sencillez, sistematización y juridicidad del régimen aplicable a los condenados» (74). Conforme a su artículo 48, las penas de duración que superen los seis meses, deberán cumplirse según el sistema progresivo (75), siendo el primer período el denominado de «observación y preparación del penado en régimen de aislamiento», que se divide en dos fases, a saber: una primera, de duración normal de diez días, basado en régimen de aislamiento celular absoluto, y una segunda fase de duración general de veinte días, consistente en aislamiento celular atenuado. El segundo período se denominaba de «trabajo en comunidad», en el que se requería haber dejado cumplida la cuarta parte de la condena, conocer un oficio, leer, escribir, nociones de cálculo y religión católica, amén de observar una buena conducta y aplicación asidua en el trabajo. El tercer período, de «readaptación social», tenía como finalidad la de alcanzar la reeducación social del delincuente y su preparación para la vida en libertad y, finalmente, el último período, de «libertad condicional», cuya institución suponía un «verdadero derecho subjetivo del condenado, cuya concesión o denegación por la Administración, está sujeta a control jurisdiccional» (76).

El sistema progresivo que en los últimos siglos reinó en España sería sustituido por el sistema de individualización científica en 1968, en virtud del Decreto 162/1968, de 25 de enero, que reformaba parcialmente al RSP de 1956 (77), otorgándole un cariz más individuali-

---

*ciarios*, enero-junio, 1968, pp. 63 ss.; el mismo: *El sistema penitenciario español*. Madrid, 1967, pp. 6 ss.; FERNÁNDEZ ALBOR, A.: «Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas orientaciones penitenciarias», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, enero-junio, núms. 180-181, 1968, pp. 54 y 55; ANTÓN ONECA, J.: «El Derecho penal de la postguerra», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*. Salamanca, 1971, p. 172; GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, pp. 64 ss.

(73) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario op. cit.*, p. 54.

(74) Cfr. BUENO ARÚS, F.: «El sistema penitenciario español», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 169-171, abril-diciembre, 1965, p. 181.

(75) Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual op. cit.*, p. 181; LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Madrid, 2005, p. 41.

(76) Cfr. MORENO PEÑA, M.: «Consideraciones en torno a la libertad condicional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 176-177, Madrid, 1967, p. 136.

(77) Acerca de todas las reformas que acontecen al Reglamento de los Servicios de Prisiones, Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E./GARCÍA VALDÉS, C.: *Código de las Leyes Penales*. Madrid, 1977, pp. 624 ss.

zado-flexible-científico-criminológico. Con él, el sistema penitenciario ganó «en subjetividad y flexibilidad» (78).

La Exposición de Motivos del Decreto de 1968 justificaba la reforma introducida por la necesidad de «métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delinquentes; lo cual resulta aconsejable incorporar a nuestro sistema», ordenando el tratamiento penitenciario basado fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto.

Tras esta reforma, las penas de reclusión, presidio y prisión, se cumplirían según el sistema progresivo, que comprendía los siguientes grados: 1.º De reeducación del interno; 2.º De readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza; 3.º De prelibertad; 4.º De libertad condicional. Salvo el cuarto grado, los regímenes de vida son el cerrado, intermedio y abierto, respectivamente. Empero, individualizadora resulta la flexibilidad permitida al penado de poder esquivar algún grado del sistema (79), y es que se contemplaba que cuando el sujeto demostrase estar en condiciones para ello, podría ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente (80) por los que le precedan.

La individualización científica es fruto de que la ciencia criminológica está presente en el derecho penitenciario, logrando que el sistema progresivo sea individualizado, mediante una observación y estudio del interno puramente científico (81). En este sentido, la norma de 1968 hizo resurgir la ideología y pensamiento de Salillas. Fue el segundo antecedente del sistema de individualización científica contemplado en la vigente LOGP, tras el Real Decreto salillista de 1903, al que ya nos hemos referido.

---

(78) Cfr. BUENO ARÚS, F.: *La reciente reforma... op. cit.*, p. 67. Acerca del análisis de la situación hasta la reforma de 1968, *Vid.*, del mismo: *El sistema penitenciario op. cit.*, pp. 69 ss. En el mismo sentido, *Vid.* LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La evolución op. cit.*, p. 41.

(79) El antecedente se halla en Concepción Arenal y su período de prueba que proponía para el caso de que el comportamiento individualizado lo demandase, para flexibilizar el rígido sistema progresivo de antaño. *Vid.* FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes op. cit.*, p. 91.

(80) Al respecto, *Vid.* GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual op. cit.*, p. 181; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario*. Valencia, 2001, p. 28.

(81) *Vid.* GARCÍA BASALO, J. C.: «Algunas consideraciones sobre el régimen correccional abierto», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 187, 1969, pp. 669 ss.; GARCÍA CALVO, J.: «Libertad y educación», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 187, 1969, pp. 683 ss.; HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaría op. cit.*, p. 510.

En la década de 1970, un nuevo Código penal, el de 1973 (82), imperó en el sistema punitivo español, disponiendo que las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, se cumplirán según el sistema progresivo.

Finalmente, el Real Decreto 2273/1977 (83), de 29 de julio, ha sido considerado la reforma puente (84) entre el franquismo y la actual ley penitenciaria, potenciando la flexibilidad que se había introducido con la reforma de 1968, si bien, se mantenía el sistema progresivo separado en grados, conforme a lo establecido en el Código Penal de 1973. La Exposición de Motivos prescribía que «con esta norma se adapta el sistema penitenciario a «los estudios científicos en cuanto a los problemas de reeducación, readaptación y reinserción social de delincuentes peligrosos y las legislaciones extranjeras más avanzadas y modernas».

En lo que concierne al sistema penitenciario, continúa siendo progresivo en su vertiente flexible, aplicándose, conforme al artículo 48, a las penas de reclusión, presidio, prisión, y aquellas que siendo de otra naturaleza, «excedan de seis meses de privación de libertad», con los mismos períodos y denominaciones que modificó anteriormente el Decreto de 1968. Además, se acentúa lo que en 1968 fue un gran acontecimiento: la supresión de la rigidez clásica del sistema progresivo, al prescribirse que «en ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión», siendo los penados estudiados de forma individualizada en el plazo máximo de seis meses, por las Juntas y Equipos de Tratamiento (apartados 6 y 7).

---

(82) En virtud de Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre.

(83) Al respecto, *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A.: «Reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional a Distancia*, núm. 2, enero, 1978, *passim*; GARRIDO GUZMÁN, L.: «La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3, 1977, *passim*; en la misma revista, BUENO ARÚS, F.: «El Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio y la redención de penas por el trabajo», pp. 203 ss.; el mismo: «El Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1978, enero-diciembre, núms. 220-223, pp. 75-111; GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la nueva reforma del Reglamento de Prisiones, Informaciones Políticas*, 24 de septiembre de 1977, *passim*; MUÑOZ CONDE, F.: «Reformas penales de 1977», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, pp. 118 ss.; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual op. cit.*, pp. 179 y 180; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Individualización científica y libertad condicional*. Madrid, 1984, pp. 14-15; HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaria op. cit.*, pp. 535-537.

(84) *Vid.* LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La evolución op. cit.*, p. 43.

En síntesis, diremos que nuestra legislación penitenciaria histórica destaca por su rigidez, utilitarismo estatal, severidad y carácter regimental, hasta el cambio de tendencia marcada por el Decreto de 1968 de Alarcón, secundado por la ley de 1977, y por la actual Ley Penitenciaria de 1979, de la mano de don Carlos García Valdés. La ideología de Rafael Salillas tutelar-correccional permanece, de esta manera, viva en la actualidad.

#### 4. LA REFORMA PENITENCIARIA EN EL PERÍODO PRE-CONSTITUCIONAL

##### 4.1 La elaboración de la Ley General Penitenciaria de 1979 y la figura de don Carlos García Valdés

Pocos son quienes han narrado de forma escrita y con detenimiento la reforma penitenciaria propia del inicio del período constitucional español, una etapa de transición democrática que tanto afectó al sistema penitenciario. Un antes y un después, un verdadero punto de inflexión en el sistema penitenciario español, ha sido el referido al bienio 1978-1979, protagonista de una situación compleja y de mucha dificultad (85). Nadie ha expuesto lo acontecido en dicho bienio con tanta precisión como lo hiciera García Valdés, protagonista de aquella época, quien apostara seriamente y sin ningún tipo de escrúpulo por el

---

(85) *Vid.*, al respecto, GARCÍA VALDÉS, C.: «Sistema penitenciario español», en núm. Extraordinario de *Cuadernos para el Diálogo*, diciembre, 1971, pp. 53 ss.; del mismo: Régimen Penitenciario... *op. cit.*; del mismo: La reforma penitenciaria española. Madrid, 1981; del mismo: Comentarios a la legislación penitenciaria española. Madrid, 1982; del mismo: Estudios de derecho penitenciario, Madrid, 1982; del mismo: Derecho penitenciario militar... *op. cit.*, pp. 771-836; del mismo: Teoría de la pena... *op. cit.*; del mismo: Derecho penitenciario (Escritos 1982-1989). Madrid, 1989; del mismo: Los presos jóvenes... *op. cit.*; del mismo: «A los veinte años de la Ley General Penitenciaria: Algunos recuerdos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, 1999, pp. 31 ss.; del mismo: «El desarrollo del sistema penitenciario en España. Historia de una transición», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, 2002, pp. 13-20; del mismo: La ideología correccional... *op. cit.*; del mismo: *Del presidio...* *op. cit.*; del mismo: «La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia», en *La ley penal*, núm. 56, 2009, pp. 1 ss.; del mismo: «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, 2013, pp. 51-68; del mismo: «Apuntes históricos del Derecho Penitenciario español. Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 de septiembre de 2014, en el paraninfo de la Universidad de Alcalá». Madrid, 2014.

cambio, por la transformación (86), y desde entonces se ha mantenido ligado, de forma perenne e incandescente, con nuestras instituciones penitenciarias. Al igual que sucediera con otros ilustres e insignes penitenciaros y penitenciaristas, a García Valdés pareciera que el derecho penitenciario le hubiera estado esperando para introducir las bases del futuro. ¡Y de qué manera! El hasta hoy Catedrático de la Universidad de Alcalá, impulsor y artífice de su mayor legado, la LOGP, puede observar cómo tal cuerpo normativo cuenta ya con cuarenta años de vida, manteniéndose férrea y sólida en todo su contenido.

Nos ubicamos en la transición de la dictadura franquista a la democracia. Entre 1976 y 1978, las intensas transformaciones políticas y sociales que se vivieron en aquella etapa tuvieron una intensa repercusión en prisión (87). La normativa penitenciaria distaba mucho de la práctica real en el espacio intramuros, careciéndose de unas condiciones mínimas de higiene, alimentación y educación, destacando un régimen disciplinario rígido y coercitivo. Los derechos de los reclusos y el acceso a ciertas instituciones que hoy se consideran básicas, brillaban por su ausencia. Se antojaba, por tanto, necesaria una reforma del sistema penitenciario.

Por aquel entonces, los presos políticos gozaban de apoyo interior y exterior (88), realizaban motines (89) y sus comportamientos se reproducían de forma generalizada entre los presos comunes del resto de centros penitenciarios, acompañado de plantes, incendios y continuas autolesiones, solicitando, de aquella forma, el indulto general y mejora de sus condiciones de vida. Se fundó la Coordinadora de Presos Españoles en Lucha (COPEL) en el Centro de Cara-

---

(86) En este sentido, afirma el Catedrático de Alcalá que «Quienes apostamos con vigor por el cambio, (...) lo hicimos generosa e ilusionadamente, con evidente sacrificio y demostrado riesgo propio, en la inteligencia de que la oportunidad, por la que habíamos optado y luchado desde hacía tiempo atrás, era única y, por ello, extraordinaria». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición... op. cit.*, p. 52.

(87) Acerca de la grave situación de las prisiones en la época de la transición española, desesperanza e impotencia vivida, *Vid.*, además de las cristalinas aportaciones de GARCÍA VALDÉS, RODRÍGUEZ ALONSO, A.: «Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos tiempos. Situación actual», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 256, 2012, pp. 71 y 72; ADÁMEZ CASTRO, R.: «Formación y evolución del Derecho Penitenciario moderno», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 258, 2015, p. 66.

(88) *Vid.*, al respecto, SUÁREZ, A.: *Libro Blanco sobre las cárceles franquistas*. Francia, 1976, p. 23.

(89) *Vid.*, «El motín de Carabanchel», en *Diario El País*, de 20 de julio de 1977, reproducido en [http://elpais.com/diario/1977/07/20/opinion/238197606\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1977/07/20/opinion/238197606_850215.html).

banchel en 1976 (90), la Asociación de familiares y amigos de los presos y expresos (AFAPE) y, como colofón, se otorgaron indultos (91) y se promulgaron amnistías, estas últimas en virtud de Real Decreto Ley de 30 de julio de 1976 (presos políticos que no hubieran cometido ciertos delitos); Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de Gracia; Decreto de Indulto 388/1977, de 14 de marzo, sobre Indulto General; y Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, refundiendo a las anteriores. Las revueltas eran encabezadas por aquellos reclusos que no resultaban favorecidos por aquellas excarcelaciones (92), y predominaba la violencia, destrozos materiales, incendios (93) y resistencia activa a las órdenes de los funcionarios (94), con la muerte del recluso Agustín Rueda y el Director General Jesús Haddad como protagonistas, el 13 de febrero y 22 de mayo de 1978, respectivamente.

Cierto alivio, pero muy insuficiente, se respiró al publicarse el Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio, que reformaba el Reglamento Penitenciario de 1956, introduciendo (95) una mejora en el estatuto jurídico del recluso, menor rigidez en el sistema de sanciones, e incorporando, a su vez, las comunicaciones íntimas y la ampliación del sistema premial.

Era una evidencia que, tal y como dispuso el máximo artífice e impulsor de la que sería la LOGP, «El sistema penitenciario estaba incompleto. Faltaba, en primer lugar, el orden constitucional que invocara sin ambages la finalidad de la pena privativa de libertad y se echaba de menos doctrinalmente, desde luego, una norma que comprendiera, con rango de ley, el quehacer penitenciario» (96). Ante esta

---

(90) Vid. LORENZO RUBIO, C.: *La revuelta de los comunes. Una primera aproximación al movimiento de presos sociales durante la transición*, p. 11, reproducido en <http://www.uclm.es/Grupo/EPIP/pdf/CesarLorenzo/LA%20REVUELTA%20DE%20LOS%20COMUNES.pdf>

(91) El primero de ellos fue el 25 de noviembre de 1975.

(92) Vid. BUENO ARÚS, F.: «Las prisiones españolas desde la Guerra Civil hasta nuestros días», en *Historia 16*, octubre de 1978, p. 125.

(93) Se apreciaron más de cuarenta centros incendiados. Al respecto, Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», (Conferencia inaugural de la Jornada conmemorativa del 25 aniversario de la puesta en servicio del establecimiento penitenciario de Picassent, pronunciada el 14 de enero de 2016 en el Paraninfo de la Universidad de Valencia), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 68, 2015, pp. 72 y 73.

(94) Al respecto, Vid. RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria: Historia, epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*. Buenos Aires, 2006, p. 162.

(95) Vid. BUENO ARÚS, F.: «La prisión y la sociedad», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* (IV Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras), núm. 7, 1993, p. 30.

(96) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Apuntes históricos... op. cit.*, p. 33.

situación, el Ministro de Justicia estableció un plazo de seis meses para dar un giro a la nefasta realidad que imperaba en las prisiones, pasando la competencia a manos del Ministerio de Interior si el objetivo no se alcanzaba en aquel plazo establecido (97). Así las cosas, en las Navidades de 1978, encontrándose García Valdés en Salamanca, donde ejercía como docente en la cátedra de su maestro, recibió la llamada del Ministerio de Justicia, ofreciéndole presidir la ponencia redactora de la ley penitenciaria (98). Aceptó la propuesta sin mucha dilación, encomendándole Landelino Lavilla al joven profesor universitario y penalista la designación de cuantos fueran a intervenir en las tareas prelegislativas, con el improrrogable plazo del inicio del verano de 1978. El resultado final sería el Anteproyecto de ley penitenciaria, que anticipándose al plazo otorgado, obró en manos del Ministro en el mes de mayo de aquel año. El equipo compuesto para abordar el trabajo proyectado lo formaron Jesús Alarcón Bravo, Francisco Bueno Arús, Enrique Ruíz Vadillo, Joaquín Rodríguez Suárez, Ricardo Zapatero Sagrado, y García Valdés. No hubo nadie más (99).

Consumiendo una parte importante de su juventud en el encargo que se le había encomendado, reconoce García Valdés que «No hubo propuesta de la Ponencia que no fuera por mí estudiada, contestada y, en muchas ocasiones, tenida en cuenta. Se habló, por eso, de una norma de todos, aprobada unánimemente por todos y por todos respetada». Una ley penitenciaria que fue –continúa el autor– «mi imperecedero contento y orgullo» (100). En puridad, todos los partidos estaban de acuerdo con el espíritu y fondo de la ley, de ahí la escasa discusión en el Congreso, y nula en el Senado, aunque sin el apoyo de la oposición nada de lo que fue pudo haber sido. García Valdés se acercó a los diputados de los demás partidos, atendía sus posiciones, les hacía partícipes del nuevo reto y trataba de incorporarles en la labor redactora. Aquello, junto con las asistencias como letrado de varios de los entonces diputados ante el Tribunal de Orden Público (TOP), y el compañerismo o amistad labrada fruto de los estudios de la licenciatura de Derecho, entre otras razones, facilitaron aquella ardua labor (101).

---

(97) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición... op. cit.*, p. 57.

(98) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *La legislación penitenciaria española... op. cit.*, p. 72.

(99) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición... op. cit.*, p. 59. Acerca del equipo de funcionarios con los que trabajó GARCÍA VALDÉS en la reforma penitenciaria, Vid. BUENO ARÚS, F.: *Las prisiones españolas... op. cit.*, p. 127.

(100) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *La Ley Penitenciaria: los orígenes... op. cit.*, p. 4.

(101) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición... op. cit.*, p. 60.



Y es que tras el asesinato de Jesús Haddad por los GRAPO en la calle Cartagena de Madrid, saliendo éste de su propio domicilio, en presencia de su familia y a sangre fría, quedaría vacante el cargo de Director General. De tal trágico suceso no nos centraremos en el presente trabajo, aunque la responsabilidad y valentía que durante el cargo de Director General mostró el Sr. Haddad, es digno de ser reconocido. Nuestras instituciones penitenciarias siempre estarán en deuda con él, pues aquel día gris, el entonces Director General no contaba con los servicios de escolta, los cuales no predominaban como en la actualidad. Su sucesor correría la misma suerte, aunque afortunadamente, con un desenlace más favorable para él (102).

Así pues, estando vacante el cargo poco envidiable de Director General, tras aquel acontecimiento traumático, García Valdés recibió otra llamada del Ministerio ofreciéndole dicho cargo. El apoyo de su familia y de su maestro dirimió todo género de dudas que pudiera plantear aquella oportunidad única (103) para él mismo y para toda la sociedad. Ante esta situación que no podía ser más insostenible (104), García Valdés acepta el poco envidiable cargo de Director General el 30 de marzo de 1978 (105), a los 31 años de

---

(102) Carlos García Valdés, sucesor de Jesús Haddad en el cargo de Director General de Instituciones Penitenciarias, fue objeto de un frustrado atentado en abril de 1979, a la altura del núm. 84 de la calle de San Bernardo, de Madrid, cuando se dirigía desde el Ministerio hasta su domicilio. En sus propias palabras, expuso: «No recuerdo si mi coche estaba ya parado en un semáforo en rojo o si estábamos reduciendo velocidad. De repente vi por la ventanilla derecha del vehículo un hombre que tenía una metralleta en las manos. Le dije al policía que me acompañaba: “vienen a por mí”». Gracias a la escolta que le acompañaba y a la escolta del vehículo que le seguía, del Subsecretario de Justicia, Díaz Ambrona, el suceso no tuvo un trágico desenlace. Reproducido en [http://elpais.com/diario/1979/04/11/espana/292629612\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1979/04/11/espana/292629612_850215.html).

(103) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: *La legislación penitenciaria española...* *op. cit.*, p. 72.

(104) En este sentido, apuntaba GARCÍA VALDÉS que «No puede olvidarse que, en aquel momento histórico de transición política, existía una grave situación de conflictividad en el ámbito de las instituciones penitenciarias, motivado fundamentalmente por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos, así como por la discriminación que para aquéllos suponía el otorgamiento de una amnistía a los condenados por la comisión de delitos político». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «Diez años de reforma penitenciaria en España: Una recopilación», en *Derecho Penitenciario* (Escritos 1982-1989). Madrid, 1989, pp. 252 y 253. En este mismo sentido, resaltando la deficiente y conflictiva situación de las prisiones en 1978, *Vid.* ADÁMEZ CASTRO, R.: *Formación y evolución...* *op. cit.*, pp. 66 ss.

(105) En virtud de Real Decreto 590/1978, de 30 de marzo. Aprovechando la ocasión, Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona, Subsecretario del Ministerio de Justicia, reconoció que «Carlos García Valdés es el hombre que puede resolver el problema de las cárceles de España». Más aún, «Es la persona idónea por sus

edad, asumiendo absolutamente toda la responsabilidad para calmar la situación de extrema gravedad (106).

Tal y como hemos señalado, el gran trabajo realizado redujo al mínimo el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados y lo eliminó en el Senado, donde no se apreciaron enmiendas, y las intervenciones en ese acto quedaron reducidas a un turno de declaraciones de los portavoces de los grupos parlamentarios. En este sentido, en la sesión de conocimiento directo del Pleno de proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, celebrado el 12 de septiembre de 1979, sesión plenaria núm. 15, tuvieron lugar unas intervenciones que realizaban la trascendencia, valentía y acierto de quien ostentaba el cargo de Director General (107), el Sr. García Valdés, y de su antecesor, Jesús Haddad.

---

conocimientos y por la dedicación demostrada al tema». Cfr. *Diario El País*, de 31 de marzo de 1978, reproducido en [http://elpais.com/diario/1978/03/31/ultima/260146801\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1978/03/31/ultima/260146801_850215.html).

(106) Cabe destacar, en este sentido, lo que él mismo afirmaba: «Voy a potenciar al máximo el régimen de cárcel abierta, y convertir en excepción real el régimen de seguridad. Voy a dignificar social y económicamente el cuerpo de funcionarios, única base desde la que se puede reformar la vida diaria de las prisiones, y voy a hacer que el trabajo de los presos sea lo contrario de un sistema de sobreexplotación de las personas. Quiero asegurar la no reincidencia de los delincuentes poniendo el acento en fórmulas realistas de reinserción social, y quiero, por fin, que la ley de Reforma Penitenciaria se acabe de redactar y entre en vigor de inmediato». Cfr. *Diario El País*, de 31 de marzo de 1978, reproducido en [http://elpais.com/diario/1978/03/31/ultima/260146801\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1978/03/31/ultima/260146801_850215.html).

(107) En este sentido, el Señor Andreu Abelló llegó a afirmar que, «Sinceramente, creo que en esta ocasión tengo que empezar mis palabras felicitando al señor García Valdés, Director General de Instituciones Penitenciarias, por haber sido el promotor y el redactor de esta ley que hoy se nos presenta. Y, además, quiero hacer también alusión a su actitud cívica. Un hombre que han intentado matar en plena juventud y que, habiendo asesinado a su antecesor, ha tenido el valor y el coraje de continuar defendiendo esta ley y esta reforma penitenciaria, aun a riesgo de perder su vida, es un ejemplo de hombre político. Yo, que soy su adversario político, quiero rendirle mi testimonio de consideración y afecto (Aplausos)». Y continuó: «Si algún problema tenemos (...) es el de intentar que la cárcel se utilice para lo que están las cárceles, para castigar a los delincuentes; pero con una finalidad que yo diría que debería ser sagrada: intentar rehabilitar a todos esos delincuentes, y especialmente a los jóvenes que van por primera vez a a cárcel (...). Por eso yo he querido hablar para hacer el elogio y la defensa de esta ley, que pido con todo mi corazón, y creo que todos estamos de acuerdo, se ponga en vigencia, deseando que se mantenga para muchos años y que jamás vuelva a España un régimen como el que hemos pasado que la derogue, y que otra vez las cárceles españolas sean la vergüenza frente a toda la humanidad y sean el escarnio más grande contra los derechos humanos. Por lo tanto, creo que al aprobar en el Senado definitivamente esta ley, es como si entrara un rayo de esperanza para esta España que todos deseamos, una España más humana, una España más feliz, una España más justa que la que nos ha tocado vivir durante los últimos años».

Cabe afirmar que, inicialmente, el Proyecto de Ley General Penitenciaria se tramitó como Ley Ordinaria, como consecuencia de que en el momento en el que se presentó al Congreso no se había aprobado todavía la Constitución Española de 1978 (108) (en adelante CE). En el Pleno del Congreso el Proyecto fue sometido a votación conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la norma constitucional (109), y pudo tramitarse como Ley Orgánica (110). Tanto fue así que el Ministro Landelino Lavilla encargó a García Valdés la aportación de su pluma en el artículo 15 CE, aboliéndose la pena de muerte para tiempos de paz (111); y en el 25.2, en armonía con lo dispuesto impecablemente en los artículos 1 y 59 LOGP. Fue un trabajo paralelo (112) el que se estaba llevando a cabo: la elaboración de la Carta Magna y el Proyecto de LOGP.

---

Por su parte, el Señor Borrás Serra, manifestó que, asesinado Jesús Haddad, «le sucede en el cargo otro gran hombre, don Carlos GARCÍA VALDÉS, que siente gran vocación por los temas penitenciarios, y sigue el trabajo emprendido por Haddad y lo termina a pesar de que es constantemente amenazado de muerte, de que sufre un atentado, y sigue al frente de las prisiones españolas trabajando por su pacificación y democratización. Rindo merecido homenaje al extinto Haddad y a su sucesor, García Valdés, que han hecho posible que hoy contemos con una ley general penitenciaria que se ajusta a las Convenciones y Tratados que España tiene suscritos, una ley progresista que si se aplica en toda su extensión, con los medios y servicios que en ella se contemplan, habrá resuelto positivamente el problema penitenciario en nuestro país. (...) Alcancemos todos conciencia de que las prisiones deben dejar de ser esos antros represivos, archivo de personas molestas para la sociedad imperante. Son seres humanos que han delinquido, eso sí, pero hay que intentar por todos los medios recuperar para la sociedad, aun a riesgo de morir, como le ocurrió a don Jesús Haddad, o en peligro de ser asesinado, como García Valdés».

Finalmente, el Señor Iglesias Corral expuso que «Concepción Arenal, Ramón de la Sagra y, ya por hacer una síntesis más larga, Beccaria, Holland, Jovellanos... Hay un nombre nuevo al lado de estos nombres, y aunque tengo reparo porque me está escuchando, le hago homenaje: el nombre de GARCÍA VALDÉS ya figurará en esta constelación de figuras próceres que han rendido su talento y su mente al problema, al drama penal y penitenciario, el más fuerte de los dramas humanos. (...). El señor Haddad y el señor García Valdés, dos nombres ya incorporados a la historia de las leas de España, porque la han hecho el tributo de su sangre, de su valor y de su talento. El Derecho tiene sus mártires. Los que luchan por el Derecho es porque le aman. (...). Heroico e ilustre continuador, señor García Valdés».

(108) El Proyecto fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* con fecha de 15 de septiembre de 1978.

(109) Sesión de 24 de julio de 1979.

(110) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma penitenciaria... op. cit.*, p. 7.

(111) El Real Decreto Ley 45/78, de 21 de diciembre, sustituyó en el Código de Justicia Militar la pena de muerte por la de prisión de treinta años. Sin embargo, no quedó suprimida definitivamente hasta la aprobación de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte.

(112) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: *Diez años de reforma... op. cit.*, p. 253.

Los objetivos que se perseguían con la esperada ley penitenciaria y con la transformación del sistema no eran otros que apaciguar la situación de los centros penitenciarios, articular los cimientos de un sistema penitenciario avanzado con todo lo que ello supondría en cuanto a importantes necesidades de personal funcionario se refiere, dotación presupuestaria para la reforma de viejos centros y para la construcción de edificios nuevos (113). García Valdés hizo lo que se esperaba de él, con un resultado final sobresaliente. Ante la difícil situación existente en el campo prisional que demandaba el máximo compromiso y responsabilidad por alguien que debiera de exteriorizar liderazgo en la toma de decisiones acertadas, el entonces Director General hizo lo propio y, para neutralizar el clima hostil fruto de los acontecimientos violentos y motines generalizados en los distintos establecimientos penitenciarios, necesitaba dignificar la Institución, restituyendo el prestigio y la paz que la sociedad merecía. Para ello, mientras se avanzaba en la redacción del Anteproyecto de Ley General Penitenciaria, se promulgaron diversas circulares cuyos resultados fueron positivos, ya que el Director General atendía con agilidad todos y cada uno de los aspectos que obstaculizaban la normal convivencia y orden regimental de las prisiones. Cuando visitaba los establecimientos se reunía (114) con los funcionarios pero también con los internos.

Como se ha dicho, en tanto que se preparaba y tramitaba la ley penitenciaria, se hacía necesario legislar en virtud de Órdenes Circulares para adaptar la norma a la *praxis* y realidad imperante. La necesidad de un nuevo texto penitenciario era evidente, además de una exigencia constitucional. En este sentido, se promulgó la Circular de 13 de abril de 1978, en virtud de la cual se suprimía la censura de libros o prensa, se despenalizaba la huelga de hambre y las autolesiones pacíficas, y se toleraba el uso de dinero de libre circulación. Muy relevante fue el principal impulso hacia el uso de los permisos de salida, a través de las Órdenes Circulares de 21 de abril y 4 de octubre de 1978, de la mano de García Valdés (115). Por su parte, la Orden Circular de 21 de abril de 1978, tenía como fin la concesión de recompensas que consistían en permisos para los domingos y días festivos, desde

---

(113) Al respecto, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición... op. cit.*, p. 59.

(114) En este sentido, afirmaba García Valdés para el *Diario El País* que «Mi actitud será oírlo todo y a todos, escuchar cuanto me tengan que decir, y verlo todo desde los lugares mismos. Voy a seguir la reforma penitenciaria con el recuerdo de la emprendida por Jesús Haddad». Cfr. *Diario El País*, de 31 de marzo de 1978, reproducido en [http://elpais.com/diario/1978/03/31/ultima/260146801\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1978/03/31/ultima/260146801_850215.html).

(115) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación op. cit.*, 148 ss.

las once hasta las diecinueve horas, y permisos de veinticuatro, cuarenta y ocho, setenta y dos horas, y hasta una semana, teniendo en cuenta la buena conducta, el espíritu de trabajo y el grado penitenciario, siendo la Junta de Régimen la que dentro de los cinco primeros días de cada mes elevara propuestas de permisos de forma individualizada, previo estudio por los Equipos de Tratamiento y sin que afectase a más de un 10% de la plantilla del establecimiento. Por su parte, la Orden Circular de 4 de octubre de 1978, establecía la posibilidad de conceder recompensas que consistían en permisos de salida, desarrollando los requisitos de petición y de concesión de los mismos, y estructurando las recompensas en permisos de salida ordinarios, especiales y extraordinarios, alcanzando también a los presos preventivos.

En otro orden, la Circular de 9 de mayo de 1978 recogía el acuerdo pactado con el Patronato de Nuestra Señora de la Merced, a tenor del cual, a los únicos efectos de la redención de penas por el trabajo, se invalidaban las anotaciones de faltas disciplinarias como consecuencia de los motines que tuvieron lugar antes del 31 de marzo de aquel mismo año. Otras Circulares (116) calmarían la situación violenta y conflictiva generada por los grupos violentos y radicales. Se trata de las Circulares de 29 de mayo (excepcionalidad de ingresos hospitalarios por autolesiones); 31 de mayo (protocolo para funcionarios); 6 de junio (requisas y cacheos); 24 de julio (régimen interior); y 1 de septiembre (cultura y formación de los reclusos).

#### **4.2. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria**

El procedimiento de elaboración de LOGP fue el siguiente (117): el 20 de mayo de 1978 el Anteproyecto de Ley Penitenciaria fue remitido al Ministro de Justicia, aprobándose en Consejo de Ministros el 23 de junio, y remitiéndose, a su vez, a las Cortes. Todo apuntaba a un buen resultado y, tras un período laxo de tiempo, en el que las Cortes Generales fueron disueltas como consecuencia de la convocatoria

---

(116) Acerca de todas estas Circulares que se promulgaron en 1978, de la mano de GARCÍA VALDÉS, *Vid. ADÁMEZ CASTRO, R.: Formación y evolución... op. cit.*, pp. 71-73.

(117) *Vid. Ley General Penitenciaria (Trabajos Parlamentarios)*. Madrid, 1980, pp. IX-XI. Acerca del sistema penitenciario postconstitucional, destacando los trabajos relativos a los trámites parlamentarios orientados a la elaboración de la ley penitenciaria, *Vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A.: Visión empírica... op. cit.*, pp. 72 ss.; ADÁMEZ CASTRO, R.: *Formación y evolución... op. cit.*, pp. 75 y 76.

de elecciones generales, se designó una Ponencia (118) para informar el Proyecto de Ley General Penitenciaria. La Ponencia emitió su informe el 2 de julio de 1979, realizándose modificaciones y redactándose nuevamente algunos preceptos de la ley. Días después, el 18 de julio, fue publicado el Dictamen de la Comisión de Justicia en el Boletín Oficial de las Cortes, publicándose la redacción oficial del Proyecto de Ley y elevándose al Congreso. El 24 de julio, el Pleno del Congreso debatió y aprobó el dictamen en una sola sesión, calificándose la ley como orgánica, siendo sometida a votación, con 284 votos a favor y 2 abstenciones.

Posteriormente, el texto aprobado se remitió al Senado el 2 de agosto, y no se formuló ninguna enmienda, pasando al conocimiento del Pleno de la Cámara, examinándose en sesión de 12 de septiembre, y aprobándose por aclamación el Proyecto de LOGP sin modificación alguna. El Proyecto de Ley remitido al Gobierno fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 148, de 15 de septiembre de 1979, abriéndose un plazo de 15 días para la presentación de enmiendas por los Diputados y Grupos Parlamentarios. Finalmente, la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre, se publicó en el *BOE* el 5 de octubre del mismo año, entrando en vigor el día 25 de aquel mes.

Realizando una mirada a aquel bienio 1978-1979, apunta García Valdés que de todos aquellos viejos edificios (119) que constituían las prisiones, «recuerdo sus contornos, sus ruidos, sus olores y muchas de sus instalaciones degradadas (120), algunos concebidos claramente para el pasado. En este sentido, ¿cómo podía llevarse a cabo la transformación del sistema con el mantenimiento, por ejemplo, de las celdas bajas de Carabanchel y las del sótano de Valencia-hombres o con el palomar de la Modelo barcelonesa? ¿De qué forma podían justificarse los dormitorios de aglomeración conservándose los departamentos celulares prácticamente vacíos o reservándose para los sancionados? ¿De qué manera se conjugaba un presupuesto

---

(118) Dicha Ponencia estuvo integrada por los Sres. Diputados D. José María Gil-Albert Velarde, D. Alberto Estella Goytre, D. Carmelo Casaño Salido, D. Javier Saenz Consculluela, D. Joaquín Navarro Esteban, D. Fernando Sagaseta Cabrera, D. Emilio Pérez Ruiz, D. Miguel Roca i Junyent, D. Juan Luis de la Vallina Velarde, D. José A. de la Cuerda Montoya, D. Josep Solé Barberá, D. José A. Maturana Plaza y D. Rodolfo Guerra Fontana.

(119) Acerca de la estructura arquitectónica de las prisiones, antiguos conventos, castillos y fortalezas, se manifestaban inservibles, *Vid.* BONET CORREA, A.: «Arquitectura carcelaria en España», en *Historia 16*, núm. 7 extra, pp. 143 y 144.

(120) Acerca de las deficiencias existentes en el sistema penitenciario y de la estructura arquitectónica de los edificios, en 1978, *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C./TRÍAS SAGNIER, J.: *La reforma de las cárceles*. Madrid, 1978, pp. 39-55.

raquítico con las precisas y necesarias construcciones con un hálito de acomodo al cambio que se pretendía? Se hubo de dar la adecuada y rápida respuesta a todo esto. En ello consistió la reforma que se acometía con ilusión y denuedo» (121).

Y es que algunos edificios, por su estructura, eran incompatibles con la reforma pretendida. Atisba el Catedrático de Alcalá que «Las brigadas, galerías de aglomeración y dormitorios colectivos, que convertían los viejos establecimientos penitenciarios desafectados de otros menesteres en típicas estancias de regimientos militares; sus comedores abigarrados o los patios hacinados, no tenían cabida en las modernas concepciones que se imponían» (122). Tanto fue así que, en palabras del autor, «las escasas prisiones de antigua concepción, todavía en servicio, están abocadas, salvo tal vez contadas excepciones, a correr la misma suerte» (123).

Las primeras prisiones en construirse, bajo el mandato del nuevo Director General, fueron un total de trece: Herrera de la Mancha; Cuenca, Lugo; Ocaña II; Murcia; Nanclares; Arrecife; Alicante; Lérida; Puerto de Santa María; Las Palmas; Cáceres; Albacete. En 1980 se construyeron en Jaén; Melilla; Alcalá-Meco; Ibiza; Ávila; Cádiz y Alicante psiquiátrico. Además, se realizaron importantes reformas arquitectónicas en las prisiones ya existentes, en aras de transformar el antiguo diseño radial por la edificación horizontal, dándose cumplimiento de esta manera a lo dispuesto en la LOGP, y en relación al principio celular, se configuraba una superficie de cada celda de 10.5 metros cuadrados, contando con ventanas, ventilación, luminosidad, higiene, calefacción y mobiliario funcional (124). Esta auténtica inversión en las prisiones españolas sirvió para poner el definitivo cerrojo al rígido y tradicional sistema progresivo de ejecución de condenas que durante tanto tiempo había imperado en España.

La LOGP recogía un modelo original, de identidad propia, y para su redacción se impregnó de, además de las conclusiones de la ciencia penitenciaria moderna y de nuestra mejor tradición patria del siglo XIX, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (125) elaboradas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, así como los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, y las leyes peniten-

---

(121) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Apuntes históricos...* *op. cit.*, p. 36.

(122) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición...* *op. cit.*, p. 63.

(123) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición...* *op. cit.*, p. 65.

(124) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: *Apuntes históricos...* *op. cit.*, p. 39.

(125) Actualmente revisadas por las Reglas Mandela, aprobadas el 21 de mayo de 2015, reflejando el nuevo conjunto de Reglas, que asciende a 122, los avances recientes de la ciencia penitenciaria y las mejores prácticas.

ciarias de los países más avanzados de nuestro entorno [Suecia (126), Italia (127) y Alemania (128)], junto con el Anteproyecto de Constitución Española.

Ciertamente, la LOGP destaca por su brevedad. Se trata de una suerte de ley de bases (129) que cambió el sistema, lo ordenó, y se elaboró pensando en todas las personas y toda clase de reclusos, sentando las bases de una moderna ejecución penitenciaria, motivo por el que tuvo un apoyo unánime, por aclamación, y perdura en el tiempo aplicándose en su integridad (130). Con la LOGP se pasó de un sistema rígido, de prevención general, intimidatorio y retributivo, a un sistema orientado a la prevención especial positiva, pese a que el Decreto de 1968, de la mano de Alarcón, inició una transformación en el sistema que ya no se detendría. El inicio del tratamiento penitenciario, la Central Penitenciaria de Observación o la reestructuración de los cuerpos penitenciarios del Cuerpo, eran fruto de una buena labor de quien estaba detrás de todo ello.

Así las cosas, la LOGP se compone (131) de un título preliminar y seis títulos, siendo el segundo de ellos, a su vez, el que se estructura en diez capítulos. En este sentido, la LOGP ofrece un título preliminar que marca los objetivos legales, la reeducación y reinserción social como fin primordial de la actividad penitenciaria, y el respeto de los derechos configurados en el estatuto jurídico de los internos. Se reconoce el derecho de los internos a ejercitar sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de

---

(126) Ley de 19 de abril de 1974.

(127) Ley de 26 de julio de 1975.

(128) Ley de 16 de marzo de 1976.

(129) El antecedente más próximo de ley penitenciaria lo hallamos en la Ley de prisiones de 26 de julio de 1849.

(130) Téngase en cuenta que la misma fue objeto de cuatro leves reformas, que no derogaron en absoluto su contenido sino que vinieron a añadir algún apartado adicional o adaptar el contenido a la realidad social. Así, la LO 13/1995, de 18 de diciembre, añadía la letra e) del apartado 1 del artículo 29; la LO 5/2003, de 27 de mayo, que introducía la letra h) del apartado 2 del artículo 77, relativo a las visitas de los Jueces Centrales de Vigilancia Penitenciaria; la LO 6/2003, de 30 de junio, modificaba el contenido del artículo 56, adaptándolo para que los reclusos pudieran cursar sus estudios a través de la Universidad de Educación a Distancia; y la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de condenas, que reformó el Código Penal notablemente e introdujo los apartados 5 y 6 en el artículo 72 de la LOGP, restringiendo el acceso o la clasificación en el tercer grado a los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, así como a aquellos que no satisfagan la responsabilidad civil derivada de delito.

(131) Acerca de un brillante análisis de la propia estructura de la LOGP, *Vid. SANZ DELGADO, E.: «España», en Sistema Penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*. Madrid, 2007, pp. 223 ss.



sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su condena. Se reconoce el derecho a ser designado por su propio nombre, y se configuran unas obligaciones para todo recluso, entre las que destacan las de acatar las normas de régimen penitenciario, mantener una actitud de respeto con los funcionarios en todo momento, u observar una conducta correcta, pidiendo la colaboración de los mismos en su propio tratamiento. Se incluye un título I centrado en los establecimientos y medios materiales, resaltando la clasificación de establecimientos penitenciarios de preventivos, cumplimiento y establecimientos especiales (en estos se incluyen los centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación), contemplando el excepcional cumplimiento en régimen cerrado para aquellos internos que manifiesten peligrosidad extrema o inadaptación a los regímenes ordinario y abierto. Así mismo, en la norma se impone como limitación el núm. de internos que puede albergar cada centro penitenciario, siendo un total de 350, y se implanta el principio celular, en virtud del cual los establecimientos deben contar con servicios idóneos de dormitorios individuales, salvo insuficiencia temporal o prescripción médica, así como la dotación de enfermerías, escuelas, biblioteca e instalaciones deportivas. Los títulos II y III, por su parte, distinguen y separan, con acierto, el régimen respecto del tratamiento penitenciario, configurando los dos grandes bloques en los que se constituye la ley penitenciaria. Dentro del régimen resulta relevante la regulación de los criterios de separación inicial que deberán de respetarse en todo momento, a saber, el sexo, la edad, los antecedentes, el estado físico y mental, y que junto con las exigencias del tratamiento para el caso de los penados, serán los principios rectores de distribución de la población reclusa. El trabajo, considerado como un derecho y deber de los reclusos, puede realizarse tanto dentro como fuera de la prisión y, dentro del plazo de los quince días siguientes a la excarcelación, los reclusos pueden inscribirse en la Oficina de Empleo, recibiendo la correspondiente prestación por desempleo. Por otro lado, se contempla en este título también la disciplina y el control de los reclusos; las sanciones, destacando que ningún recluso podrá realizar funciones disciplinarias; así como las recompensas, junto con la organización de los centros penitenciarios, la relación laboral penitenciaria, la asistencia sanitaria, religiosa, educacional, beneficios penitenciarios, permisos de salida de carácter ordinario y extraordinario (132), los cuales obtienen el respaldo del que carecían con anterioridad; así como las visitas y

---

(132) Cabe resaltar que en pleno proceso de elaboración de la LOGP, García Valdés, en aplicación de lo dispuesto en las Órdenes Circulares relativas los permisos de salida, algún juez o magistrado tuvo interés especial en imputarle por infidelidad

comunicaciones de la población reclusa. Cabe señalar que el título III, por su parte, se debe a la pluma de Alarcón Bravo y hace alusión al tratamiento, el cual se encuentra basado en las ciencias criminológicas y ciencias de la conducta (133), con la finalidad de que el recluso aprenda a vivir respetando la ley penal, al prójimo, y a la sociedad en general.

El título IV, por su parte, se centra en la asistencia pospenitenciaria, mencionando a la Comisión de Asistencia Social, que viene a sustituir al Patronato de la Merced, con funciones más amplias y con más medios, enfocada no solamente para los internos que cumplen y extinguen su condena, sino también para los liberados condicionales y los familiares de unos y otros; el título V trata de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria (134) (en adelante JVP), que incardinado en el orden penal, representa una novedad en la normativa penitenciaria como garante de los derechos de los reclusos, con competencias judiciales y penológicas, destacando la labor de corrección de los abusos y desviaciones que puedan producirse, ya que con anterioridad, la Administración era juez y parte y los recursos contenciosos llegaban tarde para los intereses de los reclusos (135); y el título VI, relativo a los funcionarios de instituciones penitenciarias, dignificaba por entonces su labor y profesión con incrementos salariales e incremento de la plantilla de funcionarios penitenciarios.

La importancia de la LOGP ha sido apreciada con acierto por su impulsor y redactor (136), realzando su trascendencia en relación al derecho penitenciario histórico (Ley Orgánica, ante un pasado repleto de Reglamentos y Ordenanzas), así como por su relevancia política (consenso parlamentario y aprobación unánime) y jurídica (diferenciación y justificación de la norma).

Ciertamente, la LOGP abarca todas las instituciones que debe ofrecer un sistema penitenciario moderno, introduciendo aspectos que

---

de custodia de presos. Evidentemente tales obstáculos quedaron superados. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *La legislación penitenciaria española... op. cit.*, p. 77.

(133) Vid. ALARCÓN BRAVO, J.: «El tratamiento penitenciario», en VV.AA.: *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1978, pp. 15 ss.; también, Vid., FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica... op. cit.*, pp. 376 ss.

(134) Vid., al respecto, por todos, ALONSO ESCAMILLA, A.: «El Juez de Vigilancia Penitenciaria». Madrid, 1985.

(135) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *La legislación penitenciaria española... op. cit.*, p. 76.

(136) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho Penitenciario español: Notas sistemáticas», en VV.AA: *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Alcalá de Henares, 1985, p. 37.

en ese momento se reputaban utópicos, como la potenciación del régimen abierto de cumplimiento y restricción del régimen cerrado, sumisión del régimen al tratamiento penitenciario, la figura del JVP, amén del sistema de individualización científica. Y todos estos cambios, con el aval de regulación por Ley Orgánica.

Volviendo al protagonismo del gran artífice de la LOGP, tras la publicación de la misma en el *BOE*, el 5 de octubre de 1978, García Valdés entendió que su etapa como Director General se había consumido, y «poco quedaba por hacer, excepto volver a la Universidad (137) para proseguir la carrera docente» (138). Célebre confesión que entonces y ahora, cuarenta años después, dignifica la figura de su persona, más aún si atendemos a sus sinceras palabras relativas a que cuando entró en el Ministerio de Justicia, lo hizo con una «sensación de hondo respeto», y después de haber salido de él, hace ya varias décadas, a él retorna «con enorme cariño, honesta y desinteresadamente, cuantas veces he sido requerido para hacerlo y subo las escaleras de la entrada principal que un día bajé, en octubre de 1979, dejando allí parte de lo mejor de mi existencia» (139). Y es que, tras las múltiples emociones y satisfacciones logradas merecidamente durante toda su longeva vida académica y profesional, la LOGP fue su «haber intelectual más relevante» (140), a la que rendimos tributo con el presente trabajo.

---

(137) El cese en el cargo de Director General se produjo en virtud de Real Decreto 2409/1979, de 11 de octubre.

(138) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición... op. cit.*, p. 61.

(139) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Sobre la transición... op. cit.*, p. 55.

(140) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Apuntes históricos... op. cit.*, p. 10.

# Yihadismo y Derecho Penitenciario. La prevención del extremismo violento en prisión desde una perspectiva tratamental

SARA CAROU-GARCÍA

Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho Penal  
Universidad de A Coruña

## RESUMEN

*El presente texto analiza las características del nuevo fenómeno delincriminal representado por el terrorismo yihadista, así como los retos que este supone para la Administración penitenciaria española. Se examina, en particular, el Programa marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas, desde una perspectiva jurídica.*

Palabras clave: *Yihadismo, prisión, tratamiento penitenciario, derechos fundamentales.*

## ABSTRACT

*This text analyzes the characteristics of the new criminal phenomenon represented by jihadist terrorism, and the challenges it poses for the Spanish prison administration. It examines, in particular, the Program of intervention in violent radicalization with Islamist prisoners, from a legal perspective.*

Key words: *jihadism, prison, penitentiary treatment, fundamental rights.*

SUMARIO: I. El terrorismo yihadista como fenómeno criminal. 1. El terrorismo como manifestación delictiva indefinida a nivel internacional. 2. El Yihadismo como nuevo modelo de terrorismo.–II. La captación de nuevos terroristas en el medio penitenciario. 1. El paso de la ideología radical al extremismo violento. Problemas conceptuales. 2. La prisión como entorno propicio para la captación.–III. El programa de intervención y tratamiento de procesos de radicalización ideológica en prisión. 1. El enfoque penitenciario de la radicalización: de la seguridad al tratamiento. 2. El tratamiento como pilar de la actividad de la Administración penitenciaria. 3. Análisis de la Instrucción 02/2016, de 25 de octubre, por la que se aprueba el Programa marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas.–IV. Conclusiones.

## I. EL TERRORISMO YIHADISTA COMO FENÓMENO CRIMINAL

### 1. El terrorismo como manifestación delictiva indefinida a nivel internacional

Pese a no ser el terrorismo un fenómeno criminal nuevo, la naturaleza diversa que posee, unida a su etiología poliédrica y a su insoslayable componente político, dificultan consensuar un concepto válido del mismo para todo tiempo y lugar (1). Las organizaciones terroristas, pretéritas y presentes, comparten algunas características; no obstante, estas no ofrecen la solidez necesaria para cimentar un concepto doctrinal (2) o legal relativo a este tipo de delincuencia, del cual predicar una validez universal. La delincuencia terrorista se nos presenta como un acumulador de todas las formas de violencia física y moral, combinadas entre sí de tal modo que dotan a esta expresión criminal de un aspecto desconcertante e inasequible (3). Las definiciones cien-

(1) Vid. CANCIO MELIÁ, M., «El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación», en Alonso Rimo, A./ Cuerda Arnau, M. L./ Fernández Hernández, A. (Dir.). *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 95 ss.

(2) En el plano académico, cabe destacar el loable intento de SCHMID, por lograr cierta aquiescencia doctrinal en relación al concepto de terrorismo, al recopilar los elementos comunes presentes en las diversas definiciones científicas de dicho fenómeno delincencial. Vid. SCHMID, A., «The Revised Academic Consensus Definition of Terrorism», *Perspectives on Terrorism*, vol. 6, n.º 2, 2012, pp. 158-159.

(3) Vid. OTTENHOF, R., «¿Terrorismo o terrorismos? Diálogo sobre un singular plural», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1989, p. 949.

tíficas son múltiples y proceden de diversas disciplinas; empero, a efectos de este artículo, nos centraremos en definiciones –o más bien aproximaciones– jurídicas plasmadas en el Derecho positivo (4). Otro tipo de acercamiento a la cuestión resultaría inabarcable para un texto de estas características. A mayor abundamiento, hemos de señalar que el eje central de nuestro análisis aparece configurado por la respuesta, que la Administración penitenciaria española, ha decidido dar al problema de la captación terrorista en el medio carcelario, desde un punto de vista tratamental. Es por ello que el concepto de terrorismo, empleado para el examen de dicha cuestión, ha de ser coincidente con la delimitación del mismo efectuada por las normas penitenciarias, que van a ser sometidas a examen.

El Derecho internacional ha abordado la delincuencia terrorista de un modo sectorial, centrando su atención en manifestaciones concretas de la misma, pero sin llegar a elaborar un instrumento jurídico unitario (5). La indefinición normativa no resultó un óbice –habida cuenta de los graves problemas que esta forma delictiva representa para la seguridad de los Estados– para que la Asamblea General de la ONU aprobase en 2006 la denominada *Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo* (6), en la que se consensuó un enfoque operativo y estratégico a implementar en la lucha contra ese indefinido enemigo colectivo (7). Dicha estrategia es evaluada cada dos años, siendo su revisión más reciente la efectuada en 2016 (8).

La carencia de una noción compartida de terrorismo, a nivel internacional, fue superada en el marco de la Unión Europea (en

---

(4) Sobre la construcción de un concepto jurídico de terrorismo que confronte el ser, de los ordenamientos jurídicos, con el deber ser, de un concepto legítimo de terrorismo, *vid.* CANCIO MELLÁ, M. «El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación», *op. cit.*, pp. 95-134.

(5) Sobre las dificultades de consensuar una definición de terrorismo a nivel internacional *vid.* ABAD CASTELOS, M., «Una historia interminable: a vueltas con la definición de terrorismo, a través del enfoque del Derecho Internacional» en Pérez González, M. (Dir.), *Lucha contra el terrorismo, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 28 ss.; BARIFFI, F. J., «Reflexiones en torno al concepto de terrorismo a la luz del Derecho Internacional contemporáneo», *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 19, 2008, pp. 126 ss.

(6) NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/RES/60/288 (8 de septiembre de 2006).

(7) Sobre los instrumentos para la lucha contra el terrorismo desde la perspectiva internacional *vid.* PEYRO LLOPIS, A./ FÉRET, J., «La lutte contre le terrorisme: instruments et institutions», en HENNEBEL, L./ VANDERMEERSCH, D., *Juger le terrorisme dans l'état de Droit*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 263 ss.

(8) *Vid.* NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/RES/70/291 (1 de julio de 2016).

adelante UE). La Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 (9), formuló, por primera vez a nivel internacional, unas definiciones de terrorismo y de grupo terrorista consensuadas por diferentes Estados (10). La conceptualización del terrorismo, albergada en el artículo 1 (11), se estructura sobre dos elementos. Uno de carácter objetivo, conformado por una enumeración tasada de actos delictivos que podrán ser considerados como terrorismo. A este respecto, la normativa europea alude tanto a la comisión como a la amenaza de comisión de: actos que atenten contra la vida, la integridad

(9) *DOUE*, n.º L 164 (22.06.2002).

(10) Un análisis de esta norma europea puede verse en GARCÍA RIVAS, N., «La tipificación europea del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 60, n.º extra 2015, 2006, pp. 20-56.

(11) *Vid.* Art. 1.1 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002:

*«Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:*

- intimidar gravemente a una población,*
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,*
- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;*

*a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;*

*b) atentados graves contra la integridad física de una persona;*

*c) secuestro o toma de rehenes;*

*d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;*

*e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;*

*f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;*

*g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;*

*h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;*

*i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)».*

física o la libertad ambulatoria de las personas; la destrucción de infraestructuras e instalaciones; el apoderamiento de medios de transporte o de mercancías; la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas; la liberación de sustancias peligrosas; la provocación de incendios, inundaciones o explosiones; la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental. El segundo elemento, incluido en la definición dibujada por la norma europea, presenta un carácter teleológico, refiriendo una finalidad última de los autores. Para atribuir el carácter terrorista a los precitados actos, los delincuentes han de perseguir alguno de los siguientes propósitos: intimidar gravemente a una población; obligar a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar una acción o a abstenerse de hacerlo; desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un Estado o de una organización internacional (12).

En 2017, la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo (13), incluía un nuevo apartado dentro de la nómina delictiva marcada por la Decisión marco de 2002. De tal modo, también se reputarán como actos de terrorismo la interferencia ilegal en los sistemas de información –a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c)–, y la interferencia ilegal en los datos –a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c)–, siempre y cuando dichas actividades, o la amenaza de las mismas, sean llevadas a cabo con la finalidad terrorista, ya explicitada en la propia Decisión marco de 2002.

El legislador penal español también recurre a una configuración normativa del fenómeno terrorista, conformada por un elemento objetivo –enumerador de las conductas encuadrables en el tipo–, unido a un elemento finalista, que motiva y guía la acción delictiva. Así, pues, en cualquiera de los ilícitos sancionados en el capítulo VII, del Título XXII, del Código

---

(12) Seis años más tarde, el comentado texto de 2002 fue modificado por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 9 de diciembre de 2008. La modificación no afectó al concepto de terrorismo establecido, centrándose en adaptar la legislación a las modificaciones del *modus operandi* de las organizaciones criminales, haciendo especial énfasis en la actividad desarrollada a través de internet. *DOUE*, n.º L 330 (09.12.2008).

(13) *DOUE*, n.º L 88/6 (31.3.2017).



Penal (en adelante CP) (14) han de estar presentes las finalidades aludidas por el art. 573.1 del citado texto punitivo (15) que, tras la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo (16), se concretan en las siguientes: 1.<sup>a</sup>) subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.<sup>a</sup>) alterar gravemente la paz pública; 3.<sup>a</sup>) desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.<sup>a</sup>) provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. La aludida modificación del CP dotó de una amplia fuerza expansiva a los ilícitos encuadrables bajo la denominación de terrorismo. Pese a que la Exposición de Motivos de la norma orgánica de 2015 alegaba la necesidad de adaptar la normativa española a los requerimientos efectuados por la UE en materia de terrorismo (particularmente en relación con el contenido de la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 9 de diciembre de 2008) lo cierto es que la modificación legislativa desborda las exigencias europeas. La redacción empleada en el CP, para establecer tanto el elemento objetivo como el elemento teleológico, en la que se recurre en exceso a conceptos vagos e imprecisos, provocan que la regulación de los delitos de terrorismo posea una *vis attractiva*

(14) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995).

(15) *Vid.* art. 573.1 del CP.

«1. *Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

1.<sup>a</sup> *Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*

2.<sup>a</sup> *Alterar gravemente la paz pública.*

3.<sup>a</sup> *Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*

4.<sup>a</sup> *Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella».*

(16) Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015).

respecto de múltiples y variados ilícitos comunes, que actualmente pueden ser reconducidos a la categoría de terrorista (17).

Para lograr los ambiciosos objetivos finales –de carácter marcadamente político– requeridos por la legislación para calificar una acción delictiva como terrorista (elemento teleológico), resulta imprescindible la existencia de cierta organización. Resulta racionalmente imposible considerar que un individuo aislado pueda, por ejemplo, subvertir el orden constitucional u obligar al Estado a realizar una determinada actuación (18). La reforma del CP del año 2015 diluyó, en cierto modo, la necesidad de este requisito organizacional. Buena muestra de ello es la propia división del Capítulo VII, del Título XXII del Libro II del CP, en dos secciones, siendo la primera de ellas la que se ocupa de la regulación de las denominadas organizaciones y grupos terroristas. La sección segunda, del comentado capítulo del CP, alberga preceptos en los que la conexión del sujeto activo con una estructura organizada no siempre aparece de modo explícito. Empero, las finalidades atribuidas a la delincuencia terrorista, las cuales se erigen en el factor identificativo por excelencia de este tipo de criminalidad, hacen insoslayable la existencia de una arquitectura organizativa, con la cual el sujeto ha de mantener algún tipo de nexo, ya sea este directo, indirecto, material o de pura y simple adhesión unilateral (19).

Tal es la relevancia de este componente organizativo que, como afirma Lamarca Pérez, «*el sujeto político no es el terrorista, sino el grupo terrorista que constituye un contraordenamiento respecto al Estado y que trata de inspirarse en un análogo, aunque antitético, principio de legitimidad*» (20). La propia rúbrica del Capítulo VII, del Título XXII del Libro II del CP, alude a las organizaciones o grupos terroristas. Por su parte, el art. 571 del CP también menciona a las organizaciones y a los grupos, en cuanto formas de estructuración de la delincuencia terrorista. El mencionado precepto remite a las

---

(17) Vid. CANCIO MELIÁ, M. «El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación», *op. cit.*, pp.117 ss.; CANO PAÑOS, M. Á., «La reforma de los delitos de terrorismo», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 912 ss.; CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: la L. O. 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 35 ss.

(18) En este sentido vid. NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 109-110.

(19) Vid. BAYARRI GARCÍA, C. E., «Los nuevos delitos de terrorismo. Adoctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de delitos terroristas», en ALONSO RIMO, A./ CUERDA ARNAU, M. L./ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 279.

(20) Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 91.

previsiones contenidas en el art. 570 bis apartado 1 *in fine* (21), así como en el art. 570 ter apartado 1 *in fine* (22), para establecer los elementos definitorios de la organización y del grupo terrorista, respectivamente. Las diferencias entre ambos conceptos son bastante sutiles (23), hasta el punto de que la definición de grupo terrorista se hará a partir de la omisión en el mismo de alguna, o algunas, de las características propias de la organización (24). Conforme a lo establecido por el apartado 1 del artículo 570 bis se reputará organización criminal «*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*».

---

(21) Vid. Art. 570 bis 1 del CP:

«1. *Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*

*A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos».*

(22) Vid. Art. 570 ter 1 del CP:

«1. *Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:*

*a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.*

*b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.*

*c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves.*

*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos».*

(23) Vid. CANO PAÑOS, M. A., «La reforma de los delitos de terrorismo», *op. cit.*, p. 911.

(24) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 770.

La difuminación de la necesidad de integración del sujeto terrorista en una estructura organizativa, realizada por el legislador español, obedeció a la necesidad de dar una respuesta penal a las dúctiles formas de estructuración que presenta el terrorismo yihadista (25), que serán analizadas a continuación. Ahora bien, el desvanecimiento de los contornos tradicionales de la arquitectura organizativa, implementado en el CP, más que dotar al texto de una necesaria capacidad de contemporizar con las nuevas realidades criminales, lo que provoca es un acercamiento a las doctrinas propias del Derecho penal de autor (26). Las reformas legislativas, particularmente las relativas a la materia penal, debieran tener presente, tal y como afirma García Valdés, «*el sentir doctrinal y social, es decir adecuarse al momento histórico en que ven la luz o, en todo caso, previendo sus resultados positivos para la comunidad. Pero lograr esto es harto dificultoso*» (27).

## 2. El Yihadismo como nuevo modelo de terrorismo

Tomando como guía la definición normativa de terrorismo, plasmada en la normativa europea y española, que acabamos de exponer, podemos colegir que la aparición y desaparición de organizaciones criminales, englobables en dicho concepto, es una constante en la historia contemporánea. Debemos matizar que cada organización calificada como terrorista, así como el contexto socio-político concreto en el que esta comete sus acciones criminales, poseen una singularidad propia. De suerte que el adjetivo terrorista delimitará, en cada momento, realidades que presentan puntos de coincidencia pero también fuertes divergencias entre sí (28). Bajo dicha premisa, el terrorismo se configura como una forma delincencial permeable y reactiva a los sucesivos y profundos cambios acaecidos en las estructuras polí-

---

(25) El propio Preámbulo de la LO 1/2015 afirma la voluntad legislativa de dar respuesta «*a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación*».

(26) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, n.º 87, 2016, p. 40.

(27) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «La estrategia de la legislación penal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 9, 2016, pp. 69-70.

(28) Un análisis cronológico de las diversas organizaciones terroristas, principalmente en occidente, puede verse en LAQUEUR, W., *Una historia del terrorismo*, Paidós, Barcelona, 2003; AVILÉS, J./ HERRERÍN LÓPEZ, A. (eds.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente, Siglo XXI*, Madrid, 2008; BURLEIGH, M., *Sangre y rabia. Una historia cultural del terrorismo*, Taurus, Madrid, 2008.

ticas y económicas. A este respecto, Rapoport (29) distingue cuatro oleadas de terrorismo consecutivas, que en algunos casos llegan a solaparse: 1) la anarquista, iniciada a finales del siglo XIX; 2) la anti-colonial, cuya aparición se produce una vez finalizada la I Guerra Mundial; 3) la de la nueva izquierda, emergida tras la guerra de Vietnam; 4) la religiosa, germinada a partir de la revolución iraní de 1979 y prolongada hasta la actualidad. Este análisis cíclico sitúa el foco de atención, en relación al nacimiento de la actividad terrorista, sobre diversas coyunturas históricas que se van sucediendo.

Las organizaciones terroristas existentes, antes de la irrupción del actual modelo yihadista, compartían algunos elementos comunes. Estas convergencias se materializaban en la persecución de una finalidad política –concretada bien en la independencia de un determinado territorio, bien en la modificación de un concreto sistema económico de naturaleza capitalista– y en la actuación en un determinado territorio (30). Las facciones terroristas de la denominada cuarta oleada no responden a estos parámetros tradicionales.

#### a) *La religión como excusa criminal*

El aparente objetivo, legitimador de la violencia del terrorismo yihadista, no aparece ubicado en una modificación política concreta, ya que se sitúa en un aspecto más trascendental, presentando un fuerte sustrato religioso. Así, pues, el objetivo del terrorismo yihadista es la instauración de una teocracia (31); en ella los valores y la cultura propios de las sociedades no musulmanas serían sustituidos por la *sharia* (32).

No obstante, también podemos apreciar la existencia de una finalidad netamente política, resumida en la intencionalidad de que el islam recupere la situación de poder ostentada siglos atrás y perdida, en la versión de la historia ofrecida por el Yihadismo, por el abandono de

(29) Vid. RAPOPORT, D., «The Four Waves of Modern Terrorism», en CRONIN, A. / LUDES, J. L. (edit.), *Attacking terrorism: elements of a grand strategy*, Georgetown University Press, Washington DC, 2004, pp. 46-73.

(30) Vid. GALÁN, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/2015», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2016, p. 4.

(31) Vid. BORDAS MARTÍNEZ, J., «Reflexiones sobre la organización mercurial del terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica actual», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 18, 2006, p. 23.

(32) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *op. cit.*, p. 27.

las directrices marcadas por el Corán (33). En la dialéctica fundamentalista islámica la pérdida del imperio musulmán no guarda relación con las derrotas militares frente a Occidente; ni con la incapacidad de algunos Estados para abandonar fórmulas económicas y de gobierno arcaicas, y adaptarse a la industrialización. El único factor relevante en el ocaso del esplendor musulmán es ubicado en el abandono de las directrices religiosas (34).

El islamismo como religión no posee una exégesis unívoca, abarcando diversas orientaciones teológicas que se plasman en las diferentes interpretaciones del Corán, de las que emanan distintos postulados axiológicos y de fe. Las más relevantes son el *chiismo* y la *sunna* (35). Cabe señalar que las dispares doctrinas islámicas no responden exclusivamente a cuestiones dogmáticas, de carácter sagrado, jugando el componente geopolítico un papel relevante en el surgimiento de todas ellas (36). A la postre, tal y como afirmaba Durkheim, «*los intereses religiosos no son más que la forma simbólica de los intereses morales y sociales*» (37).

La divergencia religiosa no debiera presentar problemas más allá de los límites de la comunidad musulmana. No obstante, la irrupción de corrientes islamistas violentas –que abogan por el empleo de medios criminales para una supuesta propagación de su credo– ha mutado a la simple discrepancia de fe en un problema de seguridad a escala mundial. En el centro de esta cuestión se sitúa un concepto albergado en el propio Corán: la *yihad* (38). Ésta tampoco tiene un significado único. Puede ser entendida como una lucha interna del

---

(33) Sobre esta cuestión en profundidad *vid.* KRAMER, M., «Fundamentalist Islam at large: the drive for power», *Middle East Quarterly*, vol. 3, n.º 2, 1996, pp. 37-49.

(34) *Vid.* BORDAS MARTÍNEZ, J., «Reflexiones sobre la organización mercurial del terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica actual», *op. cit.*, p. 23.

(35) *Vid.* SÁNCHEZ NAVARRO, E., «El Islam en Europa: una aproximación desde la estructura social», en Martínez Paricio, J. I. (Dir.), *La influencia social del Islam en la Unión Europea*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, p. 90.

(36) *Vid.* AIT, F., «Paz y violencia en el islam», *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 14, 2015, p. 199.

(37) *Vid.* DURKHEIM, E., *Las formas elementales de la vida religiosa*, Akal, Madrid, 1982, p. 295.

(38) A lo largo de este artículo hemos optado por el empleo del término *yihad*, de acuerdo con la grafía y significado del mismo obrantes en la actual edición del Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, que la define como «*guerra santa de los musulmanes*».

Sobre la grafía y significados originarios de este término y su traducción al español *vid.*, entre otros, BRAMON PLANAS, M. D., «Los fundamentos del poder en el Islam», *Awraq: Estudios sobre el mundo árabe e islámico contemporáneo*, n.º 9, 2014, p. 12.

individuo consigo mismo, en un afán de superación moral (yihad mayor); pero también puede interpretarse como una lucha militar colectiva, tendente a defender al islam de sus enemigos y a extender su territorio (yihad menor) (39). Algunas de las aleyas del libro sagrado del islam justifican el empleo de la violencia, ya sea como actitud defensiva, ya sea como medio para combatir a aquellos considerados como impíos (40). Como comentábamos unas líneas más arriba, el islam carece de una autoridad religiosa que ostente de modo exclusivo la potestad de exégesis, por lo que la cuestión sobre la corrección moral del recurso a la violencia terrorista puede tener múltiples respuestas, todas ellas amparadas en la interpretación del mismo libro sagrado (41).

El origen de las posiciones más extremistas dentro del islam hay que buscarlo en la orientación suní. Como corolario de las interpretaciones sunníes más fundamentalistas del Corán surge el salafismo (42). Esta ideología critica la decadencia en la que el islam ha caído durante siglos, preconizando un regreso a sus orígenes como medio de revertir dicha situación de declive (43). Una parte de los seguidores de esta corriente defienden el recurso a la yihad, en cuanto modo de recuperar la ulterior posición de poder malograda. Esa añoranza de la era dorada del islam no es una aportación genuina del salafismo fanático, sino que constituye un elemento fuertemente intrincado en la política de los países árabes, en los que se puede apreciar cierto sentimiento de rivalidad en relación a occidente (44).

Resulta ineludible matizar que no todo el salafismo se decanta por el empleo de la violencia, parte del mismo intenta coexistir en sociedades secularizadas, llegando incluso a desempeñar un rol como elemento activo en la vida política de algunos Estados árabes. Dentro del salafismo se distinguen, pues, tres orientaciones: una de inclinación

---

(39) Vid. NEGRIN, H. / PERRY, M., «Jihadism: Theology and ideology», en Negrin, H. / Perry, M. (edit.), *The theory and practice of Islamic terrorism: An anthology*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2008, p. 7.

(40) Vid. AIT, F., «Paz y violencia en el islam», *op. cit.*, p. 211.

(41) Vid. JORDÁN ENAMORADO, J. / BOIX, L., «La justificación ideológica del terrorismo islamista: el caso de Al Qaida» en JORDÁN ENAMORADO, J. (coord.), *Los orígenes del terror. Indagando en las causas del terrorismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 148.

(42) Vid. CASTIEN MAESTRO, J. I., «Las corrientes salafíes. Puritanismo religioso, proselitismo y militancia», *Cuadernos de estrategia*, n.º 163, 2013, p. 117.

(43) Vid. MELAMED, J. D., «Europa ante la amenaza del radicalismo religioso del Estado Islámico», *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 11, n.º 1 2016, p. 69.

(44) Vid. TASPINAR, Ö. «Fighting Radicalism, not “Terrorism”: Root Causes of an International Actor Redefined». *SAIS Review*, vol. XXIX, n.º 2, 2009, pp. 75 ss.

pietista; otra marcadamente política; una tercera violenta o yihadista (45). Sin embargo, la visión fuertemente ortodoxa e intransigente del islam, compartida por las tres orientaciones, provoca que el acomodo del salafismo en las sociedades modernas se torne difícil. Los salafistas no solo rechazan a los integrantes de otras religiones –o a los individuos que no profesen ninguna creencia espiritual– sino también a aquellos musulmanes que no se conducen por la ortodoxia y la ortopraxia salafí (46).

El Yihadismo –en cuanto salafismo violento– propaga una exégesis simplista del mundo, en la que este se divide entre hermanos de fe y adversarios. Los primeros serán todos aquellos que acepten de modo incondicional el salafismo más extremo. El grupo de los antagonistas incluye al resto del orbe. Es decir, serán objetivo de las acciones criminales yihadistas tanto los Estados musulmanes calificados como apóstatas –por no asumir la interpretación sesgada y reduccionista del Corán– como el resto de naciones no islamistas, tildadas de infieles (47).

Conviene precisar, en aras evitar una estigmatización de la religión musulmana, que la radicalización no es un fenómeno exclusivo del islam. Cualquier religión o ideología es susceptible de experimentar derivas violentas. La intolerancia frente al que piensa o se comporta de una manera diversa a la propia, es algo habitual en cualquier grupo humano que posea algún elemento de cohesión que actúe como pilar identitario, ya sea este religioso, político, nacional o cultural, en el sentido amplio del término.

Si bien el elemento teológico constituye una característica distintiva de este nuevo tipo de terrorismo, no se le puede otorgar el estatus de explicación única en la formación y consolidación del fenómeno criminal. Otros factores, más prosaicos, juegan un papel relevante en el surgimiento de esta modalidad delictiva. Los procesos de colonización y descolonización en zonas de Oriente Próximo por parte de las potencias europeas; los intereses geopolíticos y económicos sobre esos territorios; las intervenciones militares occidentales en determi-

(45) Vid. SCHNEIDERS, T. G. «Einleitung», en SCHNEIDERS, T. G. (edit.), *Salafismus in Deutschland. Ursprünge und Gefahren einer islamisch-fundamentalistischen Bewegung*, Transcript, Bielefeld, 2014, pp. 14-15.

Sobre la deriva violenta del salafismo, vid. WIKTOROWICKZ, Q., «Anatomy of the Salafi Movement», *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 29, n.º 3, 2006, pp. 207-240.

(46) Vid. CASTIEN MAESTRO, J. I. «Las corrientes salafíes. Puritanismo religioso, proselitismo y militancia», *op. cit.*, pp. 123 y 137.

(47) Vid. ALONSO PASCUAL, R., «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista», *Cuadernos de estrategia*, n.º 141, 2009, p. 24.



nados Estados musulmanes; la pobreza (48) y la consiguiente necesidad de emigrar hacia Europa que padecen muchas poblaciones de credo musulmán –unidas a la xenofobia y a la falta de oportunidades en los países de destino– conforman el escenario perfecto para el surgimiento y la extensión del Yihadismo. Este articula su discurso en función de tres ejes fundamentales, que se retroalimentan: el victimismo, el antisemitismo y la confrontación con Occidente (49). Estados Unidos, Israel y la Unión Europea se presentan, dentro de la diatriba yihadista, como los responsables de la complicada situación en la que se encuentran muchas de las naciones del mundo islámico. Esta lógica interesada, empleada por el islamismo radical violento, obvia las problemáticas específicas y endémicas de esos territorios y de las que son también responsables las sociedades autóctonas. La pervivencia en pleno siglo XXI de monarquías absolutas y regímenes militares autoritarios; la corrupción permanente inserida en las estructuras gubernamentales; las altas cotas de analfabetismo o las elevadas tasas de desempleo (50) no semeja que vayan a encontrar su solución en una aplicación de leyes presididas por una interpretación estricta y extrema del Corán, y en una confrontación con los Estados occidentales acusados de causar dichas situaciones.

---

(48) La relación causal entre la pobreza existente en algunos Estados musulmanes y la propagación del islamismo extremista no es una cuestión pacífica, a día de hoy, entre la doctrina especializada. Algunos autores sostienen que las desigualdades económicas y las altas tasas de desempleo ayudan a que las capas más desfavorecidas de la población se sitúen al lado de las ideas extremistas. *Vid.* en este sentido, RICHARDS, A., *Socio-Economic Roots of Radicalism? Towards Explaining the Appeal of Islamic Radicals*, Departamento de Defensa del Gobierno de los Estados Unidos, Carlise, 2003; NCUBE, M. / ANYANWU, J. C., «Inequality And Arab Spring Revolutions In North Africa And The Middle East», *Africa Economic Brief*, vol. 3, n.º 7, 2012.

Otros autores, sin embargo, restan relevancia a la incidencia del factor socioeconómico en la proliferación del terrorismo yihadista, situando el foco de atención sobre ciertas demandas políticas e identitarias no atendidas. *Vid.* HASSINE, N. B., «Economic Inequality in the Arab Region», *World Development*, vol. 66, 2015; 4; KANBUR, R., «Economic Inequality and Economic Development: Lessons and Implications of Global Experiences for the Arab World», *Research Paper, Arab Center for Research & Policy Studies*, 2013.

(49) Sobre el discurso antioccidental y su empleo como elemento de distracción, en relación a los verdaderos problemas políticos y sociales del mundo árabe *vid.* DE LA RIVIÈRE, L. «El antioccidentalismo, opio del mundo islámico», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, II Época, vol. 3, 2007, pp.45-74.

(50) Sobre estas cuestiones pueden consultarse los datos que, anualmente, se recogen en los informes sobre desarrollo humano del *Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo*. El último de ellos corresponde al año 2018 y lleva por título Índices e Indicadores de Desarrollo Humano: Actualización Estadística de 2018. Dicho informe está disponible en internet en <http://hdr.undp.org/en/2018-update/download> (consultado el 15 de febrero de 2019).

b) *Marco geográfico de actuación delictiva transnacional*

Las organizaciones terroristas existentes antes de la irrupción de las categorizadas dentro de la orientación yihadista, presentaban un marco de actuación de carácter nacional o internacional. En el primer caso, las agrupaciones terroristas de carácter etno-nacionalista (como ETA para el caso español, o IRA para el caso irlandés) circunscribían sus actuaciones criminales, así como su estructura organizativa, a las fronteras de sus respectivos Estados de origen; si bien podían poseer ciertos apoyos logísticos en Estados limítrofes. En el segundo supuesto, conformado por aquellas facciones terroristas de ámbito internacional, la finalidad de atraer la atención de otros Estados hacia un conflicto nacional –para lograr cierta presión internacional favorable a las demandas del grupo delincencial– motivaron que algunos grupos terroristas optasen por dirigir sus acciones criminales contra sujetos o instituciones pertenecientes a otros Estados distintos del propio. Ejemplos prototípicos de este terrorismo internacional serían el GIA argelino o Hamas (51).

El objetivo último del terrorismo yihadista, resumido en el establecimiento de un califato que gobierne todo el planeta bajo los postulados más primigenios del islam, lleva implícito la necesidad de establecer un campo de actuación delictiva mucho más amplio que el de las organizaciones terroristas antes aludidas. El concepto de «enemigo» manejado por el salafismo extremista violento es extraordinariamente amplio, pues engloba a cualquier sujeto al que la interpretación fundamentalista religiosa atribuya el calificativo de infiel (52). El marco de actuación geográfica del salafismo violento abarca, en consecuencia, múltiples naciones a lo largo de todo el mundo, si bien la intensidad de la violencia empleada y el número de víctimas no es homogéneo (53). Afganistán, Pakistán, Irak, Siria, Somalia, Yemen, Nigeria, Argelia, Egipto, Arabia Saudí, Marruecos, Túnez, Turquía, Filipinas, Indonesia, Francia, España, Reino Unido, Alemania, Bélgica o Estados Unidos, son algunos de los Estados en los que el terrorismo yihadista ha cometido atentados, dando muestra de su capacidad operativa a escala global.

(51) Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, 2009, pp. 3-4.

(52) Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, 2009, p. 10.

(53) Un análisis de los diferentes escenarios geográficos en los que desenvuelve su actividad criminal el terrorismo yihadista, así como la diferente intensidad de las acciones violentas llevadas a cabo, puede verse en FUENTE COBO, I., «El yihadismo en su contexto histórico», *Cuadernos de estrategia*, n.º 173, 2015 pp. 58 ss.

La ubicuidad de las acciones terroristas de esta nueva oleada, determina un cambio de paradigma en la política antiterrorista. Si hasta hace unos años el descubrimiento y desarticulación de las organizaciones terroristas estaba encomendado, íntegramente, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la dimensión transnacional del fenómeno yihadista impuso la necesidad de implicar en esa misión a los servicios de inteligencia (54).

c) *Estructura organizativa*

La delincuencia terrorista, anterior a la irrupción del Yihadismo criminal, adoptaba una estructura organizativa jerárquica de carácter piramidal (55). El terrorismo de base yihadista rompe con este modelo rígido, adoptando fórmulas más maleables en función de sus necesidades operativas y de las características del escenario concreto en el que éstas se van a desenvolver.

La arquitectura organizativa adoptada por el terrorismo de corte yihadista presenta una morfología heterogénea en la que, según De La Corte Ibáñez, se pueden distinguir cinco anillos concéntricos, que se corresponden con otros tantos tipos de actores yihadistas presentes en diversos escenarios (56). El anillo más interno estaría conformado por una organización matriz, que actúa como elemento inspirador del Yihadismo a escala mundial, alentando la actividad llevada a cabo por los restantes actores. El segundo anillo aparece integrado por las franquicias o filiales de esa organización matriz. Su misión consiste en la generación de redes que proporcionen una militancia mayor y, en consecuencia, un incremento de la capacidad operativa. La relación de estas estructuras franquiciadas con la organización matriz está presidida por un elevado grado de autonomía, no existiendo una relación de subordinación entre ellas. En el tercer anillo se encuentran otro tipo de estructuras organizativas que, sin ser formalmente filiales de la organización matriz, profesan una manifiesta afinidad ideológica respecto a la misma, lo que les lleva a establecer diversas fórmulas de colaboración con ella en su actividad terrorista. El cuarto anillo está conformado por pequeños grupos, de corta vida y en los que no es posible apreciar un sistema ordenado de mando. Su relación con la

---

(54) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *op. cit.*, p. 7; DÍAZ FERNÁNDEZ, A., «2001-2011, la transformación de la inteligencia», *Política Exterior*, n.º 143, 2011, p. 61.

(55) Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo», *op. cit.*, p. 11.

(56) Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., «Yihadismo global: una visión panorámica», *Documentos de Seguridad y Defensa*, n.º 62, 2014, pp. 54 ss.

organización matriz es de carácter más puntual, limitándose a recibir cierta orientación y apoyo por parte de aquella (57). En el último anillo aparecen los grupos o sujetos que, de forma individual –esto es sin mantener un vínculo permanente o esporádico con una gran organización yihadista– comparten su ideario y deciden, de modo autónomo, colaborar en el plan criminal de la yihad global.

d) *Incremento de la capacidad lesiva*

Las organizaciones preexistentes al actual modelo yihadista, al presentar un concepto de enemigo restringido (58), no presentaban una capacidad macro lesiva, puesto que los destinatarios de la acción criminal eran, principalmente, representantes o dirigentes de un determinado poder político. Ello no obsta para que, en determinadas ocasiones, estas organizaciones terroristas hayan cometido actos criminales en los que las víctimas no respondían a esa caracterización básica de enemigo restringido, resultando afectada una parte heterogénea de la población. Tal es el caso de diversos atentados cometidos por ETA, como los perpetrados en un centro comercial de Barcelona en 1987 (59) o en la Terminal 4 del aeropuerto de Madrid en 2006.

La exponencial ampliación del concepto de enemigo, empleada por las organizaciones yihadistas, provoca que su intencionalidad lesiva sea notablemente mayor que la de las organizaciones terroristas existentes hasta inicios del siglo xx. Al mismo tiempo, su peculiar estructura organizativa posibilita que esa voluntad dañina vaya acompañada una destacable potencialidad operativa, que permite la perpetración de graves atentados, que arrojan un elevado número de víctimas (60). La relevancia cuantitativa de la letalidad de las organizaciones terroristas, vinculadas al salafismo extremista violento, puede observarse en la *Global Terrorism Database*. La citada base de datos alberga información sobre los atentados terroristas perpetrados, a lo largo de mundo, desde 1970 hasta 2017, situando a las diversas

---

(57) Un análisis de las filiales regionales de Al Qaida central en la Península Arábiga, Irak y el Magreb, así como de otros actores terroristas inspirados por Al Qaida pero no vinculados formalmente con ella en escenarios como Asia Pacífico, el Cáucaso y el Cuerno de África, y de la actuación de células terroristas independientes en Europa y Estados Unidos puede verse en JORDÁN ENAMORADO, J., «El terrorismo global una década después del 11S», *Cuadernos de estrategia*, n.º 152, 2011, pp. 133 ss.

(58) Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo», *op. cit.*, p. 11.

(59) Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo», *op. cit.*, p. 9

(60) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *op. cit.*, p. 7.

organizaciones yihadistas relacionadas con Al-Qaida dentro de las entidades terroristas más letales a nivel mundial (61). A escala nacional, basta recordar en este sentido el saldo 191 fallecidos y más de 1800 heridos, ocasionados en los atentados de Madrid, del 11 de marzo de 2004.

## II. LA CAPTACIÓN DE NUEVOS TERRORISTAS EN EL MEDIO PENITENCIARIO

### 1. El paso de la ideología radical al extremismo violento. Problemas conceptuales

La precisión conceptual de lo que debemos entender como radicalización no resulta una tarea sencilla. El uso excesivo en la actualidad de este término, junto con la atribución al mismo de supuestos sinónimos –como extremismo o terrorismo– dificultan, aún más, la complicada labor de hallar una definición unívoca, que permita trazar los aspectos básicos sobre los que han de incidir las políticas de seguridad y, en consecuencia, también las penitenciarias, tendentes a evitar los actos violentos, que puedan derivarse de los procesos de radicalización (62).

En primer lugar, debemos destacar que la radicalidad posee una dimensión social, al contrario que el extremismo, o el terrorismo, de los cuales se puede predicar un carácter antisocial (63). El origen del término radicalización hay que buscarlo siglos atrás, siendo empleado por primera vez en la política decimonónica para designar a aquellas corrientes de pensamiento reformista (64). Con fundamento en este origen histórico del vocablo, la Real Academia Española atribuye al

(61) Vid. Global Terrorism Database disponible en <https://www.start.umd.edu/gtd/> (consultada el 15 de febrero de 2019).

(62) Sobre las distintas acepciones del concepto radicalización y sus diferencias con otros fenómenos, como el extremismo, vid. ANTÓN MELLÓN, J. / PARRA ARNAIZ, I., «Concepto de radicalización», en Antón Mellón, J. (edit.), *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 17-37. Para un análisis crítico de las diversas definiciones del término tanto a nivel doctrinal como legal Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 175 ss.

(63) Vid. CAÑETE BLANCO, P., «Yihad: radicalidad y discurso», Documento Marco 06/2016, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2016, p. 9.

(64) Vid. ANTÓN MELLÓN, J. / PARRA ARNAIZ, I., «Concepto de radicalización», *op. cit.*, p. 14.

término radical la definición de «partidario de reformas extremas» (65). Así, pues, la palabra por sí misma no lleva implícito matiz negativo alguno. Es más, como afirma Pérez Cepeda, «*en numerosas ocasiones, ser un radical no significa estar en contra de la ley, e incluso es legítimo serlo*» (66). Los radicales, debido a su percepción negativa de una determinada realidad, abogan por la realización de un cambio profundo. Los medios a través de los cuales los radicales pretenden lograr dicha modificación pueden no ser violentos, ni antidemocráticos. En cambio, el extremismo engloba a aquellos actores políticos que tradicionalmente se han caracterizado por un pensamiento dogmático y fanático, defensor del autoritarismo, que conlleva un desprecio al Estado de Derecho y un rechazo del pluralismo político. El extremismo, por tanto, puede justificar el recurso a la violencia para imponer a la sociedad un determinado cambio (67).

De lo señalado en el párrafo anterior puede deducirse que la relación existente entre la radicalidad y el extremismo violento, se caracteriza por constituir respectivamente, el primer y el último estadio del proceso que finaliza en la integración activa del individuo en estructuras terroristas. Aun así, no puede afirmarse de modo categórico que la afinidad de un sujeto con ideologías radicales conduzca, inexorablemente, a su incorporación a organizaciones terroristas. El individuo identificado con una ideología radical, puede no llegar a alcanzar cotas fanáticas de pensamiento que lo sitúen en el extremismo. Incluso, derivando en posicionamientos extremistas, puede que su apoyo a las acciones violentas sea de carácter pasivo y nunca llegue a prestar colaboración activa en acciones criminales (68).

Como acabamos de exponer, los términos radicalidad y terrorismo no son sinónimos –pese a presentar cierta relación de carácter evolutivo, en cuanto fases de un mismo proceso– no obstante, gradualmente se ha ido imponiendo una interpretación identificativa de ambos conceptos. A raíz de los atentados de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, la radicalización pasa a estar indisolublemente ligada al proceso por el cual algunos individuos, que profesan la fe musulmana, inician una

(65) Vid. Diccionario de la Lengua Española, disponible en internet <https://dle.rae.es/?id=V126nlV> (consultado el 15 de febrero de 2019).

(66) Cfr. PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, op. cit., p. 183.

(67) Vid. SCHMID, A. P., «Radicalisation, De-Radicalisation, Counter-Radicalisation: A Conceptual Discussion and Literature Review», Research Paper, International Centre for Counter-Terrorism, 2013, p. 8-9.

(68) Vid. ALONSO PASCUAL, R., «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de Terrorismo Yihadista», *Cuadernos de estrategia*, n.º 141, 2009, p. 34.

deriva ideológica que culmina en la aceptación de la violencia (69). El notable incremento en el interés por la radicalización, y, en consecuencia, en el empleo desmedido del término, hay que buscarlo en otros dos factores (70). En primer lugar, en un cambio de paradigma en los estudios sobre la psicología de los grupos e individuos extremistas. Actualmente, la comunidad científica considera que el paso hacia un activismo de tipo violento está estrechamente relacionado con la adquisición de deseos y creencias, por medio de la adhesión a una ideología que propugne la violencia. En segundo lugar, el amplio interés suscitado por la radicalización encuentra su explicación en la relevancia otorgada a su prevención, por parte de la mayoría de los Estados, dentro del marco de las políticas antiterroristas.

La radicalización, entendida como inicio de un proceso de captación, resulta inherente a la dinámica de los grupos terroristas. La introyección en el individuo de una visión polarizada y exagerada de un determinado conflicto, hasta el punto de presentar el recurso a la violencia como única solución, ha sido el mecanismo empleado por la totalidad de las organizaciones terroristas, a pesar de las diferencias contextuales y organizativas que pudieran existir entre ellas (71). La propia Comisión Europea hacía hincapié sobre esta cuestión, al aseverar que la radicalización violenta –ya sea esta de signo nacionalista, anarquista, separatista, de extrema derecha o de extrema izquierda– presenta características comunes (72). El proceso de radicalización puede verse complementado –en ciertos casos, no siempre– con una actividad de reclutamiento, es decir, con la captación e integración del individuo en redes terroristas (73).

El terrorismo yihadista recurre también a esta práctica. Dentro de sus actividades se encuentra el proselitismo activo, destinado a atraer nuevos simpatizantes y colaboradores de su objetivo criminal, la instauración del califato universal mediante la yihad global. La captación

---

(69) Vid. ANTÓN MELLÓN, J. / PARRA ARNAIZ, I., «Concepto de radicalización», *op. cit.*, p. 15.

(70) Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., «¿Qué sabemos y qué ignoramos sobre la radicalización yihadista?», en ANTÓN MELLÓN, J. (edit.), *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, *op. cit.*, p. 35.

(71) En relación al aspecto motivacional empleado en la radicalización practicada por los grupos terroristas ETA e IRA, Vid. ALONSO PASCUAL, R., «Individual Motivations for Joining Terrorist Organisations: A Comparative Qualitative Study on Members of ETA and IRA», en VICTOROFF, J. (ed.), *Social and Psychological Factors in the Genesis of Terrorism*, IOS Press, Amsterdam, 2006, pp. 187-202.

(72) Unión Europea, Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas: afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta* (21 de septiembre de 2005).

(73) Vid. ALONSO PASCUAL, R., «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista», *Cuadernos de estrategia*, n.º 141, 2009, p. 32.

de nuevos integrantes resulta indispensable para la ampliación del potencial de violencia terrorista (74).

En los párrafos anteriores hemos puesto de manifiesto nuestras reservas en relación al término radicalización, por cuanto no siempre es correlativo a la incorporación del sujeto a la actividad terrorista. No obstante, habida cuenta de la extensión imparable de su uso en relación con la actividad criminal yihadista, se hace preciso buscar una definición del mismo que lo aborde como un proceso evolutivo y no como un efecto final. Una aproximación teórica al concepto de radicalización, que resulta integradora de la naturaleza compleja, evolutiva y transformadora de esta noción, es aquella que la define como: «*el proceso, dinámico e individual, que conduce a la persona a una visión extrema y dicotómica de la realidad, donde se acepta y promueve el uso de la violencia como medio para conseguir instrumentalmente los objetivos de un grupo o movimiento*» (75).

En línea con la anterior definición, en marzo de 2016, el Consejo de Europa, dentro de las *Directrices para los servicios penitenciarios y de probation sobre la radicalización y el extremismo violento* (76) (en adelante DSPRE), definió la radicalización como «*un proceso dinámico por el cual un individuo acepta y apoya el extremismo violento de manera creciente*». Algo más de una década antes, en el año 2005, la Comisión Europea conceptualizaba la radicalización violenta como el «*fenómeno en virtud del cual las personas se adhieren a opiniones, puntos de vista e ideas que pueden conducirles a cometer actos terroristas*» (77).

## 2. La prisión como entorno propicio para la captación

La cárcel constituye uno de los ejemplos paradigmáticos de lo que Goffman denominó como *institución total*, esto es «*lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en*

(74) Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., «El terrorismo (yihadista) internacional a principios del siglo XXI: dimensiones y evolución de la amenaza», en CONDE PÉREZ, E. / IGLASIAS SÁNCHEZ, S., *Terrorismo y legalidad internacional*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 36.

(75) Vid. TRUJILLO, H. / RAMÍREZ, J. J. / ALONSO, F., «Indicios de persuasión coercitiva en el adoctrinamiento de terroristas yihadistas: hacia la radicalización violenta», *Universitas Psychologica*, vol. 8, n.º 3, 2009, p. 722.

(76) UNIÓN EUROPEA, COMITÉ DE MINISTROS DE LA UNIÓN EUROPEA, *Directrices para los servicios penitenciarios y de probation sobre la radicalización y el extremismo violento* (2 de marzo de 2016).

(77) UNIÓN EUROPEA, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas: afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta* (21 de septiembre de 2005).



su encierro una rutina diaria, administrada formalmente» (78). La prisión sitúa al individuo en una coyuntura vital compleja, marcada por la imposición de relaciones sociales con otras personas, que no son buscadas ni deseadas, así como por la inmersión forzada en una estructura organizativa y arquitectónica marcadamente restrictiva. El internamiento penitenciario trae consigo, de modo inevitable, una serie de efectos sobre la salud mental de los internos entre los cuales están la percepción de una ausencia de control sobre la propia vida, la hipervigilancia, la disminución de la autoestima, el retraimiento social y el aislamiento (79).

Estas consecuencias, inherentes a la privación de libertad, unidas a las características psicológicas de cada individuo (80), propician que ciertos reclusos presenten estados anímicos vulnerables y, por tanto, permeables a ciertos influjos externos que aparentemente puedan contribuir a sobrellevar la situación de privación de libertad. El discurso del salafismo extremista y violento, convenientemente adaptado por los reclutadores a las circunstancias personales de cada interno (81), puede provocar diversos efectos, interpretados como positivos por el receptor de dicha diatriba (82). La adhesión a una ideología salafista fanática actúa como elemento de socialización intra-penitenciaria, evitando así el interno su aislamiento (83). Las células yihadistas rodean al sujeto de

---

(78) Vid. GOFFMAN, E., *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, p. 13.

(79) Vid. entre otros, YANG, S. / KADOURI, A. / RÉVAH-LÉVY, A. / MULVEY, E. P. / FALISSARD, B. «Doing Time: A Qualitative study of long-term Incarceration and the Impact of Mental Illness». *International Journal of Law and Psychiatry*, n.º 32, 2009, pp. 294-303; HANEY, C., *The Psychological Impact of Incarceration: Implications for Post-Prison Adjustment*, U. S. Department of Health Human Services, Washington, DC, 2002.

(80) Las estrategias mentales mediante las cuales los reclusos afrontan, con mayor o menor fortuna, su encierro en prisión, no son uniformes. Éstas estarán mediadas por sus características individuales, sus vivencias previas al internamiento, las experiencias intra-penitenciarias, o sus recursos psicológicos. Sobre estas cuestiones vid. ampliamente HOCHSTELTER, A. L. / MURPHY, D. S. / SIMONS, R. L. (2004). «Damaged goods: Exploring predictors of distress in prison inmates», *Crime and Delinquency*, n.º 50, pp. 436-457. LIEBLING, A. / MARUNA, S., «Introduction: The effects of imprisonment revisited», en LIEBLING, A. / MARUNA, S (Eds.), *The Effects of Imprisonment*, Willan Publishing, Devon, 2005, pp. 1-29.

(81) Vid. ALONSO PASCUAL, R., «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista», *op. cit.*, p. 45.

(82) Para un análisis de los mecanismos psicológicos de captación ejercidos por los agentes de radicalización en el contexto penitenciario, vid. TRUJILLO, H. / JORDÁN, J. / GUTIÉRREZ, J. A. / GONZÁLEZ, J., «Indicios sobre la radicalización yihadista en prisiones», *Athena Assessment*, n.º 12, 2008, pp. 1-3.

(83) Vid. PÉREZ, A. «La evolución de la Estrategia Antiterrorista europea: Europol y sus grandes retos», 2016, p. 17. Disponible en <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/la-evoluci%C3%B3n-de-la-estrategia-antiterrorista-europea-europol-y-sus-grandes-retos>. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2019.

una falsa percepción de respeto y reconocimiento en el interior del grupo, de tal modo que éste percibe una especie de protección comunitaria (84), aspecto que cobra especial relevancia en un ambiente hostil como es el penitenciario. Además, la retórica fundamentalista salafista proporciona al recluso una falsa sensación de seguridad y coherencia axiológica y vital, permitiéndole justificar moralmente las actuaciones criminales que le han reportado su encarcelamiento; aliviando, de este modo, un posible cuestionamiento personal (85). La atribución de un grado de determinación absoluto a elementos estructurales de la sociedad occidental, en relación a la actuación delictiva del sujeto, impide que éste asuma alguna responsabilidad en los hechos que le han hecho acreedor de una sanción penal. El interno acepta el fácil y cómodo papel –ofrecido y dibujado por el Yihadismo terrorista– de víctima de un sistema político, económico y legal supuestamente injusto.

Las investigaciones existentes hasta el momento, relativas a los procesos de radicalización yihadista en España, afirman que algunos de los más importantes líderes de las células de este tipo de terrorismo –condenados o muertos en acciones criminales entre los años 1996 y 2012– iniciaron o completaron su proceso de radicalización dentro de prisión (86). Estos informes sitúan a las prisiones españolas como el cuarto entorno de radicalización dentro de nuestras fronteras, antecedido por los domicilios privados, los lugares de culto y las actividades al aire libre (87). El problema de la captación yihadista en prisión no es nuevo para España. Hace casi 15 años, concretamente en 2004, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desmantelaban –en la conocida como «Operación Nova»– una red de adoctrinamiento de corte sala-

(84) Vid. CANO PAÑOS, M. A., «Aproximación criminológica al fenómeno del «homegrown terrorism» Un análisis de la radicalización islamista desde la teoría de las subculturas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2016, p. 326.

Especialmente ilustrativa sobre esta cuestión relativa al ambiente de camaradería y protección, blindado por los grupos yihadistas, es la propaganda exhibida por el Estado Islámico, a través principalmente de las redes sociales. La propaganda de esta organización terrorista se fundamenta en el relato utópico de un califato universal presidido por la hermandad entre sus miembros. Sobre este particular, vid. TORRES-SORIANO, M. R., «Cómo contener un califato virtual», *Cuadernos de Estrategia*, n.º 180, 2016, p. 176.

(85) Vid. ALONSO PASCUAL, R., «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista», *op. cit.* p. 46.

(86) Vid. REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», p. 13. Disponible en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/terrorismo-internacional/dt16-2013-reinares-gciacalvo-radicalizacion-terrorismo-yihadista-espana](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo-internacional/dt16-2013-reinares-gciacalvo-radicalizacion-terrorismo-yihadista-espana). Fecha de consulta: 15 de febrero de 2019.

(87) Vid. GARCÍA-CALVO, C. / REINARES, F., *Estado Islámico en España*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2016, pp. 39 ss.

fista violento, con epicentro en el centro penitenciario de Topas y ramificaciones en otros presidios españoles (88). En noviembre de 2015 la Policía Nacional, –dentro de la denominada «Operación *Khalya*»– ponía de manifiesto, una vez más, que en el interior de una prisión española existía una célula yihadista que trataba de captar entre los internos, que cumplían condenas por otros delitos, nuevos terroristas para el grupo Estado Islámico (89). Recientemente, en octubre de 2018, la Guardia Civil, desarticulaba en el marco de la «Operación *Escribano*» una red de proselitismo yihadista que se extendía a 17 centros penitenciarios (90).

La preocupación por la captación de nuevos integrantes por parte de organizaciones terroristas, ubicadas en salafismo más violento, en el interior de los establecimientos penitenciarios trasciende el ámbito nacional español. Como mecanismo de profundización en el primer pilar de la *Estrategia de la UE en materia de lucha contra el terrorismo* (aprobada en 2005) (91), concretado en el aspecto preventivo, el Consejo de Europa elaboró una guía que permitiese detectar y contener los procesos de radicalización intra-penitenciarios. Se adoptaron así, en marzo de 2016, las ya citadas DSPRE.

### III. EL PROGRAMA DE INTERVENCIÓN Y TRATAMIENTO DE PROCESOS DE RADICALIZACIÓN IDEOLÓGICA EN PRISIÓN

#### 1. El enfoque penitenciario de la radicalización: de la seguridad al tratamiento

A modo sintético, podemos afirmar que las medidas de prevención y contención de la radicalización violenta, conducente a un posible reclutamiento por parte de organizaciones *yihadistas*, aplicadas por la

---

(88) La Operación Nova concluyó con la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 3.ª n.º 6/2008, de 27 de febrero de 2008, [JUR 2008\97921]. La citada resolución condenaba a 20 de los 30 acusados. Siete meses después, sin embargo, el Tribunal Supremo absolvió a la mayoría de los condenados. No obstante, el Tribunal Supremo reconoció la existencia de una red penitenciaria estructurada de adoctrinamiento islamista radical. *Vid.* STS, Sección 1.ª, sentencia n.º 618/2008, de 7 de octubre 2008 [RJ 2008\5708].

(89) *Vid.* ABC (23/11/2015).

(90) *Vid.* El País (2/10/2018).

(91) UNIÓN EUROPEA, CONSEJO EUROPEO, *Estrategia Europea de lucha contra el terrorismo* (14 y 15 de diciembre de 2005).

Administración Penitenciaria Española pivotan alrededor de dos ejes fundamentales (92):

1) Análisis de datos, control y seguridad. Este primer eje se materializa en dos aspectos fundamentales: en primer lugar, en la clasificación penitenciaria en primer grado y consiguiente aplicación del régimen penitenciario cerrado, para aquellos reclusos en los que se aprecie una peligrosidad extrema o una inadaptación penitenciaria manifiesta. En segundo lugar, la inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (en adelante FIES) de ciertos internos y la aplicación de las normas de seguridad vinculadas al mismo. Estas cuestiones aparecen reguladas en la Instrucción 8/2014, de 11 de julio por la que se aprueba el nuevo programa para la prevención de la radicalización en los establecimientos penitenciarios (en adelante I 8/2014); así como en la Instrucción 2/2015, de 10 de febrero, por la que se revisa la Instrucción 8/2014 (en adelante I 2/2015).

2) Actividades de intervención y tratamiento penitenciario, tendentes a revertir el proceso de radicalización, reguladas en la Instrucción 2/2016, de 25 de octubre, en la que se establece Programa Marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas (en adelante I 2/2016).

## 2. El tratamiento como pilar de la actividad de la Administración penitenciaria

La arquitectura del Derecho penitenciario aparece sustentada por dos pilares básicos, en apariencia antitéticos entre sí, que son el régimen y el tratamiento. Pese a la centralidad que ocupa en la ciencia penitenciaria, el tratamiento continúa siendo un concepto jurídico indeterminado (93); hasta tal punto que la legislación española ha ido variando, con el paso de los años, su conceptualización del mismo.

El ideal resocializador, establecido por el artículo 25.2 de la Constitución Española (en adelante CE) (94), como criterio orientador de

(92) Vid. CAROU-GARCÍA, S., «Terrorismo yihadista y prisión. Políticas penitenciarias de contención y prevención», *Actas del Seminario Internacional El terrorismo en la actualidad: un enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017, p. 200.

(93) Vid. BUENO ARÚS, F., «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 252, 2006, p. 11.

(94) Constitución Española. (BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978). Vid. art. 25.2 CE:

«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.

la pena privativa de libertad, legitima la existencia del tratamiento. El artículo que abre la norma básica del Derecho Penitenciario español, artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) (95), alude también a esa función rehabilitadora, sin desconocer los aspectos inocuizadores ínsitos a la pena de prisión, sin los cuales se vaciaría de contenido su naturaleza punitiva (96). El tratamiento constituye, por tanto, el medio a través del cual la prisión intentará alcanzar su orientación constitucional.

A nivel internacional la noción de tratamiento penitenciario aparece recogida en las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos*, aprobadas por la Comisión de asuntos sociales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en Ginebra en 1955 (97). La Regla 58 era totalmente explícita al respecto, estableciendo: «*el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y satisfacer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo*».

La LOGP adopta una concepción clínica o terapéutico-social del tratamiento (98), que se plasma en la regulación del mismo contenida en el Título III –artículos 59 a 72–. Partiendo de la antedicha conceptualización del tratamiento el artículo 62 c) de la LOGP, defiende «*la*

---

*El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*».

(95) Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. (BOE, n.º 239, de 05 de octubre de 1979).

(96) Vid. art. 1 de la LOGP.

«*Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley 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. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados*».

(97) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. / NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 536; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2013, p. 119; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*, Ministerio del Interior, Madrid, 2014, pp. 377 ss.

(98) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. / NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, op. cit., p. 537; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*, op. cit., p. 384.

*variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno». El propio Preámbulo de la LOGP apela a «la necesidad de contar con la cooperación de las Ciencias de la Conducta para establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado».*

Dentro de esta concepción clínica del tratamiento el delincuente se presenta como un enfermo social, siendo el síntoma de su patología la comisión del hecho delictivo. En esta lógica, el tratamiento penitenciario sería el método imprescindible para lograr la curación (99). La ambiciosa modificación que persigue lograr el tratamiento en el recluso consiste, según el artículo 59.2 de la LOGP, en «*hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general*».

La entrada en vigor del Reglamento Penitenciario de 1996 (en adelante RP) (100), supuso un cambio trascendental en la formulación teórica del tratamiento penitenciario. La norma reglamentaria se decanta por una visión más social del mismo. El cambio de paradigma fue motivado por el conjunto de críticas vertidas en relación a la concepción, excesivamente clínica, del tratamiento adoptada por el legislador orgánico (101). En relación a esta cuestión, el Preámbulo del propio RP afirma: «*el nuevo Reglamento Penitenciario incorpora a su texto los avances que han ido produciéndose en el campo de la intervención y tratamiento de los internos, consolidando una concepción del tratamiento más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo*».

---

(99) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. / NISTAL BURÓN, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, op. cit., p. 537; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 222.

(100) Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE n.º 40, de 15 de febrero de 1996).

(101) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, op. cit., p. 222; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, op. cit., p. 126; ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. / RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2009, p. 325; CUTIÑO RAYA, S., «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-11, 2015, p. 2.

Se da un nuevo sentido a la reinserción entendiéndola «*como un proceso de formación integral de (la) personalidad*» (102) del interno, mediante el que se le ofrezcan una serie de instrumentos eficientes para su propia emancipación. Adquieren cualidad de tratamiento actividades consideradas por la LOGP como regimentales, tales como el trabajo (103), la educación o la formación laboral (104). De este modo, se elimina la extrema dicotomía entre actividades de régimen y actividades de tratamiento, instrumentando una intervención penitenciaria pluridimensional y omnicomprensiva que incide en múltiples áreas (asistencial, cultural, laboral, terapéutica...) (105).

Esta conceptualización de la reinserción y, por extensión, del tratamiento penitenciario asemeja la finalidad a lograr dentro del ámbito carcelario al de otros procesos, educativos o socializadores, desarrollados en la comunidad extra-penitenciaria. En consecuencia, se atem-

(102) Vid. Preámbulo del RP de 1996.

(103) Hay una cierta confusión en la LOGP respecto de la naturaleza real del trabajo, ya que, si bien aparece regulado en el capítulo II del Título II, dedicado al régimen penitenciario, el artículo 26 lo define a la vez como derecho, deber y elemento fundamental del tratamiento. Para profundizar más en esta cuestión *vid.*, entre otros, BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El marco constitucional del trabajo penitenciario*, Nomos, Valencia, 2002; FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; MIGUÉLEZ, F. / ALÓS-MONER, R. / MARTÍN, A. / GIBERT, F., *Trabajar en prisión*, Icaria, Barcelona, 2007; GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El trabajo penitenciario como derecho y como deber», *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la Universitat de València*, n.º 11, 2014, pp. 1-22; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español», *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 33, 1995, pp. 205-244; LÓPEZ MELERO, M., «Especial consideración del tratamiento penitenciario a través del trabajo», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 105, 2013; SANZ DELGADO, E., «El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad», en GARCÍA VALDÉS, C. / VALLE MARISCAL DE GANTE, M. / CUERDA RIEZU, A. R. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, A. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 2405-2426.

(104) Vid. artículo 20.2 del RP.

«*Los penados, tras ser reconocidos por el Médico si se trata de nuevos ingresos, permanecerán en el departamento de ingresos el tiempo suficiente para que por parte del Psicólogo, del Jurista, del Trabajador Social y del Educador se formule propuesta de inclusión en uno de los grupos de separación interior y se ordene por el Director el traslado al departamento que corresponda, previo informe médico. Por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, se contrastarán los datos del protocolo y se formulará un programa individualizado de tratamiento sobre aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación*».

(105) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.1064.

peran las críticas centradas en la ilegitimidad de la intervención tratamental o en las posibles intromisiones de ésta en la personalidad del recluso (106).

3. **Análisis de la Instrucción 02/2016, de 25 de octubre, por la que se aprueba el Programa marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas**

a) *Justificación del Programa Marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas*

El Programa Marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas (en adelante PMRVI) constituye una de las respuestas, en clave penitenciaria, con las que el Estado ha de hacer frente a los nuevos desafíos presentados por la cuarta oleada de terrorismo, personificada en el terrorismo de corte yihadista. La Administración Penitenciaria española cuenta con una dilatada trayectoria, acumulada a lo largo de los años, en la gestión carcelaria de este tipo de delincuencia. No obstante, tal y como señalábamos en los epígrafes precedentes, la dinámica organizacional y operativa de las entidades terroristas pre-existentes antes de la irrupción del salafismo extremista violento, aunque de muy distinto perfil (particularmente ETA y GRAPO) no contemplaba ciertas actuaciones intra-penitenciarias, que se presentan como habituales en las organizaciones yihadistas.

El ejemplo paradigmático de esta cuestión lo constituye la captación de nuevos miembros dentro del medio penitenciario. El reclutamiento en prisión era algo residual dentro de la dinámica de actuación de ETA, ya que dicha organización criminal siempre se mostró altamente recelosa en relación con los delincuentes comunes (107), en base a su componente político. A ello debemos sumar que el citado perfil de esta organización terrorista probablemente restringía, en gran medida, las factibles adhesiones y posteriores incorporaciones efectivas a sus filas, procedentes de internos ajenos a la delincuencia terrorista. La naturaleza trascendental del eje central del discurso yihadista, esto es la interpretación extrema de los preceptos del Corán, facilita un alto grado de transversalidad de esta ideología. De tal modo que cual-

(106) Vid. REDONDO ILLESCAS, S., «Intervención con delincuentes, reinserción y reincidencia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 15, 1997, p. 157.

(107) Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. A., «Estrategias contra el terrorismo islamista en prisión», en ALONSO RIMO, A./ CUERDA ARNAU, M. L./ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, op. cit., p. 425.



quier recluso puede mostrarse permeable al influjo del mensaje extremista violento; aunque, en buena lógica, el grupo más susceptible a la influencia del fanatismo islamista violento está integrado por aquellos internos que presenten un origen nacional, cultural o religioso que permita, de algún modo, una identificación con las doctrinas yihadistas.

La captación en el entorno penitenciario de nuevos integrantes para el terrorismo yihadista supone un problema regimental para la institución carcelaria, que posteriormente será trasladado a la sociedad extra-penitenciaria. Los internos que culminen su proceso de integración en estructuras terroristas, en el momento de su excarcelación, incrementarán la potencialidad lesiva o letal de estas organizaciones. Así, pues, la necesidad de detectar y cortocircuitar los procesos de reclutamiento va más allá de la exigencia de mantener la seguridad y el orden interiores de los establecimientos penitenciarios. En este contexto la actividad penitenciaria, tendente a prevenir la captación o a revertir los procesos de radicalización violenta ya iniciados, pone de relieve el importante papel de la prisión dentro de las políticas de seguridad. En esta línea se sitúa, precisamente, la argumentación ofrecida por la I 2/2016 para justificar la implementación del PMRVI.

En la parte inicial de su texto, la aludida instrucción, pese a mencionar en varias ocasiones la orientación reinsertadora de la pena de prisión, constitucionalmente establecida a través del art. 25.2 CE, no deja lugar a dudas de su imbricación dentro de las políticas de seguridad al disponer que: *«lo fraguado en el interior de una prisión puede exportarse a otros centros penitenciarios, o al exterior; siendo un foco que retroalimenta las actividades criminales, tanto intramuros como fuera de los recintos penitenciarios. En este sentido, este Programa Marco de intervención y tratamiento para internos islamistas radicalizados obedece a una clara apuesta por la defensa social, objetivo que también asume la Institución Penitenciaria»*. La finalidad otorgada al PMRVI deja traslucir, igualmente, esa voluntad securitaria expandida más allá de las fronteras arquitectónicas del recinto carcelario. La pretensión declarada de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, al poner en funcionamiento el Programa Marco es, en palabras de la I 2/2016, *«contrarrestar las actitudes radicales que pudiesen favorecer la germinación de comportamientos potencialmente peligrosos que trascienden la mera estancia en prisión, pues las relaciones sociales que se generan y mantienen en las prisiones pueden convertirse en mecanismos, que permiten la entrada en contacto de algunos internos con militantes radicales islámicos, lo que puede conducir al contagio y fortalecimiento de valores islamistas radicales, así como ideologías excluyentes de marcado carácter extremista»*.

Esta enfatización del elemento defensor de la sociedad, frente a las potenciales acciones criminales del terrorismo yihadista, presente de modo explícito en la I 2/2016 –pese a tratarse esta de una disposición relativa a materia tratamental– es una muestra más de las especificidades de la actuación de los Estados frente a este tipo de delincuencia. El Yihadismo, como fenómeno delictivo transnacional, ha supuesto una ampliación nunca antes vista de los actores destinados a inocular su actividad. Las tareas propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se han visto completadas con la intervención de los Servicios de Inteligencia y, en ocasiones, de las Fuerzas Armadas (cuando han tenido que desenvolverse acciones internacionales en territorios dominados por alguno de los grupos yihadistas). En el marco de esta lógica expansiva, de los medios e instituciones implicadas en el freno y la desarticulación de estas organizaciones terroristas, la prisión también encuentra su lugar (108).

Sin negar que la cárcel debe jugar su papel, dentro de la actividad destinada a la protección de la sociedad frente a las posibles actuaciones delictivas de Yihadismo, consideramos que la alusión continua a esta finalidad de seguridad estatal, dentro de una instrucción penitenciaria dedicada a aspectos de intervención tratamental, diluye el objeto central de la disposición. Las apelaciones a la defensa de la Institución penitenciaria y de la sociedad en general resultan más adecuadas en el marco de la Instrucción 8/2014, de 11 de julio, cuyo contenido es netamente securitario.

#### b) *Destinatarios del PMRVI*

Para categorizar a los internos destinatarios del PMRVI, la I 2/2016 recurre a la I 8/2014 y a la I 2/2015. Se establecen tres grandes grupos denominados, respectivamente: FIES del grupo A; FIES del grupo B; FIES del grupo C. En consecuencia, la catalogación de los reclusos, a estos efectos, se efectúa en relación directa con los colectivos del

---

(108) Una inmejorable muestra de este rol central de la prisión, en la estructura de actuación estatal contra la criminalidad terrorista, lo encontramos en la composición del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) –dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad– e integrado: por miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, del Servicio de Vigilancia Aduanera, de las Fuerzas Armadas, del Centro Nacional de Inteligencia y por funcionarios de Instituciones Penitenciarias. *Vid.* Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (*BOE* n.º 249, de 14 de octubre de 2014).

Fichero de Internos de Especial Seguimiento (en adelante FIES) (109). El resultado final es una nomenclatura híbrida, en la que se aúna la expresión «*internos FIES*» con la división de los reclusos en tres grupos (A, B, C) establecida en la I 8/2014.

Para determinar cuáles son las tipologías de internos englobables dentro cada grupo, hemos de partir de las descripciones básicas efectuadas en la I /2016 a este respecto y ponerlas en relación con las previsiones contenidas en la Instrucción 12/2011, de 29 de julio, que actualmente regula el FIES (en adelante I 12/2011).

Conforme a la I /2016, el denominado como Grupo A, está compuesto por internos condenados por pertenencia, o vinculación, al terrorismo yihadista, que presentan un fuerte arraigo de valores e ideología extremista. El Grupo B, engloba a reclusos que llevan a cabo una misión de adoctrinamiento y difusión de ideas radicalizadas sobre el resto de internos, realizando incluso actividades de presión y coacción. Por último, el Grupo C, incluye a los internos con un mayor nivel de riesgo y vulnerabilidad hacia el proceso de radicalización, en los que puede inferirse un proceso incipiente o consolidado de captación.

A continuación, explicaremos como se interrelacionan estos grupos con los colectivos integrantes del FIES, partiendo para ello de lo establecido en la I 12/2011. Los internos del Grupo A podrían estar incluidos en el colectivo FIES 1 (Control Directo) siempre y cuando –además de ser reclusos condenados por pertenencia o vinculación al terrorismo yihadista– se trate «*internos especialmente conflictivos y*

---

(109) Una muestra de las discrepancias doctrinales en relación a la naturaleza, finalidad y legalidad del FIES puede verse, entre otros, en ARRIBAS LÓPEZ, E., «Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): incidencia de la reforma del reglamento penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior», *La Ley Penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 96-97, 2012; NISTAL BURÓN, J., «Clasificación de los internos: especial referencia a los FIES», en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2003, pp. 81-22; CAROU-GARCÍA, S., «La controvertida historia del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES). Desde su nacimiento hasta la actualidad» en GONZÁLEZ GARCÍA, A. / FERNÁNDEZ BERMEJO, D., (Coords.), *Cuestiones Penitenciarias actuales. Criminología, Derecho y práctica*, UDIMA, Madrid, 2018, pp. 91-98; GONZÁLEZ COLLANTES, T., «Prisión y terrorismo yihadista: los FIES como medida penitenciaria de prevención de atentados, de adiestramiento y reclutamiento con fines terroristas», en ALONSO RIMO, A. / CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, op. cit. pp. 463-508; BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., «Departamentos especiales y FIES-1 (CD): la cárcel dentro de la cárcel», *Panóptico*, n.º 2, 2001; AYMERICH CANO, C. I., «Réxime penitenciario fechado e cárceres de máxima segurança. Unha reflexión desde o Dereito Administrativo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, n.º 1, 1997.

*peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o la 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».* La inclusión de los internos del Grupo A en el FIES también podría llevarse a cabo a través del colectivo FIES 3 (Bandas Armadas) en el que se engloba a los reclusos *«ingresados por vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquellos que, de acuerdo con los informes de las Fuerzas de Seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos».*

La inclusión en el FIES, del denominado como Grupo B, se realiza a través del colectivo FIES 5 (Características Especiales). En él se alberga un colectivo heterogéneo de internos, cuyo denominador común lo constituye la necesidad de un especial seguimiento, por razones de seguridad. La propia I 12/2011 alude modo expreso dentro de este colectivo a *«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».*

La incorporación al FIES de los internos incluidos en el Grupo C fue acordada por la I 2/2015. Hasta ese momento se encontraban excluidos del fichero. En febrero de 2015, la Administración Penitenciaria, argumentando la situación de peligro generada por diversos ataques terroristas cometidos en los meses anteriores, decidió incorporar el Grupo C en el FIES, a través del colectivo FIES 5. El encaje de este grupo en el FIES 5 resulta problemático, respecto de los internos que se encuentran en un estado incipiente de radicalización. En tales casos, la adhesión a un fanatismo islámico radical –requerida por la Instrucción 12/2011– no está consumada, sino en proceso, por lo que no se daría el requisito establecido por la propia normativa FIES (110).

### c) *Metodología y principios básicos de la intervención*

El conjunto de reclusos destinatarios PMRVI presenta un carácter heterogéneo. En él se encuadran tanto los captadores, como los sujetos susceptibles de captación. Asimismo, los diferentes grados de clasificación y, en consecuencia, de sometimiento a diversas normas regimentales, determinan que los internos acreedores del PMRVI no respondan a un perfil uniforme. Por ello, la metodología y los principios básicos de intervención establecidos en la I 2/2016 se estructuran

(110) Vid. CAROU-GARCÍA, S., «Terrorismo yihadista y prisión. Políticas penitenciarias de contención y prevención», *op. cit.*, p. 203.

en tres grandes bloques: el referido al Grupo FIES (A), el del Grupo FIES (B) y (C) y unas premisas comunes a los tres grupos (A, B, C).

En relación al Grupo FIES (A) la propia instrucción señala que *«dado el elevado nivel de riesgo y su régimen de vida, se plantea una intervención intensa, de carácter individual y con suficiente continuidad temporal»*. La instrucción apunta, con la precedente afirmación, al hecho de que muchos de los integrantes de este colectivo FIES A estarán clasificados en primer grado y, por consiguiente, estarán sometidos a un régimen cerrado. El régimen cerrado se caracteriza por una exacerbación de los aspectos securitarios y una limitación de las posibilidades de socialización del interno. Dichos aspectos de carácter marcadamente restrictivo, absolutamente imprescindibles para la gestión penitenciaria de los internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados (111), se tornan en serios escollos para la labor tratamental (112). El reconocimiento de estos obstáculos, por parte de la Administración Penitenciaria, está en la base de la adición de un tercer apartado al artículo 90 del RP, mediante la reforma de la norma reglamentaria operada a través de Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo (113). El nuevo apartado tercero añade una caracterís-

(111) Vid. art. 10 LOGP:

«1. No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

2. También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

3. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso».

(112) Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2010, pp. 340 ss., CAROU-GARCÍA, S., *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho. El estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 309 ss.

(113) Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (BOE n.º 73, de 26 de marzo de 2011).

tica más a las marcadas reglamentariamente para el régimen cerrado, al disponer: «en los centros con módulos o departamentos de régimen cerrado se diseñará un programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos que se encuentren en dicho régimen, por equipos técnicos, especializados y estables». La incorporación de este nuevo apartado reconoce la existencia de unas demandas de intervención propias dentro del régimen cerrado y que, a su vez, deben ser adaptadas para cada interno, ofreciendo una respuesta adecuada al caso concreto (114). La reforma reglamentaria fue completada a través de la Instrucción 17/2011, por la que se aprueba el *Protocolo de Intervención y normas en régimen cerrado*. La citada instrucción reconoce que el colectivo de reclusos sometidos a régimen cerrado precisa de una intervención penitenciaria más precisa e intensa. Se fija como objetivo general la adaptación e integración del interno al régimen ordinario. Por tanto, en materia de régimen cerrado, las previsiones de la I 2/2016 han de ser compaginadas con los principios establecidos por la I 17/2011.

La intervención tratamental, ofertada a los internos FIES A, aparece adjetivada por la I 2/2016 como intensa, de carácter individual y con suficiente continuidad temporal. Las estrictas medidas regimentales aplicadas a este colectivo de reclusos desaconsejan la aplicación de métodos de tratamiento que requieran una integración en grupos, por ello la intervención habrá de realizarse de modo individual. La intensidad y la continuidad temporal del tratamiento implican que este ha de ser preservado, a pesar de los posibles cambios de departamento o de centro penitenciario a los que pueda ser sometido el interno. Los objetivos fundamentales fijados por la I 2/2016 en relación con este colectivo de internos se resumen en la mejora de su capacidad empática, la formación básica en valores y principios de la convivencia democrática, la modificación de elementos actitudinales de convicción, que hayan podido determinar la comisión de actos terroristas y/o la colaboración y la justificación de los mismos.

La aplicación del PMRVI a los internos del Grupo FIES B y C es abordada de forma conjunta por la I 2/2016. Resulta llamativo este enfoque conjunto del tratamiento aplicable a un grupo de internos en el que se engloban tanto captadores, como captados o potenciales captados por el salafismo extremista violento. A estos efectos, resulta evi-

---

(114) Hasta tal punto la inclusión del apartado tercero en el artículo 90 RP supuso una novedad, en cuanto a la reafirmación legal de la importancia del tratamiento en régimen cerrado que Fernández Bermejo afirma que, antes de la citada reforma, el régimen cerrado conllevaba una suspensión de las actividades de tratamiento. Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica...*, op. cit., p. 317.

dente que los reclutadores poseerán unas características psicológicas propias de un líder capaz de efectuar un proselitismo activo. En cambio, los reclutados, o aquellos internos que se encuentren en proceso de reclutamiento, presentarán unas características de vulnerabilidad anímica que los convierte en permeables al influjo salafista radical y violento. La propia I 2/2016 reconoce estas divergencias entre los dos grandes colectivos de internos, aun así, decide dar un enfoque unitario a su tratamiento. La intervención tratamental con estos internos se efectuará de manera conjunta, esto es, podrán aplicarse metodologías de tratamiento que requieran un formato grupal, al contrario de lo que sucede en el caso de los internos FIES A. Los objetivos deseables a alcanzar en relación con estos internos, conforme a la 2/2016, se centran en *«una mejora de su capacidad empática, un fomento de su autonomía personal, una mejora de la autoestima y una superación de las actitudes extremistas que les hayan llevado a la justificación de la violencia»*.

Como elemento reforzador de las técnicas psicosociales que puedan aplicar los profesionales penitenciarios, el PMRVI contempla, para el caso de los internos FIES C, la posibilidad de emplear reclusos de apoyo musulmanes, como elemento de apoyo para los internos captados o en proceso de captación. Este recurso tratamental presenta la ventaja de poseer un mayor grado de credibilidad para los internos del FIES C, pues a la postre, estarían intercambiando visiones ideológicas entre iguales. Se podrían neutralizar, de este modo, posibles sentimientos de ataque cultural que pudieran experimentar los reclusos, en relación con la actividad llevada a cabo por la Administración penitenciaria. Empero, existe un riesgo evidente en la utilización de estos internos de apoyo, consistente en la posible captación yihadista de estos reclusos destinados, en principio, a contrarrestar o eliminar esa actuación proselitista para la causa terrorista. Por ello los profesionales encargados de la selección de estos internos habrán de poner un extremo cuidado en la elección de cada individuo, resultando imprescindible que dichos funcionarios posean un alto grado de formación en la materia.

Como premisa común a los tres grupos de internos del PMRVI (FIES A, B y C) la I 2/2016 apela a la promoción de una interpretación moderada de la religión, alejada de perspectivas extremistas. Para ello la instrucción requiere la actuación intra-penitenciaria de los que en ella se denominan como *«imanes moderados»*. La participación de las comunidades musulmanas en la prevención y contención de la propagación del salafismo fanático violento resulta trascendental. Si bien es cierto que no debemos identificar de un modo mecánico islamismo

y terrorismo, no debemos pasar por alto la centralidad del rol jugado por la religión en este tipo de criminalidad. Partiendo de estas consideraciones, la incorporación de la figura del imán moderado en el medio penitenciario pudiera resultar positiva. No obstante, la profundización en el análisis de esta cuestión –tanto desde un punto de vista securitario, como desde una visión orientada hacia la no injerencia en derechos fundamentales no afectados por la condena– va arrojar una conclusión final diametralmente opuesta a esta inicial.

La inexistencia dentro del islam de una exégesis religiosa unitaria, unida al hecho de no existir una figura central que ostente el cargo de autoridad religiosa máxima, posibilita la existencia de diversas y divergentes interpretaciones de los postulados rectores de la religión. Esta ausencia de un criterio interpretativo común se potencia, de modo notable, por la laxitud de los requisitos necesarios para acceder a la categoría de imán o ministro de culto. Cualquier hombre que sepa árabe y tenga unos mínimos conocimientos del Corán puede erigirse en imán, si cuenta con el apoyo de ciertos fieles (115). No existe control alguno, ni siquiera por parte de las comunidades islámicas, en relación con los individuos que actúan como ministros de culto (116). Existen algunas disposiciones legales que, mediante la exigencia de determinados cauces formales, permiten habilitar la obtención de datos sobre los ministros de culto islámico que desarrollan su labor en territorio español. El *Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España* (117) requiere un carácter estable en la labor religiosa

(115) Vid. JIMÉNEZ AYBAR, I., *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2005, pp. 136-137; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., *Libertad religiosa y terrorismo islamista*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 192-193.

(116) Vid. ALONSO, A., «Terrorismo, Yihadismo y crimen organizado en la estrategia global de seguridad de la UE», *UNISCI*, n.º 42, 2016, p. 11.

(117) Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (*BOE* n.º 272, de 12 de noviembre de 1992).

Vid. art. 3 Ley 26/1992, de 10 de noviembre:

«1. A los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las Comunidades a que se refiere el artículo 1 del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la «Comisión Islámica de España».

2. En ningún caso las personas expresadas en el número anterior estarán obligadas a declarar sobre hechos que les hayan sido revelados en el ejercicio de sus funciones de culto o de asistencia religiosa islámica, en los términos legalmente establecidos para el secreto profesional».



del imán. Por su parte, el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, que regula el Registro de Entidades Religiosas (118) permite la inscripción de los ministros de culto que tengan residencia legal en España (119). Ya en el ámbito estrictamente penitenciario, la Instrucción 6/2007 sobre asistencia religiosa –que desarrolla el contenido de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España– impone una serie de acreditaciones formales por parte de las entidades religiosas que vayan a operar en el medio carcelario. No obstante, todas estas exigencias poseen una naturaleza puramente formal y, en ningún caso, permiten garantizar que el discurso ofrecido por el imán vaya a estar desprovisto de mensajes englobables en el extremismo violento. Ministros de culto, en apariencia moderados, podrían emplear una ambigüedad narrativa que esconda una deslegitimación de valores cívicos no violentos (120). Por lo cual, ningún control apriorístico establecido por la Administración Penitenciaria podrá garantizar que los imanes que entran en contacto con los internos del PMRVI responden a su acuñado calificativo de *moderados*.

Otro problema anudado a la incorporación de la figura del imán moderado en la I 2/2016 estriba en el propio adjetivo que la instrucción vincula al ministro de culto. La moderación exigida por la I 2/2016 constituye una intromisión en la libertad religiosa (121), no amparada por el ordenamiento jurídico, ya que se trata de un derecho inmune a la afectación procedente de la pena privativa de libertad. En

---

(118) Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas (*BOE* n.º 183, de 1 de agosto de 2015).

(119) *Vid.* art. 18.1 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas:

«Las entidades religiosas inscritas podrán anotar en el Registro de Entidades Religiosas a sus ministros de culto que ostenten residencia legal en España. En todo caso, deberán anotarse aquellos ministros de culto que estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles».

(120) *Vid.* ALONSO PASCUAL, R., «Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de terrorismo yihadista», *op. cit.*, p. 60.

(121) Sobre la libertad religiosa, *vid.*, entre otros, PORRAS RAMÍREZ, J. M. (coord.), *Derecho de la libertad religiosa*, Tecnos, Madrid, 2018; MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., *Derecho de libertad religiosa, pluralismo religioso y espacio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; MARTÍNEZ-TORRÓN, J. / CAÑAMARES ARRIBA, S., (coord.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; RUIZ-RICO, G. / RUIZ RUIZ, J. (Dirs.), *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: las jurisprudencias nacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa en centros penitenciarios*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2009.

este punto, la Administración penitenciaria, parece arrogarse la potestad de establecer cuál es la interpretación correcta de la religión –por considerarla como moderada– y, a partir de ahí, influir en el recluso para que asuma una concreta orientación religiosa. No explícita en ningún momento la instrucción que debemos entender por moderado a estos efectos.

Como ciudadanos de un Estado democrático podemos considerar que las interpretaciones más adecuadas del islam, por permitir su integración efectiva en la sociedad, son aquellas compaginables con nuestros valores constitucionales, ya que estos están diseñados para garantizar la convivencia pacífica de diferentes ideologías. Ahora bien, los juristas no podemos obviar el hecho de que nuestra propia Carta Magna impide que los poderes públicos interfieran en la libertad religiosa del individuo (122). En esta línea, el art. 54 de la LOGP impone a la Administración penitenciaria el deber de garantizar la libertad religiosa de los internos, así como la facilitación de los medios necesarios para ello. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa (123) ordena a los poderes públicos la adopción de las medidas necesarias, tendentes a facilitar asistencia religiosa en los establecimientos penitenciarios.

Conforme a la conceptualización establecida por el Tribunal Constitucional (en adelante TC), la libertad religiosa es un derecho fundamental cuyo contenido *«no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto la concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende además una dimensión externa de agere licere con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción*

(122) Vid. art. 16 CE:

«1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

(123) Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (BOE n.º 177, de 24 de julio de 1980).

Vid. art. 2.3 Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa:

*«Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».*

*o demérito, ni padecer la compulsión o injerencia de los poderes públicos» (124). Por lo tanto, los reclusos tienen el derecho de escoger aquella exégesis religiosa que consideren más correcta, incluso si esta puede ser tildada de radical, y a conducirse conforme a unas ortopraxia y ortodoxia coherentes con aquella. El hecho de que la opción religiosa, asumida por el interno, sea abiertamente contraria a los valores constitucionales no elimina la protección jurídica reconocida por el ordenamiento a la libertad religiosa (125). En este punto conviene recordar que el TC ha afirmado que nuestro sistema constitucional no se configura como una democracia militante, de tal suerte que son admisibles aquellas ideologías que entren en tensión con los valores reconocidos en la CE. En términos totalmente explícitos a este respecto se manifiesta la STC 42/2014, de 25 marzo (126):*

*«(...) la primacía de la Constitución no debe confundirse con una exigencia de adhesión positiva a la norma fundamental, porque en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, «un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» ( STC 48/2003, FJ 7; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 5/2004, de 16 de enero, FJ 17; 235/2007, FJ 4; 12/2008, FJ 6, y 31/2009, de 29 de enero, FJ 13)».*

Como acertadamente señala el Magistrado de la Audiencia Nacional, Ramón Saez Valcárcel, en su voto particular al Auto 530/2017, de 17 julio (127), en el que se denegaba a una interna preventiva el uso del *hiyab*, argumentando cuestiones de seguridad y un posible intento de captación yihadista respecto de otras reclusas: *«las ideas sobre la enmienda o corrección moral de los condenados que subyacen al razonamiento mencionado no deberían considerarse compatibles con el Estado constitucional de derecho porque no respetan a la persona*

(124) *Vid.* STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 8, [RTC 1990\137]; STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 5 [RTC 1990\120]; STC 46/2001, de 15 febrero, FJ 4 [RTC 2001\46].

(125) Fuera del ámbito penitenciario, encontramos un claro ejemplo de protección jurídica de interpretaciones religiosas tensionadas respecto a los valores constitucionales, en el Auto del Juzgado de lo Penal de Alcalá de Henares, de 10 de julio de 2012, en el que se sobreesía la causa contra el obispo de la Diócesis de Alcalá de Henares por efectuar, dentro de la homilía, afirmaciones de carácter homóforo. El auto afirma que la posición crítica de la Iglesia Católica respecto a la homosexualidad queda amparada legalmente bajo el paraguas de la libertad religiosa. *Vid.* Auto del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Alcalá de Henares, de 10 de julio de 2012 [ARP 2012\605].

(126) *Vid.* STC, Pleno, n.º 42/2014, de 25 de marzo, [RTC 2014\42].

(127) *Vid.* Auto Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), n.º 530/2017, de 17 julio [JUR 2017\220391].

*humana, ni la autonomía de su conciencia; el recluso, penado o preventivo, tiene derecho a la libertad ideológica y de conciencia (artículo 16 de la Constitución), a pensar de manera diferente, a ser él mismo y a seguir siendo como es, en lo que a su conciencia se refiere, no en balde los derechos de libertad son derechos a la diferencia. El fin punitivo de la corrección coactiva resulta, desde esta perspectiva, jurídicamente inaceptable».*

El inicio del margen de actuación legalmente permitido para la actividad penitenciaria, en relación con la libertad religiosa, vendrá dado por aquellas interpretaciones religiosas que, más allá de defender una concreta interpretación radical de la realidad en clave moral, llevan aparejada una llamada al odio, a la discriminación y/o a la violencia contra los no musulmanes. En estos supuestos se están poniendo en grave riesgo bienes jurídicos elementales de otros reclusos (como la vida o la integridad física), respecto de los cuales la Administración penitenciaria tiene impuesto un deber legal de protección, conforme al artículo 3 de la LOGP (128) y, más explícitamente, el artículo 4 del RP (129). En estos casos la Administración penitenciaria está plenamente facultada, desde un punto de vista jurídico, para impedir la propagación de esos mensajes de odio. No solo por la incidencia negativa que estos discursos pueden tener en el orden y la seguridad de la prisión, sino también por las lesivas consecuencias que pueden desprenderse hacia la parte de la sociedad que vive fuera de los muros de la prisión.

Para finalizar, destacaremos otros de los medios de tratamiento establecidos por la I 2/2016 en su objetivo de incidir en los procesos de radicalización ideológica intra-penitenciarios. La disposición administrativa alude a la integración cultural, así como al aprendizaje del idioma español, como elementos coadyuvantes en la reversión de los procesos de reclutamiento yihadista. No parece desacertado pensar que un acercamiento al idioma y a la cultura españolas pueden contri-

(128) Vid. art. 3 de la LOGP:

*«La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza».*

(129) Vid. art. 4.2 a) del RP:

*«2. En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos:*

*a) Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas».*

buir a desmontar muchas de las narrativas que el salafismo violento ha ido construyendo, en relación a ese supuesto enemigo del islam que englobaría todo el mundo occidental. Estas actividades deben ser puestas en relación con el denominado *Plan Marco de Intervención Educativa con extranjeros*, que persigue reducir los obstáculos presentes para la integración de este colectivo de reclusos, incidiendo en la esfera educativa, tanto a nivel cultural como de valores democráticos.

#### IV. CONCLUSIONES

El PMRVI constituye una de las respuestas, en clave penitenciaria, con las que el Estado ha de hacer frente a los nuevos desafíos presentados por la cuarta oleada de terrorismo, personificada en el terrorismo de corte yihadista. La Administración penitenciaria española cuenta con una dilatada trayectoria, acumulada a lo largo de los años, en la gestión carcelaria de este tipo de delincuencia. No obstante, la dinámica organizacional y operativa de las entidades terroristas preexistentes antes de la irrupción del salafismo extremista violento, aunque de muy distinto perfil (particularmente ETA y GRAPO) no contemplaba ciertas actuaciones intra-penitenciarias, que se presentan como habituales en las organizaciones yihadistas. El ejemplo paradigmático de esta cuestión lo constituye la captación de nuevos miembros dentro del medio penitenciario.

La naturaleza trascendental del eje central del discurso yihadista, esto es la interpretación extrema de los preceptos del Corán, facilita un alto grado de transversalidad a esta ideología. De tal modo que cualquier recluso puede mostrarse permeable al influjo del mensaje extremista violento; aunque el grupo más susceptible a la influencia del fanatismo islamista está integrado por aquellos internos que presentan un origen nacional, cultural o religioso que permite, de algún modo, una identificación con las doctrinas yihadistas.

La prisión sitúa al individuo en una coyuntura vital compleja, marcada por la imposición de relaciones sociales con otras personas, que no son buscadas ni deseadas, así como por la inmersión forzada en una estructura organizativa y arquitectónica marcadamente restrictiva. Estas consecuencias inherentes a la privación de libertad, unidas a las características psicológicas de cada individuo, propician que algunos reclusos presenten estados anímicos vulnerables y, por tanto, permeables a ciertos influjos externos que aparentemente puedan contribuir a sobrellevar la situación de privación de libertad. La adhesión a una ideología salafista fanática actúa como elemento de socialización

intra-penitenciaria, evitando así el interno su aislamiento. Las células yihadistas rodean al sujeto de una falsa percepción de respeto y reconocimiento en el interior del grupo, de tal modo que éste percibe una especie de protección comunitaria, aspecto que cobra especial relevancia en un ambiente hostil como es el penitenciario. Además, la retórica fundamentalista salafista proporciona al individuo una falsa sensación de seguridad y coherencia axiológica y vital, permitiéndole justificar moralmente las actuaciones criminales que le han reportado consecuencias negativas; aliviando, de este modo, un posible cuestionamiento personal. La atribución de un grado de determinación absoluto a elementos estructurales de la sociedad occidental, en relación a la actuación delictiva del recluso, impide que éste asuma alguna responsabilidad en los hechos que le han hecho acreedor de una sanción penal.

La captación en el entorno penitenciario de nuevos integrantes para el terrorismo yihadista supone un problema regimental para la institución carcelaria, que posteriormente será trasladado a la sociedad extra-penitenciaria. Los internos que culminen su proceso de integración en estructuras terroristas, en el momento de su excarcelación incrementarán la potencialidad lesiva o letal de estas organizaciones. Así, pues, la necesidad de detectar y cortocircuitar los procesos de reclutamiento va más allá de la exigencia de mantener la seguridad y el orden interiores de los establecimientos penitenciarios. En este contexto la actividad penitenciaria, tendente a prevenir la captación o a revertir los procesos de reclutamiento ya iniciados, pone de relieve el importante papel de la prisión dentro de las políticas de seguridad.

Sin negar que la cárcel debe jugar su papel, dentro de la actividad destinada a la protección de la sociedad frente a las posibles actuaciones delictivas de Yihadismo, consideramos que la enfatización continua de esta finalidad de seguridad estatal, dentro de una instrucción penitenciaria, como la I 2/2016, dedicada a aspectos de intervención tratamental, diluye el objeto central de la disposición. Las apelaciones a la defensa de la institución penitenciaria y de la sociedad en general resultan más adecuadas en el marco de la Instrucción 8/2014, de 11 de julio, cuyo contenido es netamente securitario.

El conjunto de reclusos destinatarios PMRVI presenta un carácter heterogéneo. En él se encuadran tanto los captadores, como los sujetos susceptibles de captación. Asimismo, los diferentes grados de clasificación y, en consecuencia, de sometimiento a diversas normas regimentales, determinan que los internos acreedores del PMRVI no respondan a un perfil uniforme. Por ello, la metodología y los principios básicos de intervención establecidos en la I 2/2016 se estructuran

en tres grandes bloques: el referido al Grupo FIES (A), el del Grupo FIES (B) y (C) y unas premisas comunes a los tres grupos (A, B, C).

Muchos de los integrantes del colectivo FIES A se encuentran clasificados en primer grado y, por consiguiente, están sometidos a un régimen cerrado. El régimen cerrado se caracteriza por una exacerbación de los aspectos securitarios y una limitación de las posibilidades de socialización del interno. Dichos aspectos de carácter marcadamente restrictivo, absolutamente imprescindibles para la gestión penitenciaria de los internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados, se tornan en serios escollos para la labor tratamental.

Como elemento reforzador de las técnicas psicosociales que puedan aplicar los profesionales penitenciarios, el PMRVI contempla, para el caso de los internos FIES C, la posibilidad de emplear reclusos de apoyo musulmanes, como elemento de apoyo para los internos captados o en proceso de captación. Este recurso de tratamiento presenta la ventaja de poseer un mayor grado de credibilidad para los internos del FIES C, pues a la postre, estarían intercambiando visiones ideológicas entre iguales. Se podrían neutralizar, de este modo, posibles sentimientos de ataque cultural que pudieran experimentar los reclusos, en relación con la actividad llevada a cabo por la Administración penitenciaria. No obstante, existe un riesgo evidente en la utilización de estos internos de apoyo, consistente en la posible captación yihadista de estos reclusos destinados, en principio, a contrarrestar o eliminar esa actuación proselitista para la causa terrorista. Por ello, los profesionales encargados de la selección de estos internos habrán de poner un extremo cuidado en la elección de cada individuo, resultando imprescindible que dichos funcionarios posean un alto grado de formación en la materia.

Como premisa común a los tres grupos de internos del PMRVI (FIES A, B y C) la I 2/2016 apela a la promoción de una interpretación moderada de la religión, alejada de perspectivas extremistas. En esta línea la instrucción requiere la actuación intra-penitenciaria de los que en ella se denominan como «*imanes moderados*». Consideramos que, tanto desde un punto de vista securitario, como desde una visión orientada hacia la no injerencia en derechos fundamentales no afectados por la condena, la incorporación de esta figura resulta negativa. Desde el prisma de la preservación del orden y la seguridad dentro de la prisión, ningún control apriorístico establecido por la Administración penitenciaria podrá garantizar que el discurso ofrecido por el imán, en apariencia moderado, vaya a estar desprovisto de mensajes englobables en el extremismo violento. Desde la óptica del debido respeto a los derechos de los reclusos no

afectados por la condena, la moderación exigida por la I 2/2016 a los imanes constituye una intromisión en la libertad religiosa, no amparada por el ordenamiento jurídico. La Administración penitenciaria, parece arrogarse la potestad de establecer cuál es la interpretación correcta de la religión –por considerarla como moderada– y, a partir de ahí, influir en el interno para que asuma una concreta orientación religiosa.

Los reclusos tienen el derecho de escoger aquella exégesis religiosa que consideren más correcta, incluso si esta puede ser tildada de radical, y a conducirse conforme a unas ortopraxia y ortodoxia coherentes con aquella. El hecho de que la opción religiosa, asumida por el interno, sea contraria a los valores constitucionales no elimina la protección jurídica reconocida por el ordenamiento a la libertad religiosa. En este punto conviene recordar que el TC ha afirmado que nuestro sistema constitucional no se configura como una democracia militante, de tal suerte que son admisibles aquellas ideologías que entren en tensión con los valores reconocidos en la CE. El inicio del margen de actuación legalmente permitido para la actividad penitenciaria, en relación con la libertad religiosa, vendrá dado por aquellas interpretaciones de la religión que, más allá de defender una concreta visión radical de la realidad en clave moral, llevan aparejada una llamada al odio, a la discriminación y/o a la violencia contra los no musulmanes. En estos casos la Administración penitenciaria está plenamente facultada, desde un punto de vista jurídico, para impedir la propagación de esos mensajes de odio. No solo por la incidencia negativa que estos discursos pueden tener en el orden y la seguridad de la prisión, sino también por las lesivas consecuencias que pueden desprenderse hacia la parte de la sociedad que vive fuera de los muros de la prisión.

El terrorismo yihadista es un fenómeno criminal complejo, que aglutina factores religiosos, culturales y políticos. La deturpación de la realidad, de la historia y de la religión, creando enemigos imaginarios, constituye una estratégica básica de las organizaciones salafistas violentas, que les permite captar para su causa criminal a sujetos que se convierten en criminales por convicción. Aunque el mandato constitucional de orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social de delincuente, impone la necesidad ineludible de articular un mecanismo como el PMRVI, debemos ser conscientes de las limitaciones del mismo. Un problema delincencial tan poliédrico como el terrorismo yihadista no puede ser resuelto, en exclusiva, con una respuesta institucional, como es la pena de prisión. No podemos atribuirle a la cárcel una



función que, por su propia naturaleza, no está capacitada para desempeñar. Ello no implica un fracaso de la prisión como pena. La prisión sigue siendo la única sanción posible para una delincuencia tan grave como es el terrorismo. En este aspecto, continúan siendo plenamente vigentes las palabras contenidas en la Exposición de Motivos de nuestra LOGP:

*«Las prisiones son un mal necesario y, no obstante, la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo. Los cambios de las estructuras sociales y de los regímenes políticos, determinarán, sin duda, modificaciones esenciales en la concepción y realidad sociológica de la delincuencia, así como en las sanciones legales encaminadas a su prevención y castigo, pero es difícil imaginar el momento en que la pena de privación de libertad, predominante hoy en día en los ordenamientos penales de todos los países, pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza, que, evitando los males y defectos inherentes a la reclusión, pueda servir en la misma o en mejor medida a las necesidades requeridas por la defensa social».*

# Elementos integradores del concepto de sistema penitenciario: perspectiva supranacional

SERGIO CÁMARA ARROYO

Prof. Ayudante Doctor Derecho Penal y Criminología UNED  
(Acred. Contratado Doctor)

*En homenaje a D. Carlos García Valdés –mi «abuelo científico»– y a su Escuela de Derecho penal y penitenciario, a la que me enorgullece pertenecer. En reconocimiento a toda una vida dedicada a la cuestión penitenciaria. De sus clases magistrales se aprende el «Derecho penitenciario vivo»; de su compañía, la sabiduría y amabilidad del maestro de maestros. Con cariño y eterno agradecimiento.*

## RESUMEN

*El presente trabajo es un homenaje al aniversario de la LOGP y, especialmente, a su principal redactor: el Prof. Dr. D. Carlos García Valdés. En las siguientes pp. el lector encontrará un repaso sistemático a los estándares internacionales que configuran los modernos sistemas penitenciarios: comenzando con la propia evolución normativa de la pena privativa de libertad en el contexto internacional y finalizando con los elementos fundamentales que configuran el Derecho penitenciario en la actualidad (resocialización, tratamiento, régimen). Para su confección el autor se ha centrado en las obras clásicas (la mayor parte de ellas en lengua castellana y sin ánimo de exhaustividad) que componen la mejor doctrina científica para entender el concepto y características de los modelos penitenciarios de manera sistemática y global.*

**Palabras clave:** *sistemas penitenciarios, prisión, internamiento, pena privativa de libertad, tratamiento penitenciario, régimen penitenciario.*

## ABSTRACT

*This paper is a tribute to the anniversary of the LOGP and, especially, to its main editor: Prof. Dr. D. Carlos García Valdés. In the following pages the reader will find a systematic review of the international standards that make up modern prison systems: beginning with the normative evolution of the prison sentence in the international context and ending with the fundamental elements that make up the prison law in the penitentiary. present (re-socialization, treatment, regime). For its preparation, the author has focused on classical works (most of them in Spanish and without exhaustiveness) that make up the best scientific doctrine to understand the concept and characteristics of prison models in a systematic and global way.*

*Key words: prison systems, prison, internment, custodial sentence, prison treatment, penitentiary system.*

SUMARIO: I. Introducción: la significación del término «sistema penitenciario».—II. Fundamentos de la aparición de los primeros sistemas penitenciarios.—III. Sistema de fuentes que informan los sistemas penitenciarios. Marco supranacional.—IV. Elementos esenciales de los sistemas penitenciarios.

## I. INTRODUCCIÓN: LA SIGNIFICACIÓN DEL TÉRMINO «SISTEMA PENITENCIARIO»

Siguiendo a Téllez Aguilera, podemos definir la expresión «sistema penitenciario» como el conjunto de principios fundamentales que informan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad dentro de un ordenamiento jurídico. En este sentido, debemos distinguir el concepto de sistema penitenciario (que conforma «el todo»), de otros términos como el de régimen penitenciario, que hace referencia al conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar en el establecimiento la consecución de los principios del sistema penitenciario (1). De este modo, los modernos sistemas penitenciarios incluyen tanto la clasificación de los reclusos, el régimen y tratamiento penitenciarios, como el régimen disciplinario y la asistencia social al penado (2).

(1) TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 59.

(2) Como ya apuntara CUELLO CALÓN, E., 1958: 267.

En definitiva, hablar de sistema penitenciario es aunar la normativa interna de funcionamiento de la prisión, la normativa externa sobre quién, cuándo y cómo y durante cuánto tiempo va a cumplir condena el penado y, por último, un conjunto de establecimientos penitenciarios informados por tales criterios para el cumplimiento efectivo de la privación de libertad (3).

## II. FUNDAMENTOS DE LA APARICIÓN DE LOS PRIMEROS SISTEMAS PENITENCIARIOS

El nacimiento de los primeros sistemas penitenciarios está intrínsecamente ligado a la aparición de la pena privativa de libertad como consecuencia jurídica principal del delito, esto es, a la historia misma de la prisión. No podremos hablar formalmente de sistemas penitenciarios hasta el siglo XIX, momento en el que la prisión comienza a consolidarse como pena principal en los ordenamientos jurídicos a nivel internacional.

Ciertamente, utilizando la expresión de García Valdés, «lugares donde retener a la persona acusada o culpable de haber cometido un delito han existido siempre. Lo que ha variado, en mutación progresiva, ha sido su concepción» (4). La prisión hasta finales del siglo XVI fue utilizada fundamentalmente para guardar delincuentes, no para castigarlos. En esta diferencia radica la distinta conceptualización del término «cárcel», como mero lugar de custodia, y el concepto de *prisión*, entendida y aplicada como pena privativa de libertad autónoma.

Así, la prisión como verdadera pena fue prácticamente desconocida en el derecho de los pueblos antiguos, aplicándose preferiblemente las penas corporales, infamantes o de muerte en los casos más cruentos y las componendas en los menos (5). Con anterioridad a la reforma del siglo XVI, la prisión como consecuencia jurídica del delito solo era conocida en puntuales excepciones (6): *prisión por deudas*, proveniente del Derecho Romano; *prisión de Estado* o encierro de los enemigos del poder político; y *prisión eclesiástica* para religiosos rebeldes o condenados por la comisión de un delito y que supone una de las más importantes influencias en la conformación de la pena pri-

(3) TERCERO ARRIBAS, F., 1997: 156 y 157.

(4) GARCÍA VALDÉS, C., 1981: 69; el mismo: 1987: 67; y también, 1989: 26 y 27.

(5) CUELLO CALÓN, E., 1958: 300; GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 14 ss.

(6) GARCÍA VALDÉS, C., 1981: 72 ss.; el mismo, 1987: 70 ss.; y también, 1989: 27; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998-1: 27, 31-34.

vativa de libertad. A estas principales excepciones puede unirse el internamiento privado o en instituciones hospitalarias de los menores de edad rebeldes contra la autoridad paterna, delincuentes o en situación de orfandad (7). En este último punto, me adscribo a los autores que consideran el hospicio como claro antecedente de la prisión (8).

Siguiendo la interpretación dominante en la doctrina sobre el origen de la prisión (9), de corte pluricausal, frente a otras corrientes de pensamiento monocausales de tinte neomarxista, iniciadas por los trabajos de Rusche, Kirchheimer y Michel Foucault a mediados de los años 70 del siglo anterior (10), que intentaban explicar el nacimiento de la pena privativa de libertad exclusivamente como una consecuencia de las relaciones de poder Estado-individuo (*v.gr.*: surgimiento de las llamadas instituciones totales) y sustentada en razones puramente economicistas (explotación del trabajo de los presos, la prisión-fábrica, la retroalimentación de la delincuencia para conseguir mano de obra barata, etc.), la transformación de la privación de libertad en auténtica pena se debe a distintos factores históricos (11): *factor político criminal*, por el desmedido aumento de la criminalidad leve vivido en toda Europa entre los siglos XVI y XVIII (12); *factor penológico*, basado en el desprestigio e ineficacia de la pena de muerte para este tipo de criminalidad, así como en la reforma humanitaria de las leyes y prácticas punitivas iniciada por la obra del Marqués de Beccaria en 1764; y, por último, un *factor económico* en los términos *supra* mencionados como punto fuerte de las teorías economicistas, que identifica el nacimiento de la prisión con los nuevos medios de producción y el sistema capitalista (13).

De este modo, como ha reseñado con envidia Jorge Alberto Núñez (14), se dibujan en España dos corrientes doctrinales opuestas en torno a la historiografía de la prisión: la «escuela valdesiana», escuela de penitenciarismo oficial, y la revisionista, económico-estructural o crítica –pues, en el fondo, reivindica muchos de los plan-

(7) CÁMARA ARROYO, S., 2011-1.

(8) SALILLAS 1889: 170 ss.; ROLDÁN BARBERO, H., 1988: 36 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, 1998: 43; CÁMARA ARROYO, S., 2010. En contra, CADALSO, 1908, p. 562.

(9) GARCÍA VALDÉS, C., 1982.

(10) RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., 1968; FOUCAULT, M., 1982: 233 ss. Seguidas en España por la escuela de Bergalli y Rivera Beiras; *Vid.*, por todos, RIVERA BEIRAS, 2003: 354 ss.

(11) GARCÍA VALDÉS, C., 1981: 76 ss.; el mismo, 1987: 74 ss.; y también, 1982: 26 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 36 ss.

(12) VON HENTIG, H., 1968.

(13) MELOSSI, D. y PAVARINI, M., 1980.

(14) NÚÑEZ, J. A., 2014: 31 ss.; el mismo: 2015.

teamientos habituales de la Criminología crítica y radical–, cuyos máximos exponentes son Bergalli y Rivera Beiras (15). Me adscribo de modo rotundo a la escuela oficial, pues si bien entiendo perfectamente que es irrenunciable la visión crítica en la actualidad y comparto muchos de los postulados de la denominada Criminología Crítica que la inspira, desde el punto de vista de la investigación histórica de la norma penitenciaria la escuela económico-estructural ha demostrado ser bastante exigua en sus explicaciones e, incluso, voluntarista en muchas de sus interpretaciones.

Con todo, no puedo sino compartir la objeción realizada por el primer autor precitado, cuando advierte que «la principal crítica que cabe a ambas tradiciones es la utilización del pasado para legitimar una posición presente (elogiar o denostar el sistema penitenciario actual, reivindicar o no a la prisión como modo de encarcelamiento). En la misma dirección cuestionamos la utilización de categorías jurídicas presentes para el análisis del pasado, con el resultado que éste pierde su especificidad; el uso atemporal de conceptos claves para una historia de las prisiones (i.e. jueces visitantes y medidas garantistas en el siglo XVI); la búsqueda de aparentes continuidades terminológicas de instituciones remotas; etc.» (16).

Considero, además, que mi atención hacia el pasado de la privación de libertad de los menores delincuentes se ha centrado, por el contrario, en el entendimiento de los problemas de la norma actual. Por supuesto, señalo aquellas instituciones pretéritas que, considero, marcan antecedentes con las actuales (17), pero trato de establecer la diferenciación pasado-presente y delimitar la línea entre las cuestiones históricas que han marcado la normativa actual y las meras coincidencias o semejanzas institucionales. De este modo, la historia «penitenciaria» de los menores sirve a un propósito principal comprensivo-crítico y no justificante, mientras que «corrobor», si se me permite la falta de modestia en este aspecto, en sus conexiones con la norma penitenciaria, la visión del penitenciarismo oficial de corte «valdesiano». Así lo expuse en una de mis conclusiones, al afirmar que «la mejor doctrina relativa al estudio del nacimiento de la pena privativa de libertad, ha hecho retroceder a las desactualizadas teorías revisionistas, acentuando la importancia de la imbricación de la religión en el proceso de su conformación. En materia del internamiento de menores, esta influencia religiosa fue, si cabe, más acusada. La doctrina acerca del internamiento de los menores como medio de

---

(15) RIVERA BEIRAS, 2009.

(16) NÚÑEZ, J. A., 2014: 58.

(17) Cuestión criticada también por NÚÑEZ, J. A., 2014: 43.

corrección y enmienda, es decir, como penitencia ante el pecado social, encuentra sus orígenes en los siglos XV-XVI, en plena época de dominación de las ideas cristianas y fervor religioso-punitivo en toda Europa. En los casos de Holanda e Inglaterra, las ideas protestantes fueron determinantes; en el caso de España, lo fue el concepto de caridad de la doctrina cristiana, y el deseo de conservar la inocencia del menor, representada con la máxima: «dejad que los niños se acerquen a mí» (18). Una crítica, por cierto, parcialmente asumida por algunos de los representantes de la corriente económico estructural (19), donde el autor de la obra *A just measure of pain*, Ignatieff, de cariz puramente revisionista, realiza un «ejercicio de autocritica» y reconoce las faltas atribuidas a la visión de Foucault del nacimiento de la prisión, indicando, además, que su nueva obra se trata de «un paso hacia atrás; pero sólo un paso», en sus anteriores consideraciones sobre las teorías del control social de tinte economicista.

Las anteriores afirmaciones, sin embargo, no me han impedido ser crítico con este bagaje histórico, cuando, prácticamente a reglón seguido, advierto que «el principal motivo de la proliferación de tales lugares de encierro para menores con esas características tiene su explicación en el monopolio de la acción social y la educación que ostentó la Iglesia durante esta época histórica. El clero intentó siempre, mezclando el sentimiento caritativo con la idea evangelizadora, reformar a la juventud más que establecer castigos (a salvo de lo dispuesto por el Tribunal del Santo Oficio, claro está). La expansión de la doctrina cristiana se concentró en los más jóvenes, articulando también, de este modo, además de una pía labor de apoyo, un medio de control moral (...) La idea religiosa ha ido, paulatinamente, diluyéndose como elemento esencial del tratamiento de los internos, quedando tan sólo el auxilio espiritual, la atención moral y ética al preso, y teniendo todas las confesiones religiosas su hueco en los nuevos centros. (...) No obstante, la titularidad privada, de algunos centros de menores, puede marcar diferencias indeseadas en este sentido, resultando de especial interés el estudio de las variaciones confesionales y la influencia de la religión en los proyectos educativos de las distintas instituciones».

Y es que tal vez sea posible un entendimiento entre ambas posiciones –histórica y crítica– pues no puede olvidarse que el lenguaje de la prisión y, por consiguiente, el de su historia es, en términos gramscianos, hegemónico. Y ello no es decir, en el fondo, demasiado: el propio Derecho penal del que emana cualquier condena y, entre ellas, las pri-

---

(18) CÁMARA ARROYO, S., 2011: 744 y 745.

(19) IGNATIEFF, M., 2004: 261.

vativas de libertad, es, ahora y siempre, hegemónico por cuanto está ligado al poder que lo define. La crítica contra el abuso y configuración de tal poder, así como del lenguaje que se destila del mismo es obligada para el rigor científico.

En este aspecto, cabe también hacer «revisión del revisionismo» desde las propias bases de la literatura marxista. Ya los intérpretes de la obra de Marx advierten que, si bien «gran parte de nuestra cotidianidad se recorta sobre el telón de fondo de los intercambios monetarios», ello «no significa que se reduzca a ellos o se deduzca de ellos» (20). Y es que si las teorías economicistas tal vez extrajeron la comparativa entre prisión y fábrica de aquellas palabras que el filósofo alemán pronunciara sobre la obligación de la legislación de «declarar a voluntad fábrica (*factory*) cualquier casa en la que se trabajara» (21), fueron tibias a la hora de demostrar la finalidad y eficacia de extraer un plusvalor del penado que se hallaba privado de libertad en los establecimientos de encierro (exceptuando quizá, como ya hiciera mi maestro el Prof. Dr. Sanz Delgado, a las prisiones privadas). Más aún, si se pretende hacer un ponderado revisionismo histórico de la institución de la prisión desde una perspectiva crítica, tal vez convenga, como ya he expresado, acercarse al concepto de hegemonía de Gramsci (22), cuya principal crítica a una explicación unívoca de corte economicista nos lleva a la necesidad de llevar a cabo «investigaciones históricas concretas y parciales y no en términos de alguna clase de dispositivo conceptual especulativo con aspiraciones explicativas» (23). En definitiva, considero que, a la hora de explicar el origen de la prisión, en la llamada escuela «valdesiana» se toma mayor (y mejor) consideración a las potencialidades e implicaciones históricas de la política, la ideología y la cultura del momento histórico.

Concatenando con el obligado paréntesis acerca de la polémica del origen de la prisión, puede decirse que las primeras casas de corrección y prisiones, como lugares donde internar a los delincuentes como consecuencia de sus ilícitos actos, datan de los siglos XVI y XVII, y aparecen principalmente en Inglaterra [*houses of correction, workhouses* (24)] y Holanda [casas de hilado y raspado: *rasphuis* y

---

(20) RENDUELES, 2018: 28.

(21) MARX, K., 2018: 182.

(22) Quien ya advertía que «hay que combatir el economicismo no solo en la teoría de la historiografía, sino también, y especialmente, en la teoría y la práctica de la política»; GRAMSCI, 2017: 228; sobre la aludida crítica, véase en la misma obra, la p. 205.

(23) SACRISTÁN Y RENDUELLES, 2017: 390.

(24) VAN DER SLICE, A., 1936.



*spinhuis* (25)]. El influjo del luteranismo y, sobre todo, del calvinismo, ambas filosofías de corte protestante que idearon una ideología del trabajo y el esfuerzo como redentor del alma del condenado (26), junto con la lucha contra la crueldad del imperialismo español y sus severos castigos serán determinantes para el surgimiento de estos primeros establecimientos (27). Sin embargo, en estos primeros establecimientos, aunque se atisba la construcción de un régimen, aún no es posible destilar un verdadero y completo sistema penitenciario que englobara desde la clasificación del penado hasta el esencial elemento arquitectónico de la prisión.

Durante el siglo XVIII se conforma el caldo de cultivo para el establecimiento de los primeros sistemas penitenciarios y durante el siglo XIX y XX estos tendrán su máximo esplendor y quedarán consolidados. Así, hasta finales del XVIII, en la generalidad de las prisiones o cárceles europeas (28) la privación de libertad se acompañaba de todo tipo de castigos supletorios: cadenas a los pies y cintura, cepos de fijación a las paredes, azotes, etc. Contra esta clase de abusos, desde el siglo XVI, se advierten voces críticas relativas a aquéllos modos de cautiverio. Filántropos juristas y religiosos como De Chaves, Sandoval, Tallada, en lengua española (29) o, a finales del XVIII, la sufrida obra de John Howard, «*The State of Prisons in England and Wales*», quien describe las penosas condiciones de los internos en su recorrido por las cárceles de Inglaterra y de la Europa del momento, dejarán constancia de sus denuncias en sus obras al respecto (30).

Quizá el primer intento de construir un completo sistema penitenciario fuera el enunciado por el jurista y filósofo Jeremy Bentham, en su afamada obra sobre el *Panóptico*. A lo largo de la historia de la consolidación y evolución de la pena privativa de libertad, el nombre de algunos establecimientos penitenciarios ha servido para calificar el sistema penitenciario que lo adopta (31). Por tanto, es imprescindible hablar del *sistema panóptico* de Bentham como primera y fallida aproximación a la conformación de un esquema total de la prisión.

El proyecto de Bentham se basó en la construcción arquitectónica del panóptico, una prisión eficaz basada en el concepto de inspección

(25) VON HIPPEL, R., 1897 y 1898; R., SELLIN, J. T., 1944; VON HENTIG, H., 1968: 213 y 214; SANZ DELGADO, E., 2000: 47 ss.

(26) GARCÍA VALDÉS, C., 1981: 78 y 79; el mismo: 1982: 33 ss.; nuevamente, 1987: 77; y también, 1997: 413 y 414.

(27) GARCÍA VALDÉS, C., 1997: 413 y 414.

(28) RAMOS VÁZQUEZ, I., 2008.

(29) SANZ DELGADO, E., 2004: 253-352.

(30) FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2014: 39 ss.

(31) TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998-1: 49.

central y en la economía: «aumentar la seguridad disminuyendo el gasto» (utilitarismo). La prisión diseñada por el jurista inglés, el *Panóptico*, debía ser un edificio constituido por dos círculos concéntricos, siendo el periférico el destinado al encierro de los penados, cuyas celdas estarían siempre abiertas por la parte interior, y el central quedaría conformado por la torre de los vigilantes. La disposición de la torre central de vigilancia permitiría, de un solo golpe de vista, vigilar todas las celdas (32). No obstante, pese al empeño de Bentham, su proyecto jamás se convertiría en realidad, aunque la influencia de su construcción se dejó notar, de forma parcial, en algunas construcciones penitenciarias posteriores (33).

La progresiva implantación de la prisión como pena principal en Europa fue trasladada a Norteamérica por los cuáqueros, conocedores de las ideas protestantes y de la obra del visitador de prisiones del siglo XVIII –e instigador de la reforma penitenciaria– John Howard. Será en estas nuevas tierras donde, durante los siglos XVIII y XIX, se conformarán los primeros y auténticos sistemas penitenciarios (34).

Tres serán los sistemas diseñados en las prisiones norteamericanas: *sistema celular*, *filadélfico* o *pensilvánico*; el *auburniano*; y el de *reformatorio*.

El primero de los sistemas penitenciarios citados, el *filadélfico* (1776), se basa en los principios de aislamiento celular, diurno y nocturno, con trabajo en la propia celda del condenado (35). El sistema *auburniano* (1823) recurrirá al trabajo en común diurno, bajo la regla del absoluto silencio y una cruel disciplina dispensada por los funcionarios, y al aislamiento celular nocturno (36). Posteriormente, bien entrado ya el siglo XIX, se desarrolló para los jóvenes infractores primarios (mayores de 16 y menores de 30 años que hubieran cometido su primer delito) el *sistema reformatorio* (37) puesto en práctica en el establecimiento de Elmira en 1876, principal vehículo de las ideas

---

(32) BENTHAM, J., 1979.

(33) GARCÍA VALDÉS, C., 1989: 29; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998<sub>1</sub>: 56-58; SANZ DELGADO, E., 2000: 65 ss.

(34) GARCÍA VALDÉS, C., 1989: 30; SANZ DELGADO, E., 2000: 101 ss.

(35) CUELLO CALÓN, E., 1958: 311 ss.; NEUMAN, E., 1971: 119 ss.; GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 81-84; GARCÍA VALDÉS, C., 1987: 85; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998<sub>1</sub>: 60 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2001: 26 (véase también edición de 2016); FERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010: 44 y 45; MIR PUIG, C., 2012: 26; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 251-253.

(36) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 85 y 86; GARCÍA VALDÉS, C., 1987: 86; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 73 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2001: 26; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010: 45 y 46; MIR PUIG, C., 2012: 27; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 253-255.

(37) RAMOS VÁZQUEZ, I., 2015: 146 ss.

correccionales de signo positivista (fundamentalmente el correccionismo alemán de Röeder, seguido en nuestra lengua por Dorado Montero). Sus principios básicos serían la sentencia indeterminada, el aislamiento nocturno y las actividades comunes diurnas, la búsqueda de la rehabilitación efectiva del penado mediante un proceso de trabajo y formación educativa y la clasificación por edades y conducta (38). Para algunos autores, el sistema reformativo no puede considerarse un sistema penitenciario autónomo, sino una manifestación más del sistema progresivo (del que hablaremos *infra*), pues se sustenta en los mismos principios ideológicos que aquel (39).

Mientras el mundo dirigía su vista a los sistemas penitenciarios estadounidenses como un modelo a seguir, a principios del siglo XIX se desarrollará en Europa el denominado *sistema progresivo*, surgido del empirismo y la práctica en los establecimientos de reclusión, y que finalmente se impondrá también en el nuevo continente. Siguiendo a Garrido Guzmán, podemos definir, de forma general, todos los sistemas penitenciarios progresivos como aquellos en los que «la idea central (...) radica en la disminución que la intensidad de la pena va experimentando como consecuencia de la conducta y comportamiento del recluso. Atravesando distintas etapas que van, desde el aislamiento celular hasta la libertad condicionada, el recluso tiene en su mano la posibilidad, con su trabajo y conducta, de ganar más o menos lentamente las etapas sucesivas hasta su liberación definitiva» (40). Por tanto, las características principales del sistema progresivo pueden resumirse en: división en periodos de condena donde se pueden identificar todos los sistemas penitenciarios precedentes como una fase de un proceso gradual y un sistema de beneficios penitenciarios para acortar el tiempo de reclusión (41). El primero de los sistemas progresivos corresponde a la organización del presidio valenciano de San Agustín (1834), bajo la dirección del Coronel Montesinos, consistente en tres periodos diferenciados en el cumplimiento de la pena privativa de libertad: periodo de hierros para los recién ingresados, periodo de trabajo en común, y tercer periodo, conocido con el nombre de liber-

---

(38) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 95 ss.; GARCÍA VALDÉS, C., 1987: 86; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2001: 28; MIR PUIG, C., 2012: 27 y 28; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 258-260.

(39) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 98; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 89; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010: 48; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 258.

(40) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 88.

(41) GARCÍA VALDÉS, C., 1987: 87; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 80.

tad intermediaria (42). En el ordenamiento anglosajón sería Maconochie quien, durante la dirección de la prisión de la isla australiana de Norfolk (1840), diseñara su propio sistema progresivo (*mark system*) que consistía en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y buena conducta, de tal modo que la libertad del penado se convertía en un núm. de marcas o boletos, proporcionado a la gravedad del delito y a la pena impuesta (43). El siguiente sistema progresivo se debe a la labor de Obermayer en la Prisión de Estado de Múnich (1842), que dividió la ejecución de la pena de prisión también en tres estadios: de obligación de silencio, un segundo de agrupación con carácter heterogéneo, sustentado en el trabajo y la buena conducta hasta lograr la libertad, tercero de los periodos (44). El último de los sistemas progresivos corresponde a la iniciativa de Crofton en las prisiones irlandesas y tiene como «novedad» (en realidad, ya se encontraba en el sistema de Montesinos) la inclusión de un cuarto periodo previo a la libertad condicional, y que consistía en trabajos al aire libre en el exterior de la prisión (45).

Será el modelo progresivo europeo el que prevalezca en los sistemas penitenciarios modernos, si bien cada uno de ellos mantendrá sus características propias en la práctica de sus establecimientos. Finalmente, el modelo progresivo de régimen de separación en grado aunarà sus bondades con el más moderno concepto de tratamiento penitenciario, conformando el llamado *sistema de individualización científica* que, desde mediados de los años 70 del pasado siglo, se impondrá en las leyes penitenciarias más modernas de Europa (46).

En palabras de García Valdés, «el sistema de individualización científica parte del principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de

---

(42) SALILLAS R., 1906 y 1919; GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 91 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 85 y 86; SANZ DELGADO, 2003: 168 ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010: 46 y 47; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 235 y 236; MIR PUIG, C., 2012: 30 y 31; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 256; RAMOS VÁZQUEZ, 2013: 249 ss.

(43) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 89; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 81; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 234; MIR PUIG, C., 2012: 29; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 256 y 257.

(44) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 90; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 235; MIR PUIG, C., 2012: 29 y 30; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 256.

(45) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 90 y 91; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 82; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 235; MIR PUIG, C., 2012: 30; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 257 y 258.

(46) GARCÍA VALDÉS, C., 1987: 87; el mismo, 1982: 225.

estos, sino de la personalidad de cada interno» (47). De este modo, el sistema progresivo queda superado al convertirse el tratamiento en el eje principal de la ejecución de la pena privativa de libertad. El régimen quedará, por tanto, supeditado al tratamiento en un marco de mayor flexibilidad en la clasificación de los penados (48).

### III. SISTEMA DE FUENTES QUE INFORMAN LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS. MARCO SUPRANACIONAL

a) *Fuentes internacionales.* En el art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH) se introduce el principio de garantía penal, al proclamarse que «*nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado*». La tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes están expresamente prohibidos (art. 3 DUDDHH). Asimismo, en el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados, se recogen normas específicas sobre el tratamiento y estatuto jurídico de las personas privadas de libertad como consecuencia de un conflicto armado (arts. 5 y 6). De forma más específica, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prohíbe la prisión arbitraria y reconoce una serie de derechos a aquellas personas que se encuentren privadas de libertad como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo (arts. 9, 10 y 14). Al igual que ocurría en la DUDDHH, el PIDCP establece la prohibición de penas crueles o degradantes (art. 7). Además de ello, el art. 11 PIDCP establece la prohibición de la pretérita prisión por deudas.

Por otra parte, el Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional (CPI) adoptado el 17 de julio de 1998 (49), recoge un «pacto de mínimos» en cuanto a algunas garantías y derechos de los reclusos, entre los que destacan: límites a la prisión preventiva (art. 81.3.b); traslado de los presos al Estado de ejecución de la condena (art. 104); ejecución de la pena (art. 105); supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de la reclusión (art. 106); y examen de reducción de condena (art. 110). El Estatuto prevé, en su art. 77, la imposición de dos tipos de pena: privación de libertad y pena pecuniaria. La pena de prisión podrá tener un límite temporal establecido, que no excederá de

(47) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 225.

(48) FERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010: 50; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 237; MIR PUIG, C., 2012: 31 y 32.

(49) FERNANDES, JEAN, M., 2008: 111 ss.

los 30 años, o bien consistir en una prisión permanente, cuando así lo aconseje la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (50). En la efectiva ejecución de tales penas privativas de libertad, los Estados partes tendrán un protagonismo indiscutible, siendo quienes reciban y acepten al reo para el cumplimiento de la pena en sus establecimientos penitenciarios (51).

Actualmente, por tanto, el Derecho penal internacional es un sistema punitivo sin instituciones de cumplimiento y ejecución de la condena; sin Derecho penitenciario internacional. Paradójicamente, es un Derecho penal con pena de prisión, pero sin prisiones: no dispone de estructuras ni instituciones para garantizar el cumplimiento de las condenas, por lo que en última instancia la ejecución de estas dependerá de los Estados (art. 103.1.a del Estatuto de la CPI).

La Declaración de 9 de diciembre de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [Asamblea General de la ONU, Resolución 3452 (XXX)], dispone en su art. 1.1 que *«no se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos»*; asimismo, recoge la prohibición de penas crueles e inhumanas sus arts. 3 y 4, y establece la obligación de todo Estado de examinar periódicamente *«los métodos de interrogatorio y las disposiciones para la custodia y trato de las personas privadas de su libertad en su territorio, a fin de prevenir todo caso de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes»* (art. 6). La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 completará las disposiciones internacionales precitadas sobre penas crueles e inhumanas, estableciendo en su art. 6 el proceso de detención de los autores de delitos de torturas.

En el caso específico de las personas privadas de su libertad por la comisión de delitos, será preceptivo citar los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de 2000, y, más específicamente sobre el estatuto jurídico de los reclusos, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas

---

(50) Sobre esta modalidad de cadena perpetua *Vid.* CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016: 45 ss.; CASALS FERNÁNDEZ, 2019.

(51) CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., 2002: 157 y 158.

a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988 (Conjunto de Principios). Al estar contenido en el PIDCP, la interpretación y protección de los derechos de los reclusos le corresponde al Comité de los Derechos Humanos (CDDHH), que trata estos derechos en su Observación General Núm. 9 y Núm. 21 sobre el tratamiento humanitario de las personas privadas de libertad, si bien también recoge algunas cuestiones relativas a la prisión preventiva en su Observación General Núm. 8, y sobre la prohibición de penas denigrantes o crueles en sus Observaciones Generales Núm. 7 y Núm. 20. Asimismo, el Comité contra la Tortura (CcT) realiza el examen de los Informes de los Estados (art. 19) y resuelve las quejas individuales (art. 22) en el marco de la Convención contra la tortura. Las visitas a los centros penitenciarios y lugares de reclusión corresponden al Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 11.a).

Respecto a las personas reclusas en centros penitenciarios han sido adoptadas una serie de determinados instrumentos internacionales específicos: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RMTR), adoptadas por el *I 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, primer instrumento internacional sobre el moderno tratamiento penitenciario (52); los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (PBTR), adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990 (53); y, por último, las recientes Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) en 2015 que suponen una actualización de las buenas prácticas internacionales sobre tratamiento penitenciario.

En el caso de los menores de edad privados de libertad por la comisión de un hecho tipificado como delictivo, será de aplicación lo dispuesto en: los arts. 10 y 14 del PIDCP, en la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (art. 37); en las Reglas Mínimas para la administración de la Justicia a los Menores (*Reglas de Beijing*), adoptada por resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985, donde se afianza un marco genérico para las normas que deben tener en cuenta los Estados a la

---

(52) GARRIDO GUZMÁN, L., 1976: 26 ss.; GARCÍA VALDÉS, C., 1977: 9.

(53) SALADO OSUNA, A., 2007: 27 y 28.

hora de administrar justicia en el caso de los menores y, más concretamente, en las Reglas 23 a 29, se incluyen las pautas para el tratamiento tanto dentro como fuera de los centros de internamiento para menores de edad; la resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990, por la que se aprueban las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (*Directrices de Riad*), fruto de las conclusiones del VIII Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana en 1990; la resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, por la que se aprueban las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, de contenido menos generalista y más centrado en la ejecución de las penas o medidas para los jóvenes infractores, se centran en establecer pautas básicas sobre los centros de cumplimiento, de prisión preventiva o internamiento (54).

El control internacional en el caso de los menores privados de libertad lo ejercerán, además de los tribunales antes mencionados para los reclusos adultos, el Comité de los Derechos del Niño (55) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en relación con las niñas menores de edad (56).

b) *Sistema interamericano de protección de los Derechos humanos* (57). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá (Colombia) el 2 de mayo de 1948, reconoce el derecho a no ser detenido arbitrariamente (art. xxv) y el principio de trato humanitario (art. xxvi). La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) recoge el derecho a la libertad personal, estableciendo las causas por las que una persona puede ser privada de libertad (art. 7), el principio de legalidad penal (art. 9) y la prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, exigiendo, además, que toda persona privada de libertad sea tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5). La pena de muerte se encuentra prohibida en el Protocolo facultativo de 1990 a la CIDH relativo a la abolición de la pena de muerte, en términos muy similares al II Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir

---

(54) VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., 2006: pp. 35 ss.; del mismo autor, 2007: 189 ss.; CÁMARA ARROYO, S., 2010: 8 ss.; del mismo autor, 2011<sub>1</sub>: 373 ss.

(55) CÁMARA ARROYO, S., 2011<sub>1</sub>: 427 ss.

(56) CÁMARA ARROYO, S., 2011<sub>1</sub>: 335-375.

(57) SALADO OSUNA, A., 2007: 61 ss.



la pena de muerte (58). Además de estas normativas, también será necesario citar los preceptos de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (CIPST) que se refieren a la prohibición de las penas inhumanas (art. 2) o al maltrato de los reclusos pues, según dispone la citada normativa en su art. 5, «*ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura*». La Resolución 1/08 sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), en Washington D. C. el 13 de marzo de 2008, vino a llenar el vacío ante la inexistencia instrumentales jurídicos interamericanos destinados específicamente a los reclusos. La Resolución 1/08 se configura como una guía de mínimos para la conformación de los sistemas de privación de libertad de los Estados americanos: principio de humanidad de las penas (Principio I), principio de igualdad y no discriminación (Principio II), principio de libertad personal y ultima ratio de la privación de libertad (Principio III); principio de legalidad (Principio IV), control judicial y garantía de ejecución de la pena (Principio VI), derechos de los reclusos (Principios VIII ss.), etc. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) se ocupa de la situación de los reclusos en relación con los Estados parte de la CIDH. En el ámbito de su jurisprudencia, destacamos los siguientes casos relativos a los derechos de las personas privadas de libertad: el Caso Lori Berenson Mejía vs Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, acerca de las inhumanas condiciones de la reclusa en el centro penitenciario de máxima seguridad de Yanamayo (condiciones del establecimiento, aislamiento celular continuado, etc.); el Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, sobre la necesaria reforma del sistema penitenciario en Venezuela y las condiciones de los internos del Retén de Catia; el Caso Loayza Tamayo vs Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, acerca de la prohibición de las torturas y tratos crueles o degradantes a los internos de los establecimientos penitenciarios; el Caso Vélez Loor vs Panamá, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, acerca de las condiciones de internamiento en los establecimientos penitenciarios de la Cárcel Pública de La Palma y La Joyita; o el Caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras, Sentencia del 27 de abril de 2012, sobre el incendio acaecido en una de las celdas del establecimiento penitenciario conocido como Centro Penal de San Pedro Sula y las condiciones del sistema penitenciario hondureño. La CIDH tam-

---

(58) Sobre esta cuestión, OEA-CIDH, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 68, 31 de diciembre de 2011.

bién se ha pronunciado en numerosas resoluciones acerca de materias anexas a las anteriormente citadas, como la detención arbitraria, la presunción de inocencia y la prisión provisional, o sobre la incomunicación de detenidos y presos (59).

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de sus competencias, también se ocupa de cuestiones relacionadas con los reclusos, examinando la situación de los Estados miembros, emitiendo los pertinentes informes de admisibilidad y atendiendo las denuncias sobre este ámbito. La Comisión ha instituido una Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas, que tiene por objetivo: examinar la situación de las personas privadas de libertad y realizar informes a tales efectos; promover la adopción de medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole para garantizar los derechos de los reclusos y de sus familias; y, por último, coordinar acciones de verificación y seguimiento de las condiciones carcelarias en los Estados miembros con las Defensorías del Pueblo o las instituciones nacionales de Derechos Humanos.

Por último, en relación con la política penitenciaria, desde 1997 se viene celebrando de forma bianual la Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas (REMJA) y, a partir de octubre de 2003, se celebra la Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados Miembros de la OEA (GAPECA).

c) *Unión europea y Consejo de Europa* (60). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), a pesar de no pronunciarse específicamente sobre la pena privativa de libertad, establece en su art. 4 la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes, mientras que en su art. 49 recoge los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas. Por otra parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en el Consejo de Europa, establece como uno de los límites al derecho a la libertad personal la privación de libertad legalmente prevista y conforme a derecho, siempre que haya sido indicada en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, así como para hacer comparecer al detenido ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infrac-

---

(59) REMOTTI CARBONELL, J. C., 2003: 279 ss.

(60) SALADO OSUNA, A., 2007: 87 ss.

ción o que huya después de haberla cometido (art. 5). Completando lo regulado en el CEDH, el Protocolo núm. 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo núm. 11 (Estrasburgo, 1963) recoge la prohibición de la prisión por deudas (art. 1). Como complemento institucional a lo regulado en el CEDH, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CEPT) también recoge la prohibición de penas inhumanas, crueles o degradantes y crea el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), cuyo principal objetivo será «*examinara el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes*» (art. 1). El documento denominado «Estándares del CPT», publicado por primera vez en 2002 a modo de guía sobre la política y actuación del Comité, ha sido recientemente revisado en 2011 y recoge el trabajo de la institución tanto en prisiones de adultos como de jóvenes (61). Además de realizar las pertinentes labores de inspección de los establecimientos penitenciarios, el CPT también elabora Informes Anuales sobre el estado de los penados y patrocina algunas publicaciones que analizan el estado de las prisiones europeas y la normativa penitenciaria de los Estados miembros del Consejo de Europa.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2015/2062(INI)) supone un nuevo hito en la implementación de los estándares mínimos de tratamiento de los reclusos en el ámbito regional europeo (62). Y ello por una importante razón: la homogeneización de las condiciones dentro de la prisión a nivel europeo es un asunto clave en la cooperación interestatal dentro del espacio comunitario, pues, como reza la normativa precitada, «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». La resolución también se hace

---

(61) CPT, 2011: 17-48 y 83 ss.

(62) Continuista respecto a otras resoluciones anteriores de carácter más sectorial: Resolución, de 18 de enero de 1996, sobre las malas condiciones en las cárceles de la Unión Europea; Resolución, de 17 de diciembre de 1998, sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución; Resolución, de 25 de noviembre de 2009, sobre el programa plurianual 2010-2014 relativo al Espacio de libertad, seguridad y justicia (programa de Estocolmo) y Resolución, de 15 de diciembre de 2011, sobre las condiciones de privación de libertad en la UE.

cargo del problema de la superpoblación penitenciaria, común en todo el territorio europeo, no siendo la solución el aumento de los centros penitenciarios, sino su humanización y modernización. Al respecto, se echa en falta la alusión a causas político criminales o sustantivo penales en la crítica a la situación carcelaria, ajenas a la configuración de normativas puramente penitenciarias y que, sin embargo, producen efectos distorsionadores en la praxis penitenciaria (63). Y es que, aunque se trate de cargar el peso de la responsabilidad sobre las espaldas de la norma o administración penitenciaria, en muchas ocasiones los aldabonazos provienen de un errático uso de las mismas por parte de la política criminal del Estado o, en otros casos, no son más que la consecuencia de los límites, excesos y excepciones introducidos por la norma penal. Por lo demás, el texto del Parlamento Europeo ahonda en los estándares básicos de todo sistema penitenciario: clasificación, considerando positivo «la existencia de normas en materia de reclusión diferenciadas en función de los reclusos y su nivel de peligrosidad es una solución pertinente para evitar la reincidencia y favorecer la reinserción en la sociedad», en clara alusión a la necesidad de (re)incorporar la ciencia criminológica al marco penitenciario, si bien a reglón seguido se le da, en mi opinión, una excesiva importancia a la tipología delictiva cometida como criterio de clasificación; tratamiento y régimen, apostando por un «programa equilibrado de actividades y les permitan pasar tantas horas al día fuera de sus celdas como sea necesario para alcanzar un nivel adecuado de interacción social y humana y reducir el nivel de frustración y violencia»; reconociendo sus derechos fundamentales (con especial alusión a los grupos más vulnerables, tales como ancianos, menores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad o patologías psíquicas) y las posibilidades de participación en la vida pública, así como la incorporación de sistemas de revisión de condena o medidas alternativas a la privación de libertad. No es ajena la resolución a la materia de la denominada «radicalización» en los centros penitenciarios (64), instando a los Estados a introducir medidas para evitar su génesis o propagación. Tampoco olvida la obligada alusión al trabajo del personal penitenciario, destacando su importancia como eje funcional y fundamental de toda estructura regimental e, incluso, de tratamiento. Por último, destacan algunas manifestaciones críticas, además de la ya mencionada sobre el hacinamiento, como es el

---

(63) CÁMARA ARROYO, 2015: 243.

(64) IGUALADA TOLOSA, 2017; REINARES, GARCÍA-CALVO & VICENTE, 2018; LÓPEZ MELERO, 2018.

caso de: la preocupación por la «creciente privatización de los sistemas penitenciarios en la UE», en una clara apuesta por considerar la política penitenciaria como un verdadero servicio público cuya responsabilidad recae en la Administración; o la condena a las políticas de alejamiento de presos o «dispersión» ya que constituye «un castigo añadido para las familias de los reclusos».

En cuanto a las normativas específicas en materia penitenciaria emanadas dentro de la esfera del Consejo de Europa es necesario citar las Reglas Penitenciarias Europeas (RPE), cuya última actualización data de 2006 por la Recomendación Rec(2006)2 (65). En el caso de los menores de edad privados de libertad, las primeras recomendaciones y normativas acerca de la delincuencia juvenil y los internos en los centros de internamiento emanan del Comité de Ministros del Consejo de Europa: La Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre transformación social y delincuencia juvenil, de 29 de noviembre de 1978; Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (87)29, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil; la Recomendación (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre nuevas formas de tratamiento de la delincuencia juvenil y la función de la justicia de menores; La Recomendación (2005)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los derechos de los niños que viven en instituciones residenciales; y, por último, Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2008) 11, de 5 de noviembre de 2008, sobre las Reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas, que constituyen, hasta la fecha, las directrices más completas acerca de las condiciones del internamiento de los menores internos a nivel europeo. Otras importantes resoluciones sobre la materia son la Recomendación (2000)20 del Consejo de Europa, sobre el papel de una temprana intervención psicosocial en la prevención de la criminalidad, destinada al tratamiento de los jóvenes delincuentes; y, dentro de la normativa comunitaria de la Unión Europea (UE), es importante mencionar el Dictamen del Comité Económico y Social, de 15 de marzo del 2006, sobre Prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea (66).

---

(65) TÉLLEZ AGUILERA, A., 2006; MAPELLI CAFFARENA, B., 2006; Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2014: 300 ss.

(66) CÁMARA ARROYO, S., 2011,; 448 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN, M., 2010.

#### IV. ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS

a) *Reinserción social y reeducación de los penados (prevención especial positiva)*: tanto el PIDCP (art. 10.3) como la CADH (art. 5.6) se pronuncian sobre la reinserción social como finalidad principal de la pena de prisión, si bien este no será el único objetivo de la misma, siendo también el de «proteger a la sociedad contra el crimen» y reducir la reincidencia tal y como recogen las RMTR (Regla 58) y las Reglas Nelson Mandela (Regla 4). Si bien esto es así, en la última normativa precitada se expone que «esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo». No obstante, a pesar de la dualidad existente en el fin último de las penas privativas de libertad, el fin de reinserción social parece primar frente a los objetivos preventivo-generales de custodia y retención de los reclusos (Reglas 65, 66.1 y 80 RMTR). Así, la mayor parte de la legislación internacional en la materia se muestra favorable a la inserción de programas de resocialización de los penados, en los que participe una pluralidad de agentes e instituciones sociales, incluida la propia comunidad de ciudadanos, para la consecución de los fines de inserción social del ex recluso (principio 10 PBTR).

b) *Derechos de los reclusos (67)*: De conformidad con lo dispuesto en los PBTR, a excepción de las limitaciones propias de la reclusión, se reconocen a los internos todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la DUDDHH, en el PIDESC y en el PIDCP.

Toda persona privada de libertad, según expone el PIDCP, tiene derecho a ser tratada humanamente y con el debido respeto a su dignidad (art. 10.1), lo que también queda recogido en otras normas internacionales (principio 1 PBTR, principio 1 Conjunto de Principios). La tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes están prohibidos con carácter absoluto en la DUDDHH (art. 5), en el PIDCP (arts. 4.2 y 7), en la CCT (art. 2), en el CADH (art. 5.2), en el CEDH (art. 3) y en el Código de Conducta (art. 5). En el ámbito europeo, las Reglas Penitenciarias Europeas (regla 64 RPE), establecen que la fuerza con-

---

(67) SALADO OSUNA, A., 2007: 43 ss., 72 ss.; ASTROZA SUÁREZ, P. y RUDNICK VIZCARRA, C., 2010: 3 ss.; REVIRIEGO PICÓN, F., 2010: 201 ss.; LÓPEZ MELERO, M., 2011: 69-102; la misma autora: 2015.

tra los internos será siempre el último recurso y solo podrá utilizarse en situaciones excepcionales como la legítima defensa, tentativas de evasión, etc.

Los internos tienen reconocido su derecho a la salud conforme a lo dispuesto en el art. 25 DUDDHH y el art. 12 del PIDESC (68). Toda persona que ingrese en un establecimiento penitenciario será sometida a un examen médico apropiado tal y como establece la regla 24 de las RMTR y los principios 24 y 25 del Conjunto de Principios. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en los PBTR, los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país (principio 9). Por otra parte, en las RMTR (regla 22) establece la necesidad de incluir en los propios centros penitenciarios instalaciones de salud y personal sanitario adecuado (Reglas Mandela 24-35). En las RPE también se recogen una serie de preceptos específicos relacionados con la obligación de las autoridades penitenciarias sobre la salud de los internos (regla 39 ss.): integración de la política sanitaria en prisión y la política nacional de salud pública; acceso a los servicios de salud ofertados en el país sin ninguna discriminación; asistencia médica, quirúrgica y psiquiátrica requerida; servicios e instalaciones sanitarias mínimas en prisión, etc.

La intimidad y el secreto de las comunicaciones no están asegurados en sentido estricto, y en gran medida dependerán del régimen de vida en el que sean clasificados los internos. Aunque el derecho a comunicarse con los familiares y amigos se encuentra recogido en las RMTR (regla 37) y el Conjunto de Principios (principio 19), se advierte que se realizará bajo la debida vigilancia reconocida en las leyes y reglamentos pertinentes. Los nuevos métodos e comunicación telemática quedan recogidos en las Reglas Mandela (58 ss.). En cuanto a la cercanía del recluso a su núcleo social y la problemática de las relaciones con sus familiares (69), el conjunto de principios básicos admite la posibilidad de que el interno pueda solicitar su traslado a un establecimiento penitenciario lo más cercano posible a su residencia habitual (principio 20). Las RMTR reconocen el derecho de los reclusos a comunicarse con el mundo exterior, así como la necesidad de contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del interno con sus familiares y con aquellos organismos sociales que puedan serle útiles (regla 61). Con-

---

(68) CALVET BAROT, G., 1994: 175 ss.; Defensoría del Pueblo de Colombia, Informe sobre prestación de servicios de salud en centros penitenciarios y carcelarios de Colombia, 2005; y también: Seguimiento a la situación de la salud de la población reclusa en Colombia, 2010.

(69) GARCÍA-BORÉS, P., 2006: 21 ss.

forme a las Reglas Mandela, los registros se realizarán de un modo que respete la dignidad intrínseca del ser humano y la intimidad de las personas, no para ni para inmiscuirse innecesariamente en su privacidad (Reglas 50 y 51). El régimen de comunicaciones de los internos con sus abogados, familiares y terceras personas también se encuentra regulado, de manera similar, en las reglas 23.4, 23.5, 24.1, 24.2 RPE.

El derecho a la información (reconocido con carácter general en el art. 19 DUDDHH y en el art. 19 PIDCP) queda recogido en las RMTR para los internos de los centros penitenciarios (reglas 35, 36, y 39), en el Conjunto de Principios (principios 13 y 28), Reglas Mandela (reglas 55 y 56) y, para el marco supranacional europeo en las reglas 24.6, 8, 9 y 10. Según estos preceptos, se deberá comunicar al interno (en forma que le sea comprensible) las reglas regimientales del establecimiento, los procedimientos administrativos y judiciales que le afecten y algunas cuestiones de índole personal, como el fallecimiento de un familiar, etc.

El derecho a la libertad religiosa de los internos (70) queda contenido en el principio 3 de los PBTR, donde se establece la necesidad de respetar las creencias religiosas del grupo al que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones del lugar. En las RMTR se indica que, dentro de las posibilidades de las que goce el centro penitenciario, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión y participar en los servicios organizados en el establecimiento (reglas 41 y 42). Las Reglas Mandela continúan con el reconocimiento de tal derecho del recluso a la libertad religiosa (regla 66), posibilitando la elección de un representante de las religiones con más adeptos en el centro penitenciario (regla 65). Por último, en la regla 29 RPE reconoce la libertad de pensamiento y culto a los internos, exigiendo que el régimen penitenciario esté organizado, tanto como sea posible, de manera que permita a los detenidos practicar su religión y seguir su filosofía. Según expone el precepto citado, los internos no podrán ser obligados a practicar una determinada religión o filosofía y tienen derecho a recibir la visita de los representantes de su religión o credo, así como a tener acceso a publicaciones de su religión o filosofía.

A la luz de estos preceptos, el CDH ha considerado como vulneración del derecho a la libertad religiosa de los reclusos la inexistencia de normas internas que obliguen a facilitar el culto religioso en una institución penitenciaria.

---

(70) SEGLERS, A., 2007; RODRÍGUEZ BLANCO, M., 2008; CÁMARA ARROYO, S., 2013: 283-318.



Los derechos sociales de prestación a los reclusos están consagradas en las RMTR y las nuevas Reglas Mandela: derecho a vestir sus propias ropas, apropiadas al clima y suficientes para mantenerle con buena salud, actividades al aire libre, recreativas y culturales, especialmente para los reclusos jóvenes (reglas 17, 18, 21 y 78; Reglas Mandela 20, 22, y 23). También las RPE recogen algunos de estos derechos relativos a la vestimenta (regla 20), ejercicio físico y actividades recreativas (regla 27).

El derecho a la educación de los reclusos se encuentra garantizado por las normativas internacionales y regionales sobre materia penitenciaria (regla 77 RMTR, principio 6 de los PBTR, reglas Mandela 104, regla 28 RPE), máxime por tratarse de uno de los principales vehículos de reinserción dentro del tratamiento que estos reciben en su estancia en prisión. La Resolución 1990/20, de 24 de mayo de 1994 del ECOSOC establece que las actividades educativas en las prisiones tenderán a desarrollar la personalidad del interno (3.j). Los centros penitenciarios deberán disponer de las instalaciones pertinentes para satisfacer las necesidades educativas y culturales de los reclusos, como es el caso de bibliotecas (regla 40 RMTR). En la medida de lo posible, la instrucción de los reclusos deberá coordinarse con el sistema de educación pública estatal a fin de que, al ser puestos en libertad, los reclusos puedan continuar sin dificultad su formación (Reglas Mandela 104.2).

El derecho de las madres reclusas respecto a sus hijos queda garantizado en la regla 23.2 de las RMTR, estableciendo la posibilidad de incluir guarderías infantiles con personal calificado en los propios centros penitenciarios. Con carácter general, tal posibilidad se encuentra también recogida en el principio 31 de los PBTR. Al respecto, es destacable la introducción de los llamados módulos mixtos y las unidades de madres en la legislación penitenciaria española, en los que se permite, por vía de la flexibilización del régimen de vida penitenciario, la convivencia de ambos sexos junto a sus hijos en módulos familiares especiales (71).

La temática anterior entronca con el reconocimiento de los derechos de la mujer reclusa, que se encuentran protegidos y garantizados expresamente en las reglas 8.a (principio de separación), 23.1 (presas madres y embarazadas) y 53 (registros y vigilancia por funcionarias de su mismo sexo) de las RMTR, así como en las Reglas Mandela 11 (separación), 28 (instalaciones especiales para el cuidado y trata-

---

(71) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 68; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 208 y 209; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 668 ss.

miento de las reclusas durante su embarazo, así como durante el parto e inmediatamente después), 47 (prohibición de coerción física en embarazadas), y 81 (pabellones mixtos, vigilancia por funcionarias de su mismo sexo). También es necesario citar lo dispuesto en los arts. 1, 6 y 7 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación y en los arts. 2 y 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

En relación al derecho al trabajo, hay que distinguir entre dos regímenes: el de preventivos y el de penados. En relación con los primeros, en virtud del principio de presunción de inocencia, no existe obligación alguna del interno de trabajar, aunque sí se encuentra reconocido su derecho a hacerlo. Los penados, sin embargo, tienen la obligación de trabajar, si bien el trabajo penitenciario jamás tendrá carácter aflictivo (regla 71 RMTR y Reglas Mandela 96-103). Frente a la obligatoriedad del trabajo penitenciario, algunas voces críticas dentro de la doctrina han exigido la superación de esta concepción, siendo más favorable a los efectos de reinserción la consideración del trabajo penitenciario como un derecho-deber del penado (72). Sobre esta cuestión, aunque en el PIDCP se prohíben los trabajos forzados u obligatorios con carácter general (art. 8.3.a), se exceptúan aquellos que derivan de una condena de prisión (art. 8.3.b). Sobre esta materia ha mostrado su preocupación el CDH en el Documento CCPR/CO/79/GNQ, de 30 de julio de 2004. La interpretación del derecho-deber a trabajar parece haber prevalecido en la redacción de las RPE, donde se indica que se deberá ofrecer la posibilidad de trabajar a los internos, «pero sin obligarles» (regla 100).

El hecho de los que los condenados estén obligados a trabajar no significa que carezcan de los pertinentes derechos laborales. Así, se reconoce el derecho a elegir libremente la ocupación a desarrollar teniendo en cuenta las exigencias de la administración y la disciplina penitenciarias (regla 71 RMTR, principio 8 PBTR, reglas Mandela 96-103). Por otra parte, la normativa internacional indica que la remuneración por el trabajo de los internos debe ser equitativa (regla 76 RMTR). También se garantiza la seguridad y salud de los trabajadores reclusos, así como se establecen reglas muy similares a las que pudieran tener los trabajadores libres en cuanto a la configuración de la jornada laboral, descanso, instrucción y formación, etc. (regla 74 RMTR).

---

(72) DE LA CUESTA ARZAMÉNDI, J. L., 1982: 79 ss.; el mismo 1989: 93 ss.; 1994: 251; y también, 1995: 210 ss.; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 586-589.

En la regla 35 RMTR se regula el derecho a ser informado del trámite y procedimiento para interponer quejas al director del establecimiento o funcionario autorizado a tal efecto. En el Conjunto de Principios (principio 33) también se establece la posibilidad de recurso ante la autoridad judicial u otra autoridad competente en caso de rechazo de la administración penitenciaria o dilaciones indebidas en su tramitación. En caso de tratarse de una queja relacionada con actos de tortura o malos tratos, el CCT también reconoce el derecho a presentar una queja (arts. 13, 14, 15 y 16). Similares prerrogativas quedan recogidas en las Reglas Mandela (Reglas 56 y 57).

Los reclusos extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales del Estado de reclusión. El Conjunto de Principios establece que toda la información a la que tiene derecho un recluso deberá ser presentada en un idioma que comprenda (principio 14). Tanto las RMTR, en su numeral 38 (Reglas Mandela 62), como el Conjunto de Principios (principio 16.2) y la regla 37 RPE, reconocen la asistencia diplomática y consular a los reclusos extranjeros. El Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, obliga, en virtud de su art. 36, a los Estados a informar a la Oficina Consular de la nacionalidad del recluso de su situación a fin de que la misma pueda brindarle protección. Del mismo modo, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, dispone en su art. 17.6 que cuando un trabajador migratorio sea privado de su libertad, las autoridades competentes del Estado del que se trate prestarán atención a los problemas que se planteen a sus familiares.

Los reclusos con discapacidad (73) tienen garantizados todos los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales antes mencionados, lo que queda confirmado en la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General en su resolución 161/106, de 13 de diciembre de 2006 (art. 14).

Finalmente, en el ámbito iberoamericano es imprescindible citar, siquiera de manera breve, el especial estatuto jurídico de los reclusos indígenas. El primer paso para cimentar los derechos de los internos indígenas sería la promulgación del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1957 (Convenio relativo a la Protección e integración de las Poblaciones indígenas y de otras Poblaciones tribales y semitribales en los países independientes), que dio

---

(73) Defensoría del Pueblo de Colombia, Informe sobre personas con discapacidad privadas de la libertad.

lugar, más de tres décadas después, al Convenio 169 de la OIT. El Convenio 169, en sus arts. 8, 9 y 10, otorgan a los Pueblos indígenas el derecho de administrar justicia siguiendo sus propias pautas a la vez que atribuye a los Estados la obligación de respetar sus propias decisiones; asimismo, también antepone las sanciones en medio abierto al encarcelamiento para este colectivo poblacional. No obstante, a día de hoy puede decirse que el mayor éxito del Convenio 169 OIT ha sido dirigir la atención de los organismos estatales hacia esta problemática, siendo aún abundantes los desencuentros entre el sistema penal de los Estados y estas comunidades étnicas (74).

A esta primera aproximación debemos sumar también los informes y jurisprudencia elaborados por el Comité Internacional de Derechos Humanos (CDH) en relación con los arts. 1 (libre determinación) y 27 (derecho de las minorías) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); los promulgados por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) en relación con el art. 5 y otras disposiciones conexas de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en sus observaciones generales a diversas disposiciones del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y, por último, el Comité de Derechos del Niño en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Estas disposiciones terminarían por sedimentar en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2006, cuyos arts. 4, 33.2 y 34 reconocen el autogobierno de las poblaciones indígenas para asuntos locales o internos, así como el mantenimiento de sus estructuras y sistemas jurídicos propios. En esta misma línea, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Pueblos de los Derechos Indígenas que, en su art. 16, reconoce el Derecho indígena como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados.

c) *Clasificación de los reclusos (régimen de vida y tratamiento penitenciario)*: la clasificación de los penados define el marco jurídico regimental en el que ha de tener lugar el tratamiento resocializador (75). Según exponen Fernández Arévalo y Nistal Burón, la clasificación penitenciaria es a la par una resolución y un procedimiento: como resolución, es aquella decisión administrativa que en base a una

---

(74) Defensoría del Pueblo de Colombia, *Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC*, 2005.

(75) ALARCÓN BRAVO, J., 1988: 9-28. Sobre la clasificación penitenciaria y su individualización, *Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.*, 2014: 349 ss.

propuesta elaborada luego de un estudio multidisciplinar, asigna el modelo regimental más adecuado a las exigencias del tratamiento; como procedimiento, la clasificación penitenciaria puede ser definida como el conjunto de actuaciones de la Administración penitenciaria que concluyen en una resolución que atribuye al penado un grado de tratamiento, o bien cambia uno que se había asignado anteriormente y determina el establecimiento de destino (76). Dentro de la clasificación de los reclusos debemos definir y diferenciar el régimen de vida y el concepto de tratamiento penitenciario.

Aunque tradicionalmente se había considerado el régimen de vida penitenciario como un fin en sí mismo (77), actualmente la mejor doctrina penitenciaria ha distanciado los conceptos de régimen de vida y tratamiento considerando el régimen como un simple medio para el tratamiento (78). Podemos definir, por tanto, régimen penitenciario como el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden de los establecimientos penitenciarios, determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso por su condición general de ciudadano del Estado (79). Por el contrario, el concepto de tratamiento penitenciario se configuraría como el conjunto de actividades directamente encaminadas a la consecución de la reeducación y reinserción social del interno (80). La naturaleza jurídica del tratamiento penitenciario ha sido criticada por un sector de la doctrina, al considerarlo un medio excesivamente invasivo para la personalidad del delincuente, o por asociarse exclusivamente con un significado terapéutico o clínico (81). Tales críticas pueden ser tachadas de excesivamente restrictivas, pues utilizan un concepto de tratamiento muy acotado. La correcta concepción de tratamiento penitenciario no abarca exclusivamente las actividades terapéutico-asistenciales, sino también aquellas actividades formativas, educativas, laborales, socio-

---

(76) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 455 y 456.

(77) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 184; PÉREZ CEPEDA, A. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010: 122.

(78) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 191; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 184 y 185; TAMARIT SUMALLA, J. M., et alii, 2005: 134; ZARAGOZA HUERTA, J., 2007: 159 y 160.

(79) GARRIDO GUZMÁN, L., 1989: 59 ss.; NISTAL BURÓN, J., 1995: 137 ss.; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 421 y 422.

(80) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 192; ALARCÓN BRAVO, J., 1978-1979: 13-42; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 535.

(81) MAPELLI CAFFARENA, B., 1989: 139 ss.; MUÑOZ CONDE, F., 1994: 199 ss.; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 257; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 538.

culturales, etc., realizadas por los internos (82). Al respecto, debe entenderse como finalidad principal del tratamiento penitenciario la pretensión de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como subvenir sus necesidades; asimismo, en la medida de lo posible, se internará desarrollar en los internos una actitud de respeto hacia sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general (83).

d) *Régimen disciplinario*: De conformidad con lo expuesto en la regla 27 de las RMTR, las medidas tendentes al mantenimiento de la disciplina en las prisiones no deben agravar el sufrimiento inherente a la privación de libertad ambulatoria del interno. Los principios mínimos del régimen sancionador penitenciario se encuentran contenidos en las reglas 56 a 64 de las RMTR y en las Reglas Mandela 36 y siguientes. En el Conjunto de Principios se expone, asimismo, que el recluso tendrá derecho a que le escuchen antes de imponer cualquier sanción disciplinaria y al examen de las medidas sancionadoras por una autoridad superior (principio 30). Quedan terminantemente prohibidas las sanciones disciplinarias corporales, el encierro en celda oscura (incomunicación absoluta, privación de la luz, etc.), así como todas aquellas que puedan considerarse torturas, tratos degradantes e inhumanos, así como el uso de medios de coerción (esposas, grillos, etc.) dentro del régimen disciplinario de un centro penitenciario.

Tal y como escribe en su monografía sobre el régimen disciplinario penitenciario Renart García, el concepto de disciplina ha sido redefinido por posturas doctrinales más modernas que abandonan su significado más radical: sometimiento, respeto, sumisión del interno, etc. Así, actualmente podemos definir régimen disciplinario penitenciario al mecanismo jurídico que, a través de la imposición de sanciones (graduadas desde muy graves a faltas leves) a aquellos internos que infringen determinadas normas de conducta establecidas por el Ordenamiento, persigue que se alcance una convivencia ordenada, que se garantice la seguridad y el buen orden regimental de los establecimientos penitenciarios y que se estimule el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los internos (84). Desde el punto de vista normativo, denominamos régimen disciplinario a aquel

---

(82) ALARCÓN BRAVO, J., 1978-1979: 28; ZARAGOZA HUERTA, J., 2007: 119, nota al pie 328; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 313; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2010: 155; MIR PUIG, C., 2012: 68.

(83) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 193; TAMARIT SUMALLA, J. M., et alii, 2005: 257; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 538 ss.

(84) TÉLLEZ AGUILERA, A., 19982: 169; RENART GARCÍA, F., 2002: 39 y 40.

conjunto de normas que regulan las infracciones que los internos pueden cometer derivadas del acatamiento de las normas de régimen interno y de las sanciones que pueden imponerse por la comisión de esas infracciones disciplinarias, con la finalidad de garantizar la seguridad y la consecución de una ordenada convivencia (85). La finalidad principal del régimen disciplinario es el control y mantenimiento del orden dentro de un establecimiento penitenciario; sin embargo, no por ello debe renunciar a los objetivos reformadores exigibles en un Estado social y Democrático (86). Entre las sanciones propias del régimen disciplinario penitenciario destaca, por el especial gravamen para los derechos y libertades del interno, la sanción de aislamiento en celda (87). El principio 7 de los PBTR precisa que se intentará abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria. Por su parte, el CcT ha entendido como una modalidad de tortura el aislamiento en celda cuando las condiciones y el espacio donde tiene lugar son especialmente severas.

*e) Beneficios penitenciarios* (88): La regla 70 de las RMTR deja en manos de los Estados el establecer un sistema de privilegios que sirva para alentar a la buena conducta de los internos, desarrollar su sentido de la responsabilidad y buscar su cooperación (de manera similar en las Reglas Mandela 95).

Siguiendo a Sanz Delgado, es necesario señalar que «el término beneficios penitenciarios se ha interpretado de variadas formas en consonancia con la legislación penal y penitenciaria de cada momento, desde sus primeras acepciones que los reconducían a las tradicionales recompensas penitenciarias, por cuanto suponían una mejora objetiva en las condiciones de vida del recluso» (89). Desde una perspectiva amplia, los beneficios penitenciarios pueden definirse como aquellas medidas de acortamiento de la condena privativa de libertad o reducción del tiempo de internamiento (90). A pesar de que la doctrina no se muestra pacífica en cuanto a su conceptualización, como concesiones graciosas o verdaderos derechos subjetivos, la mayor parte de los

---

(85) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 284; PÉREZ CEPEDA, A. I., y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010: 137 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., et alii, 2005: 216-218; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 205 ss.; MIR PUIG, C., 2012: 202; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NIS-TAL BURÓN, J., 2012: 501 ss.

(86) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 121 ss.; RENART GARCÍA, F., 2002: 43.

(87) RENART GARCÍA, F., 2002: 165 ss.

(88) MILLA VÁSQUEZ, 2016.

(89) SANZ DELGADO, E., 2007: 19.

(90) SANZ DELGADO, E., 2007: 15.

autores se inclinan por la segunda naturaleza jurídica (91). Los beneficios penitenciarios tienen una finalidad motivadora muy importante, pues constituyen el estímulo clave para lograr aquella convivencia ordenada en la que deben desenvolverse todas las actividades penitenciarias (92). Se plantean, de este modo, dos finalidades complementarias y consecutivas: la reeducación y reinserción social como fin último y primordial de todo sistema penitenciario, y el estímulo e incentivo que promueve la voluntad de los internos de iniciarse y perseverar en la participación en los programas individualizados de tratamiento (93). Aunque algunos autores entienden un concepto amplio de beneficios penitenciarios, en los que se incluiría la libertad condicional (94), la doctrina mayoritaria parece inclinarse por una interpretación más sistemática y limitada (95). Así, se considerarían beneficios penitenciarios a las siguientes figuras jurídicas: el indulto particular penitenciario, el adelantamiento de la libertad condicional, y la redención de penas por el trabajo.

f) *Establecimientos penitenciarios*: Los edificios dedicados a la ejecución de las penas privativas de libertad reciben el nombre de establecimientos o centros penitenciarios. «Los establecimientos penitenciarios constituyen el marco real (96) de la ejecución penitenciaria, el lugar donde se van a desarrollar la vida de los internos, sus actos regimentales, sus relaciones familiares, sus actividades de tratamiento, ocupacionales, formativas, etc., su arquitectura y sistemas de seguridad vendrán determinados por los distintos regímenes penitenciarios y grados de tratamiento (97). Un centro penitenciario es una unidad, con una base arquitectónica y administrativa, con un modelo organizativo propio, que cumple con los fines asignados a la pena privativa de libertad y da asistencia a los internos ingresados en el mismo (98). La configuración y distribución interna de estos establecimientos se encuentra en función de los objetivos regimentales y de tratamiento, destinados a la convivencia ordenada y la resocialización de los reclusos, en lo que se ha venido a denominar *arquitectura peni-*

---

(91) RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 275; SANZ DELGADO, E., 2007: 23

(92) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 141; el mismo, 1989: 239.

(93) SANZ DELGADO, E., 2007: 24.

(94) BUENO ARÚS, F., 1989: 51 ss.

(95) TÉLLEZ AGUILERA, A., 19982: 68; SANZ DELGADO, E., 2007: 22.

(96) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 42; ZARAGOZA HUERTA, J., 2007: 59.

(97) NISTAL BURÓN, J., 1995: 180.

(98) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 284; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 293 y 294.



*tenciaria* (99). Las normativas internacionales citadas en los anteriores epígrafes regulan las condiciones estructurales mínimas, así como los recursos esenciales con los que deben contar los establecimientos penitenciarios (reglas 9 y 10 RMTR, las Reglas Mandela se refieren a las condiciones mínimas del alojamiento en su regla 12).

Según García Valdés, un centro penitenciario moderno está basado en dos ideas esenciales: la construcción en horizontal y la celda individual (100). El segundo de los requisitos (uno de los más incumplidos en términos estrictos) es el llamado *principio celular*: una celda/un interno. A pesar de la preocupación del CDH por el problema del *hacinamiento* penitenciario (101), se han establecido algunas excepciones que flexibilizan este principio celular: cuando se recurra a dormitorios, estos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Asimismo, las celdas deberán satisfacer unas mínimas condiciones de higiene, volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación. Sin embargo, no debe confundirse la grave problemática del *hacinamiento penitenciario* (masificación de las prisiones) con la flexibilización, a veces necesaria, del principio celular estricto, pues en ocasiones las relaciones de convivencia entre los internos pueden redundar en beneficio de su rehabilitación social. Este es el caso de los modernos *módulos de respeto*, donde, en palabras de Sanz Delgado, la convivencia ordenada deja paso a la convivencia educada (102).

En la construcción de las distintas dependencias de un centro penitenciario debe prestarse atención a todas las actividades que desarrolla el interno, desde el ya comentado servicio de dormitorio individual, hasta enfermerías, escuelas, bibliotecas, instalaciones recreativas y deportivas, talleres, patios, zonas comunes, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamentos de información exterior, etc.

Otro de los principios clásicos que informan tanto el régimen como la organización de todo centro penitenciario es el denominado *principio de separación*. Así, las personas reclusas en prisión preven-

---

(99) TÉLLEZ AGUILERA, A., 19981: 137 ss.; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 111.

(100) GARCÍA VALDÉS, C., 1982: 61.

(101) Defensoría del Pueblo de Colombia, Análisis 2003 sobre el hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia, 2003; Defensoría del Pueblo de Colombia, Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia, 2003.

(102) SANZ DELGADO, E., 2008. Al respecto, también véase Dirección General de Instituciones penitenciarias, 2007; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2014: 436 ss.

tiva deben estar separadas de las condenadas (art. 10.2.a PIDCP, reglas 8.b y 85.1 RMTR, principio 9 del Conjunto de Principios, regla 11 Reglas Mandela), los menores de 18 años de los adultos (art. 10.2.b PIDC, art. 37.c CDN, reglas 13.4 Reglas de Beijing, y en la regla 26 RMPL), y las mujeres de los hombres (art. 8.a).

Este principio de organización de la vida en los centros penitenciarios por grupos conlleva, lógicamente, una determinada distribución en secciones o *módulos* (regla 68 RMTR). Esta estructuración modular entronca con el sistema progresivo y de individualización científica, de tal modo que a cada sección se destinaran unos u otros reclusos dependiendo de su clasificación (regla 8 RMTR, Reglas Mandela 11 y, con mayor detalle, véase el apartado 6 II. Reglas aplicables a categorías especiales).

Actualmente, los centros penitenciarios más modernos siguen esta arquitectura modular y constituyen verdaderas «ciudades penitenciarias» denominadas centros *prototipo* (103) o centros *polivalentes*. Los establecimientos polivalentes responden a un reciente concepto de centros penitenciarios, como infraestructuras autónomas y autosuficientes donde existen diversos módulos (normalmente entre doce y catorce) y departamentos para la separación interior de internos, dependiendo del régimen de vida al que estén sometidos por su grado penitenciario.

g) *Personal penitenciario*: el Código de Conducta establece que, en el desempeño de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana, y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas (art. 2). Los PBTR precisan que el personal encargado de las prisiones cumplirá sus obligaciones de conformidad con su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad (principio 4). Por otra parte, las RMTR establecen que el personal penitenciario deberá cumplir con sus obligaciones en toda circunstancia, de manera que su ejemplo inspire respeto y ejerza una influencia beneficiosa en los reclusos (regla 48). En la misma normativa citada se establece la necesidad de que el personal penitenciario tenga una dedicación exclusiva como funcionarios profesionales (regla 46.1 RMTR), con la condición de empleados públicos y estabilidad laboral. Asimismo, también deberán recibir una remuneración adecuada a sus labores, con el fin de conservar los servicios de hombres y mujeres capaces (regla 46.3 RMTR) y evitar la corrupción en los establecimientos penitenciarios. Los funcionarios

---

(103) LÁRRAGA MARTÍNEZ, S., 1995: 213-230; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 126 ss.

responsables de la vigilancia de los internos deberá estar convenientemente formado y contará con los especialistas necesarios para el buen curso de la convivencia en el establecimiento y la garantía de los derechos de los reclusos y reclusas (reglas 47 y 49 RMTR, principio 18 PBTR). Las mismas prerrogativas pueden encontrarse en las Reglas Mandela (74-82).

La administración penitenciaria no podrá discriminar a las mujeres en cuestión de contratación, empleo, capacitación, ascensos, sueldo y demás cuestiones profesionales y administrativas, por lo que serán contratadas para asegurar la representación equitativa de la comunidad y protección de los derechos de las reclusas (art. 8.9 Código de Conducta). En las RMTR también se indica que en los establecimientos o unidades mixtas, donde convivan internos de ambos sexos, la sección de mujeres tiene que estar bajo la dirección de un funcionario femenino responsable. Asimismo, la vigilancia de las reclusas será ejercida exclusivamente por funcionarias (regla 53 RMTR; Reglas Mandela 81).

*h) Intervenciones y límites.* Como ya se ha expresado *supra*, el condenado a la pena privativa de libertad estará sometido a una serie de limitaciones inherentes a su internamiento en un centro penitenciario. La más evidente de ellas incide directamente en su libertad de movimientos o libertad ambulatoria. Aunque desde la perspectiva internacional se intenta garantizar el disfrute del resto de derechos del penado y minimizar la incidencia del ámbito carcelario en sus libertades, lo cierto es que el interno en un establecimiento penitenciario se encuentra sometido a un determinado régimen de vida. La clasificación en un determinado régimen de vida dentro de la prisión, el tratamiento individualizado y factores como la peligrosidad del interno pueden imponer, por tanto, algunas restricciones al ejercicio de los derechos del recluso (104).

También la propia seguridad y orden de convivencia del centro podrán suponer la suspensión de algunos derechos de los reclusos, si bien, como matiza García Valdés, tales derechos son aquellos de carácter estrictamente penitenciario (105).

Partiendo de esta premisa, el régimen de vida en el que haya sido clasificado el interno afectará a la libre distribución de su tiempo, así como su vinculación y contacto con el exterior de la prisión y limitará algunos de sus derechos fundamentales: la libertad de expresión, la

---

(104) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 156; RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011: 44.

(105) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), 2001: 156.

libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación y sindicación, la libertad sexual, sin contar con el ejercicio de otros derechos civiles, económicos y familiares (106).

Sin embargo, que tales derechos se encuentren limitados por la propia naturaleza del encierro consecuencia del delito no significa que puedan ser completamente anulados. En consecuencia, la conclusión lógica es que los derechos fundamentales de los reclusos solo podrán ser limitados cuando dicha restricción sea inherente a la propia privación de libertad.

En opinión de Cesano toda restricción de los derechos fundamentales de los reclusos debe quedar subordinada a dos principios limitativos de la actividad del legislador: el de proporcionalidad, y el de preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales reconocidos (107).

La justificación de las limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos ha sido encuadrada dentro de la llamada *relación de especial sujeción del interno a la Administración Penitenciaria*. Según esta especial relación, el interno se encuentra en régimen de dependencia respecto a un fin específico de la Administración pública que se añade a la relación de dependencia jurídica individuo/Estado (108). La idea de la relación de especial sujeción ha sido muy criticada por un sector de la doctrina, que la considera asociada a una concepción absolutista de Estado y cuestiona la posibilidad, introducida por esta tesis, de una limitación de los derechos de la persona que no tenga rango de ley como ocurre en algunos casos en la aplicación del régimen disciplinario en prisión (109).

Partiendo de lo anteriormente expuesto, algunos derechos fundamentales de los reclusos se verán limitados. Así, por ejemplo, el derecho a la vida e integridad física ha sido invocado ante la alimentación forzosa de los reclusos que se manifiestan en huelga de hambre; sin embargo, el derecho a la vida no incluye el derecho a prescindir de ella, por lo que éste prima ante el derecho de protesta de los reclusos y se encuentra justificado conforme a las reglas del estado de necesidad (110).

---

(106) BUENO ARÚS, F., 1987: 18; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 358.

(107) DANIEL CESANO, J., 2010: 62.

(108) TAMARIT SUMALLA, J. M., et alii, 2005: 77; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., 2012: 345.

(109) MAPELLI CAFFARENA, B., 1993: 325 y 326; TÉLLEZ AGUILERA, A., 1998: 21 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., et alii, 2005: 77.

(110) REVIRIEGO PICÓN, F., 2010: 203; GARCÍA VALDÉS, C., 1975:; y también, 1995: 22.

En lo referente al derecho a la intimidad, la afectación que conlleva la propia reclusión lo reduce hasta casi el ámbito de la vida interior del recluso (registros e inspecciones, celdas compartidas, etc.). No obstante, los reclusos pueden disfrutar de las manifestaciones genéricas de este derecho: alojamiento preferentemente en celdas individuales, comunicaciones con sus familiares, protección de datos personales, etc.

De manera conexas al derecho a la intimidad, también existen importantes limitaciones al secreto de las comunicaciones: incomunicación judicial, suspensión o intervención de las mismas por razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento (111). Del mismo modo, el derecho a la información de los reclusos puede ser limitado, en función de las exigencias del tratamiento y de seguridad del establecimiento, prohibiendo la lectura de determinados libros, revistas o el visionado de programas de televisión.

El pleno desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva debe quedar garantizado para presos y penados, permitiéndoseles efectuar recursos ante las resoluciones que les atañen. Del mismo modo, el derecho a la educación quedará recogido dentro del alcance del propio tratamiento penitenciario orientado a la reeducación y reinserción social del penado.

Una vez abolidos los trabajos forzados, el derecho al trabajo del interno queda recogido, como anotábamos *supra*, como un derecho prestacional y deber de los internos, orientado a los fines de reinserción social.

Respecto a la queja ante la autoridad judicial es necesario destacar la figura del *Juez de Vigilancia Penitenciaria*. La figura del *Juez de Vigilancia Penitenciaria* español, desconocida en muchos de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos –con excepción de los *Tribunais de Execução das Penas* portugueses, aunque con competencias exclusivamente consultivas (112)–, tiene su fundamento en la concepción del penado como persona titular de derechos. Se trata de un órgano jurisdiccional independiente con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas, siendo el encargado del mantenimiento de la legalidad ejecutiva al convertirse en salvaguarda de los derechos de los internos frente a los posibles abusos de la Administración (113). Por tanto, como ya advirtiera García Valdés, una de las principales misiones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria será frecuentar periódicamente

---

(111) REVIRIEGO PICÓN, F., 2010: 222 ss.

(112) BELEZA DOS SANTOS, J., 1956: 310 ss.; y también, 1966: 122 ss.

(113) ALONSO DE ESCAMILLA, A., 1985: 21.

los establecimientos penitenciarios y comprobar si se ejecutan puntualmente las disposiciones legales en lo concerniente al cumplimiento de las sanciones privativas de libertad (114).

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÓN BRAVO, J.: «El tratamiento penitenciario», en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 2, Madrid, 1977-1978.
- «La clasificación penitenciaria de los internos», en *Poder Judicial*, Núm. Extra 3, Madrid, 1988 (Ejemplar dedicado a: Vigilancia penitenciaria).
- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Civitas, Madrid, 1985.
- ASTROZA SÚAREZ, P. y RUDNICK VIZCARRA, C.: «Hacia un marco general de análisis de los Derechos fundamentales de los reclusos», en Daniel Cesano, J., y Reviregio Picón, F. (Coords.): *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. BdF, Buenos Aires, 2010.
- BENTHAM, J.: *El Panóptico*. La piqueta, Madrid, 1979.
- BUENO ARÚS, F.: «La dimensión jurídica de la pena de prisión», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XL, Madrid, 1985.
- «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1, Madrid, 1989.
- BELEZA DIOS SANTOS, J.: «El Juez de Ejecución de las Penas en Portugal», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Núm. 122, Madrid, 1956.
- «Os Tribunais de Execução das penas em Portugal», en *Revista de Estudos Penitenciarios*, Madrid, 1966.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *La Corte Penal Internacional*. Dykinson, Madrid, 2002.
- CADALSO, F.: Suplemento al Diccionario de Legislación Penal Procesal y de Prisiones (1896-1908). José Góngora Álvarez, Madrid, 1908.
- CÁMARA ARROYO, S.: «Internamiento de menores: criterios de ejecución penal y nuevos modelos de justicia en el ámbito internacional y europeo», en *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 14, 2010.
- «La finalidad educativa de los centros de internamiento de menores: el hospicio como antecedente», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Núm. 3, 2010.
- *Internamiento de Menores y Sistema Penitenciario*. Ministerio del Interior, Madrid, 2011<sub>1</sub>.
- «El internamiento de las menores infractoras en España», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, Núm. 4, 2011<sub>2</sub>.
- «La libertad religiosa de las personas privadas de libertad: marco internacional, europeo e iberoamericano», en Rodríguez Blanco, M. y González Ayes-ta, J. (Dir.): *Religión y Derecho Internacional*. Comares, Granada, 2013.

---

(114) GARCÍA VALDÉS, C., 1981: 154; el mismo: 1982: 241.

- CÁMARA ARROYO, S.: «Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LXVIII, 2015.
- CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La prisión permanente revisable: el Ocaso del Humanitarismo penal y penitenciario*. Aranzadi, Pamplona, 2016.
- CASALS FERNÁNDEZ, A.: *La prisión permanente revisable*. BOE, Madrid, 2019.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho penitenciario*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Derecho penitenciario*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- CALVET BAROT, G.: «La cárcel y el derecho a la salud: el diseño y la legitimación de una vulneración permanente», en Rivera Beiras, I. (Coord.): *Tratamiento penitenciario y Derechos Fundamentales*. Bosch, Barcelona, 1994.
- CUELLO CALÓN, E.: *La Moderna penología (represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Bosch, Barcelona, 1958 (reimpresión 1974, por la que se cita).
- DANIEL CESANO, J.: «Limitaciones al legislador y al poder administrador», en Daniel Cesano, J., y Reviregio Picón, F. (Coords.): *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. BdF, Buenos Aires, 2010.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *El trabajo penitenciario resocializador*. San Sebastián, 1982.
- «Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario», en *Lecciones de Derecho penitenciario*. Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.
- «Cárcel y actividad laboral: el Derecho de los presis a un trabajo penitenciario resocializador», en *Derecho penitenciario y Democracia*. Fundación el Monte, Sevilla, 1994.
- «El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español», en *Derecho penitenciario. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 1995.
- DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: *Módulos de Respeto. Módulos penitenciarios para la mejora de la convivencia*. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2007.
- FERNANDES, JEAN M.: *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus justicia universal*. Temis, Ubijus, Reus, Zavalía, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho penitenciario*. 2.ª Ed., Thompson Aranzadi, Pamplona, 2012.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Ministerio del Interior, Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «El Derecho penitenciario. Concepto», en Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo VI. Derecho penitenciario*. Iustel, Madrid, 2010.
- FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI, Madrid, 1975 (edición en castellano de 1981, por la que se cita).

- GARCÍA-BORÉS, P. (Dir.) *et alii.*: *La Cárcel en el entorno familiar*. Quaderns de Barcelona, Ciutadania i Drets. Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Barcelona, 2006.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario de España (investigación histórica y sistemática)*. Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid, 1975.
- *La nueva penología*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Madrid, 1977.
- *Introducción a la penología*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.
- *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Civitas, Madrid, 1982 (reimpresión de 1995, por la que se cita).
- *Teoría de la pena*. Tecnos, Madrid, 1987; García Valdés, C.: «La prisión, ayer y hoy», en *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- «Principios de teoría del delito», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, Vol. IV, 1995.
- «Una nota acerca del origen de la prisión», en García Valdés, C. (Dir.): *Historia de la Prisión. Teorías economicistas. Crítica*. Edisofer, Madrid, 1997.
- GARRIDO GUZMÁN, L.: *Compendio de Ciencia penitenciaria*. Universidad de Valencia, Valencia, 1976.
- «Régimen penitenciario», en *Lecciones de Derecho penitenciario*. 2.<sup>a</sup> Ed., Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M.: *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea hacia una futura política común*. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GRAMSCI, A.: *Escritos. Antología*. Alianza editorial, Madrid, 2017.
- IGUALADA TOLOSA, C.: «La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones», en *bie3: Boletín I. E. E. E.*, Núm. 8 (octubre-diciembre), 2017.
- IGNATIEFF, M.: «Stato, società civile ed istituzioni total: una crítica delle recenti storie social della pena», en SANTORO, E.: *Carcere e società liberale*. 2.<sup>a</sup> Ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, publicado originalmente en TONRY, M., y MORRIS, N. (Eds.): *Crime and Justice: An Annual Review of Research*. Vol. 3, University of Chicago Press, Chicago, 1981.
- LÁRRAGA MARTÍNEZ, S.: «Consideraciones sobre el nuevo centro penitenciario prototipo (Zuera, el caso aragonés)», en *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud*, Núm. 3, Fascículo 2, Calatayud, 1995.
- LÓPEZ MELERO, M.: «Consideración de los presos como sujetos de derechos fundamentales», en *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, Núm. 7, 2011.
- *Los Derechos fundamentales de los reclusos*. Edisofer, Madrid, 2015.
- «Futuros terroristas: proceso de socialización», en *La ley Penal*, Núm. 135, 2018.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: «Sistema progresivo y tratamiento», en *Lecciones de Derecho penitenciario*. Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.
- «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Núm. 8, 2006.
- MARX, K.: *El capital. Antología*. 7.<sup>a</sup> Reimpresión. Alianza editorial, Madrid, 2018.



- MELOSSI, D., y PAVARINI, M.: *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (siglos XVI-XIX). Siglo XXI, Madrid, 1977 (edición en castellano de 1980, por la que se cita).
- MERINO SENOVILLA, H., y Chamizo de la Rubia, J.: «Derechos fundamentales y prisión desde la perspectiva de los Defensores del Pueblo», en De Castro Antonio, J. L., y Segovia Bernabé, J. L. (Dir.): *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Tratamiento Penitenciario*. CGPJ, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, C.: *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. 2.ª Ed., Atelier, Barcelona, 2012.
- MILLA VÁSQUEZ, D. G.: *Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. Historia, teoría y praxis*. Grijley, Lima, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F.: «El tratamiento penitenciario», en *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación el Monte, Sevilla, 1994.
- NEUMAN, E.: *Prisión abierta Una nueva experiencia penológica 2a. ed., reestructurada y ampliada con un estudio*. Depalma, Buenos Aires, 1984.
- NISTAL BURÓN, J.: «El Régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción», en *Derecho penitenciario. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 1995.
- NUÑEZ, J. A.: *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria*. Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2014.
- «¿Humanismo penitenciario o prisión fábrica? debates en la historiografía penitenciaria sobre el pasado (y el presente) de las prisiones españolas», en *e-SLegal History Review*, Núm. 19, 2015.
- PÉREZ CEPEDA, A. I., y FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «El régimen penitenciario», en Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo VI. Derecho penitenciario*. Iustel, Madrid, 2010.
- RAMOS VÁZQUEZ, I.: *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*. Ministerio del Interior, Madrid, 2007.
- *La reforma penitenciaria en la Historia contemporánea española*, Dykinson, Madrid, 2014.
- «El sistema de reformatorio (*reformatory system*). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVIII, 2015.
- REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. & VICENTE, A.: «Yihadismo y prisiones: un análisis del caso español», en *Análisis del Real Instituto Elcano*, Núm. 123, 2018.
- REMOTTI CARBONELL, J. C.: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003.
- RENART GARCÍA, F.: *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*. Universidad de Alicante, Alicante, 2002.
- RENDUELES, C.: «Introducción», en MARX, K.: *El capital*. Antología. 7.ª reimposición. Alianza editorial, Madrid, 2018.
- RIVERA BEIRAS, I.: «La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)», en Bergalli, R. (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2009.

- RODRÍGUEZ ALONSO, A., y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A.: *Lecciones de Derecho penitenciario*. 4.<sup>a</sup> Ed., Comares, Granada, 2011.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M.: *La libertad religiosa en centros penitenciarios*. Ministerio del Interior, Madrid, 2008.
- RUSCHE, G., y KIRCHHEIMER, O.: *Punishment and social structure*. New York, 1968.
- SACRISTÁN, M. y RENDUELES, C.: «Glosario», en GRAMSCI, A.: *Escritos. Antología*. Alianza editorial, Madrid, 2017.
- SALADO OSUNA, A.: «I. Panorama Internacional», en Escobar Roca, G. (Dir.): *V Informe FIO sobre Derechos Humanos: Sistema penitenciario*. Trama, Madrid, 2006.
- SALILLAS, R.: Anuario Penitenciario Administrativo y Estadístico, Año Natural de 1888, ejercicio económico de 1888-89, Primer Año, Romero y Guerra Hermanos, Madrid, 1889.
- «La organización del presidio correccional de Valencia», en *Revista Penitenciaria*, Año III, Tomo III, Eduardo Arias, Madrid, 1906.
  - Evolución penitenciaria en España, Tomo I, Analecta, Madrid, 1999 (Reimp. de la ed. de Madrid, Imp. clásica española, 1919).
- SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas*. Edisofer, Madrid, 2000.
- «Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Año LI, Tomo LII, Fascículo único, Madrid, 2002.
  - *El Humanitarismo penitenciario español*. Edisofer, Madrid, 2003.
  - «Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, LVI, Madrid, 2004.
  - «La reinserción social entre rejas: alternativas laborales. Dos ejemplos de preadaptación», Ponencia impartida en la Universidad de Cádiz, 2008 (disponible *online* en [www.uac.es](http://www.uac.es)).
  - «La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones», en *La Ley Penal*, Año VI, Núm. 56, Madrid, 2009.
- SEGLERS, A.: *Prisiones y libertad religiosa análisis del nuevo régimen jurídico (estatal y autonómico) de la libertad religiosa penitenciaria*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- SELLIN, J. T.: *Pionnering in Penology. The Amsterdam Houses of Correction in the Sixteenth Centuries*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1944.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., y SAPENA GRAU, F.: *Curso de Derecho penitenciario*. 2.<sup>a</sup> Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones derecho y realidad*. Edisofer, Madrid, 1998-1.
- *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio Jurídico*. Edisofer, Madrid, 1998-2.
  - *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*. Edisofer, Madrid, 2006.
- TERCERO ARRIBAS, F.: «Los sistemas penitenciarios norteamericanos», en García Valdés, C. (Dir.): *Historia de la Prisión. Teorías economicistas. Crítica*, 1997.

- VAN DER SLICE, A.: «Elizabethan Houses of Correction», en *Jornual of Criminal Law and Criminology*, Vol. XXVII, Nothwestern Univesity, mayo-junio, Pennsylvania, 1936.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Derecho penal juvenil europeo*. Dykinson, Madrid, 2006.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M. D. (Eds.): *Derecho penal Juvenil*. 2.<sup>a</sup> Ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- VON HENTIG, H.: *La pena II. Las formas modernas de aparición*. Espasa-Calpe, Madrid, 1968.
- VON HIPPEL, R.: «Zur Geschichte des Werund Zuchthauses zu St. Annen», en *Mitteilungen des Vereins für Lübeckische Geschichte un Altertumskunde*, Vol. VIII, 1897.
- «Veiträge zur Geichichte der Freiheitsstrafe», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. XVIII, 1898.
- ZARAGOZA HUERTA, J.: *Derecho penitenciario español*. Elsa G. de Lazcano, México, 2007.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «El tratamiento penitenciario», en Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo VI, Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2010.

# Situación penitenciaria en España durante la transición

ANTONIO ANDRÉS LASO

Doctor en Derecho. Jurista de II.PP.  
Profesor Asociado de la Universidad de Valladolid.

## RESUMEN

*El sistema penitenciario español constituye un referente internacional en materia de ejecución penal. La norma que lo ha posibilitado, en cumplimiento del precepto constitucional establecido en el artículo 25.2 de la Carta magna, la Ley Orgánica General Penitenciaria, cumple 40 años desde su elaboración. De las condiciones sociales, económicas, ideológicas y políticas que concurrían en los años de la Transición a la democracia y de la realidad jurídico-penal, criminológica y penitenciaria que la contextualizan, trata el presente trabajo. Más allá de la descripción y del análisis de esta etapa apasionante de la reciente historia de España, el artículo rinde homenaje a las inigualables personalidades que hicieron posible la democratización de nuestras cárceles, lo que constituye un motivo de orgullo por el pasado y un estímulo para seguir progresando en el futuro.*

Palabras clave: *Prisión, Derecho penitenciario, Ley Orgánica General Penitenciaria, Reforma penitenciaria, Ejecución penal, Transición democrática.*

## ABSTRACT

*The Spanish prison systems is a benchmark in penal executions. The norm that, fulfilling the constitutional precepts established in the article 25.2 of the Carta Magna, has allowed it; the Spanish Penitentiary Act, which was written 40 years ago. Including the social and economic conditions, ideologies and policies that competed during the Transition to democracy and the legal-penal system, the criminology and the penitentiary that contextualize it, this project is about. Beyond the description and*

*analysis of this stage in the recent Spanish history, this article pay tribute to those unique prominent people who made possible that democracy entered in our prisons, what constitutes a source of pride for what we achieved and a stimulus to keep on moving forward.*

Key words: *Prison system, Penitentiary Law, Spanish Penitentiary Act, Prison Reform, Penal Enforcement, Spanish Democratic Transition.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Cambio político.–III. Situación económica.–IV. Legislación penal y procesal penal.–V. La realidad penitenciaria.–VI. Crisis del tratamiento.–VII. Índices de delincuencia.–VIII. Conclusiones.–IX. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Con preocupante frecuencia, medios de comunicación nacionales y extranjeros publican noticias impactantes que revelan la intolerable realidad penitenciaria existente en numerosos países. En el ámbito interno, los miembros de la Fundación +34, cuya finalidad principal es ayudar a los españoles encarcelados en otros países, intentando que no sientan el desamparo y la soledad durante su reclusión, son testigos directos de las tremendas condiciones que soportan y que reduce su existencia a una mera supervivencia en condiciones indignas. No se trata de un problema económico o de desarrollo; en las zonas más prósperas del planeta las informaciones son también desalentadoras. Tampoco estamos ante una cuestión de opciones políticas enfrentadas; se trata de alcanzar unos ideales comunes de dignidad, libertad y justicia para todos los seres humanos.

Con la perspectiva que ofrece el tiempo, en este sentido y en muchos otros, afirmamos que España ha superado con éxito los retos planteados, cumpliendo con rigor cuantas exigencias establece la Comunidad internacional respecto al trato que se ha de dispensar a las personas privadas de libertad y, por ende, en el respeto a los derechos humanos.

El 20 de noviembre de 1975, con el fallecimiento del dictador Franco, finalizó un periodo dramático en nuestra historia y se abrió uno nuevo, lleno de ilusiones y anhelos, también de dudas y de sombras: la Transición política de un régimen autoritario a una incipiente

democracia. Y es en este momento donde se sentaron las bases del sistema penitenciario actual.

## II. CAMBIO POLÍTICO

La entronización del Rey Juan Carlos I inicia una etapa marcada políticamente en su inicio por los años de gobierno de un conglomerado de partidos bajo la presidencia de Suárez González (1) (quien en julio de 1976 sucede en el cargo a Arias Navarro) y las siglas de Unión de Centro Democrático. Está caracterizada por el acometimiento de un conjunto complejo de reformas inaplazables para la configuración de España como un Estado de Derecho homologable a los de su entorno cultural, político y geográfico. Se requería reconocer los derechos políticos y las libertades públicas, que eran seña de identidad de Occidente, en un contexto mundial de pervivencia del totalitarismo soviético y la división del planeta entre los países de su órbita (bajo el Pacto de Varsovia) y las democracias avanzadas (integradas en el Tratado del Atlántico Norte). Ejemplos de estos avances fueron la aprobación de la Ley de reunión, que amparó el ejercicio de las primeras manifestaciones y concentraciones (Ley 17/1976, de 29 de mayo); la regularización de las asociaciones, germen de los partidos políticos (Ley 21/1976, de 14 de junio) o la modificación del Código Penal (Ley 23/1976, de 19 de julio), aprobada tras una tensa tramitación, que afectó al ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación, propaganda ilegal, expresión de ideas y libertad de trabajo (2).

Especial trascendencia y repercusión en el devenir histórico tuvieron algunas de las medidas adoptadas: la amnistía aprobada por Decreto-Ley de 30 de julio de 1976 (con incidencia indirecta en el orden interno de los establecimientos penitenciarios); la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (piedra angular de la Transición), la complicada legalización del Partido Comunista el 9 de abril de 1977; el Decreto-Ley de 8 de febrero de 1977 sobre derecho de asociación política (primera normativa reguladora de los partidos

---

(1) Sobre su figura y contribución a la convivencia pacífica: ABELLA, C. *Adolfo Suárez: el hombre clave de la Transición*, Madrid, 2006. CAMPO VIDAL, M. *Adolfo Suárez. El presidente inesperado de la Transición*, Madrid, 2012. FUENTES, J. F. *Adolfo Suárez: biografía política*, Barcelona, 2011. GARCÍA ABAD, J. *Adolfo Suárez. Una tragedia griega*, Madrid, 2005. MORÁN, G. *Adolfo Suárez: ambición y destino*, Madrid, 2009.

(2) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. «La reciente reforma del Código penal español», *ADPCP* 29, Madrid, 1977, pp. 209-223.

políticos); las normas electorales de marzo (que constituyen el sustrato de la vigente legislación electoral); la liberalización de la seguridad ciudadana férreamente mantenida conforme a las leyes policiales y a la Ley 45/1959, de 30 de julio, creadora de los Tribunales de Orden Público; la marcha hacia la unidad de jurisdicción y el restablecimiento fragmentario pero efectivo de las libertades políticas y laborales. Todas estas reformas se instrumentan técnicamente en normas del mayor rango, del más alto valor político y jurídico, investidas con la más enérgica pretensión de validez.

Se ha hablado de la existencia de una decisiva generación del S.E.U. (Sindicato Español Universitario) que, en los últimos años de la dictadura, se integró por un destacado grupo de reformistas que conquistaron diversas cotas de poder. Sus miembros propugnaron una profunda transformación de las estructuras socioeconómicas y culturales con el fin de democratizar la vida pública a través del pluralismo ideológico y hacer así posible el ejercicio de la libertad (3). Después de Franco solo cabía Europa y la democracia. Pretendieron alcanzar los objetivos sin producir una ruptura del Estado que justificase una reacción por parte de las fuerzas conservadoras, todavía importantes, o la revancha de grupos de izquierda. Hubo continuidad entre las llamadas Leyes Fundamentales del Reino (Ley de Principios Fundamentales del Movimiento, Fuero de los Españoles, Fuero del Trabajo, Ley Orgánica del Estado, Ley Orgánica del Movimiento y su Consejo Nacional, Ley de Sucesión, Ley de Constitución de las Cortes, Ley de Referéndum Nacional) y el nuevo orden democrático que se pretendía crear. Con tal fin se aplicaron con rigor las llamadas «cláusulas revisoras» que contenían dichas leyes, con lo que no hubo ruptura (4). Estas Leyes, llamadas fundamentales, quisieron dotar al Estado de la apariencia de un Estado de derecho. Sin embargo, desde todas las perspectivas jurídicas –también la penal– constituían un sistema arbitrario donde la seguridad jurídica tenía un carácter meramente formal y las garantías contempladas eran precarias o superficiales (5).

La idea de Transición, como espíritu inspirador de todas las modificaciones, quedó plasmada en la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la

---

(3) DE DIEGO GONZÁLEZ, A. *El franquismo se suicidó*, Málaga, 2010. Se reconoce la existencia de una generación de 1956 (año en el que se produjeron importantes disturbios estudiantiles. Entre cuyos miembros destacan Tierno Galván, Aranguren, Ruiz-Giménez y Elías Díaz). ROJO, J. A. «La democracia es argumentar y pactar». Entrevista a Elías Díaz. *El País*, 9 de octubre de 2016, p. 8.

(4) ADÁN GARCÍA, J. M. «La transición y la reforma política en España», Barcelona, 1994, pp. 61-67.

(5) QUINTERO OLIVARES, G. *Represión Penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976, pp. 59-63.

Reforma Política, aprobada por las Cortes franquistas, cuyo proyecto fue sometido a referéndum el 15 de diciembre anterior. Esta norma ha sido considerada un modelo de cambio distinto a otros cambios radicales que trastocaron todas las instituciones y el orden jurídico precedente. No hubo una revolución en el sistema político ni en el ordenamiento jurídico, pero la consagración de la supremacía de la Ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo y la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona que vincula a todos los órganos del Estado constituyeron postulados novedosos en el Sistema político con repercusión en todos los ámbitos del derecho, también en el penal (6).

Se ha resaltado lo limitado de las reformas realizadas. Así, Sánchez Agesta indica que *«En ese momento, por la forma específica en que esa estrategia de reforma se estaba realizando, no se modificaban las demás instituciones. Los Tribunales, la Administración central, las Diputaciones y Ayuntamientos y todas las demás instituciones del orden civil, penal y económico. Incluso habría que añadir que en un principio no se producía un cambio en la misma clase política que había votado en las Cortes la Ley de Reforma, y ni aún en los mismos electores, que votaron el referéndum que aprobó la ley de Reforma con un censo en revisión»* (7).

La Transición se hizo, en terminología ampliamente comentada, «de la ley a la ley», sin quiebra de la cadena de legalidad formal. Si el resultado fue una ruptura con la legitimidad política anterior, la legalidad democrática surgió de la legalidad autoritaria. En este contexto se comenzó a elaborar una verdadera Constitución fruto del acuerdo global frente a la preeminencia de intereses partidistas determinados. Los ponentes constitucionales, destacadas personalidades de los diversos grupos parlamentarios, abordaron y culminaron esta ingente tarea bajo unas premisas claras de reforma de la legislación con el objetivo de consolidar una moderna democracia vista como lejana en aquel momento. Y se diseñó bajo la creación de una posterior necesidad de un amplio consenso para su aplicación y desarrollo, que efectivamente existió, y que desembocó en el refrendo del pueblo en consulta celebrada el seis de diciembre de 1978.

---

(6) VIVES ANTÓN, T. S. «Reforma política y derecho penal». *Cuadernos de política criminal* 1, Madrid, 1977, pp. 73-114. La Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967 contenía algunos preceptos incidentalmente penales. Sobre ello BUENO ARÚS, F. «Aspectos penales de la Ley Orgánica del Estado». *Revista de Estudios Penitenciarios*, 178-179, Madrid, 1967, pp. 445-454.

(7) SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1984, p. 29.



Ha señalado Herrero de Miñón que la Transición fue una reforma ineludible en la medida en que las condiciones objetivas de la sociedad eran tales en la década de los setenta, tras el desarrollo económico de los sesenta, que el Estado autoritario, posible treinta años antes, resultaba anacrónico (8). El cambio político, que enlaza el llamado tardofranquismo con el inicio de la democracia, no surgió ex novo. Es consecuencia del cambio social y de los logros económicos incontestables; constituyó una reforma reivindicada a través de un proceso progresivamente negociado y con resultado pactado. De Carreras ha señalado recientemente: *«En efecto, la Constitución fue elaborada y aprobada por consenso. Esta es una de sus características centrales. Pero, ¿qué significa elaborar una Constitución por consenso? Significa, simplemente, que el método para redactarla consistió en que los acuerdos a los que iban llegando las diversas fuerzas políticas no eran aprobados por una mayoría numérica de votos sino a través de la transacción entre unos y otros grupos, lo que permitía que la redacción final, además de ser votada favorablemente, fuera asumida por todos y todos la pudieran considerar como propia. Sólo así, pensaban, podemos tener, como efectivamente ha sido, una Constitución estable y duradera»* (9).

### III. SITUACIÓN ECONÓMICA

Este cambio de estructuras se produjo en una situación económica caracterizada por la llamada «crisis del petróleo» de 1977 que desencadenó una espiral inflacionista y socavó los cimientos de las finanzas públicas. En pleno cambio político y ante el escenario de alta inflación y elevadas tasas de desempleo, el Gobierno de Suárez se vio forzado a efectuar un duro ajuste basado en la contención salarial y en la disciplina fiscal. Los antecedentes de la crisis económica se han situado en el 6 de octubre de 1973, día del Yom Kipur para los judíos, en el que las tropas de los países árabes vecinos lanzaron una ofensiva a gran escala contra Israel. Tras tres semanas de combates, los israelíes, apoyados por Estados Unidos, lograron restablecer su hegemonía. Esta breve guerra provocó que los países árabes utilizaran el petróleo como arma económica, multiplicándose su precio en muy pocas semanas y poniendo fin a un largo ciclo de crecimiento iniciado

(8) HERRERO DE MIÑÓN, M. *El Valor de la Constitución*, Barcelona, 2003, pp. 1-5.

(9) DE CARRERAS, F. «La experiencia histórica en el momento constituyente», *Revista de Occidente*, 452, Madrid, 2019, p. 17.

con la segunda guerra mundial. A esta crisis global se sumó en España una profunda crisis política y social. Así, el 20 de diciembre del mismo año, moría asesinado en Madrid el almirante Carrero Blanco, Presidente del Gobierno y hombre de confianza de Franco. Estos dos acontecimientos marcaron decisivamente la trayectoria posterior.

Prueba de la gravedad de la situación económica son las cifras de inflación (próximas al 20% en 1976), el enorme desequilibrio de la balanza exterior por cuenta corriente y el creciente déficit del Estado. Siendo Ministro de Economía Fuentes Quintana se firmaron los llamados «Pactos de la Moncloa», acuerdos basados en un ajuste económico a corto plazo sustentado en la contención salarial, una política monetaria restrictiva, la reducción del déficit público y la adopción de un sistema de cambios flotantes para la peseta, con su consiguiente devaluación. Además, se modernizó el sistema fiscal, se aprobó un nuevo marco legal para las relaciones laborales y se liberalizó el sistema financiero (10).

Es el periodo en el que una generación consecuencia del llamado «boom demográfico» subsiguiente al «milagro económico español» –de la década de los sesenta del siglo XX– debía acceder a su primer empleo en un mercado de trabajo claramente deteriorado. En contra de lo ocurrido en los años anteriores, surge una numerosa juventud que va a saturar el sistema penitenciario de las décadas posteriores. Poco tiempo antes Serrano Gómez predijo: «*Todavía no presenta España problema grave en materia de delincuencia juvenil, aunque se viene apreciando en los últimos años un aumento en la criminalidad de su juventud. La relativa tranquilidad que se goza no va a durar demasiado, y dentro de unos años aumentará considerablemente esa delincuencia, tanto en el núm. de delitos cometidos como en la gravedad de los mismos*» (11).

#### IV. LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL PENAL

La legislación punitiva del Estado se articulaba en el texto refundido por el que se aprobó el Código penal de 1973 que, en esencia, contenía los mismos preceptos y tipos que el de 1944. En 1977, Beristain Ipiña

---

(10) GARCÍA VILLAREJO, A. *España ante la actual crisis económica*, Barcelona, 1977, pp. 35-125. GARCÍA DÍEZ, J. A. «La Economía de la Transición Española». *Revista Claves de Razón Práctica*, 18. Madrid, 1991, pp. 32-39.

(11) SERRANO GÓMEZ, A. «Criminalidad de la juventud española». *Revista de Estudios Penitenciarios*, 187, Madrid, 1969, p. 603.

decía: «Actualmente, en la sociedad española, pocos campos presentan tantas interrogaciones, tantas manchas y –paradójicamente– tantas esperanzas como el de la administración de la justicia con sus problemas de violencia, terrorismo, amnistía, subculturas carcelarias, tortura, libertad, anarquía, huelgas de hambre, motines carcelarios, objetores de conciencia, multas a los curas, conferencias prohibidas, manifestaciones apaleadas, catedráticos inhabilitados, etc., etc.». A ello añadía: «En nuestra sociedad industrial y empresarial resulta anacrónico mantener un Código Penal, como el español, sobrecargado de tantas preocupaciones artesanales, pastoriles y ganaderas, pero despreocupado de la protección al consumidor, del derecho a la intimidad, de los delitos económicos, de la polución ambiental, de las multinacionales, de la especulación inmobiliaria, del control y desarrollo de nuevas técnicas de información y propaganda...» (12).

La reforma penal se presentaba como una necesidad ineludible e inaplazable (13) lo que determinó la adopción de modificaciones previas a la aprobación de la Constitución en elaboración y a la promulgación de un nuevo Código que cumpliera y diera protección a los nuevos principios de los Estados sociales y democráticos de derecho (14); norma que entró en vigor en 1996 –casi dos décadas después– tras innumerables reformas y enmiendas del texto de 1973. Tras aprobarse un nuevo Código penal procedería la revisión de la legislación procesal y la relativa a la ejecución de las penas. El orden lógico no se cumplió.

Pese a que en los sectores dominantes de la doctrina existía un claro posicionamiento a favor de la desconsideración de esta respuesta penal, la pena de muerte seguía presente en nuestro Ordenamiento. Los últimos fusilamientos se llevaron a cabo el 27 de septiembre de 1975, poco tiempo antes de la muerte del dictador, entre fuertes muestras en contra protagonizadas por amplios sectores nacionales e internacionales (15). Surgió entonces un apasionante debate político sobre la pena capital con magníficas aportaciones de relevantes juris-

(12) BERISTAIN IPIÑA, A. *Crisis del derecho represivo*, Madrid, 1977, pp. 21-24. Sobre la situación profundamente injusta del ordenamiento penal BERDUGO, I. «Penas privativas de libertad y medidas de seguridad», *El preso común en España*, Madrid, 1977, pp. 17-27.

(13) Por todos BARBERO SANTOS, M. *Política y derecho penal en España*, Madrid, 1977, pp.127-135.

(14) Sobre estos postulados: JESCHECK, H. H. «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal», *La Reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, pp. 9-22.

(15) Destacamos la postura de Monseñor Iniesta quien, perseguido por su oposición a los fusilamientos, abandonó España. INIESTA, A. «La vida del hombre es

tas y humanistas en contra de dicha sanción (16), que concluirá con la redacción dada al artículo 15 de la Constitución.

Existía también una acuciante necesidad de proceder a la reforma de la legislación procesal penal. Sirva como justificación las contestaciones de Ledesma Bartet, Ministro de Justicia del Gobierno Socialista surgido de las elecciones celebradas en octubre de 1982 quien, en la primera entrevista concedida tras su toma de posesión, anunció «*La reducción del tiempo de duración de la prisión provisional, desde el momento en que se proceda a dar cumplimiento al artículo de la Constitución que establece la duración limitada de dicha prisión. Rebasado ese tiempo, lógicamente, no puede mantenerse la situación de prisión provisional. Eso supone ya, por consiguiente, una reducción, y al mismo tiempo está imponiendo a los tribunales la necesidad de concluir las actuaciones sumariales con mayor celeridad.*» (17).

Así se aprobó la LO 7/1983, de 23 de abril, de modificación de varios artículos de la LECrim., lo que supuso la excarcelación de miles de internos tras sustituirse las medidas cautelares de carácter personal por el señalamiento de libertad bajo fianza. La situación de elevada inseguridad ciudadana imputada a esta medida se corrigió con la llamada «contrarreforma» promovida por el mismo titular ministerial y que se plasmó en la LO 10/1984, de 26 de diciembre.

## V. LA REALIDAD PENITENCIARIA

En 1975, la ejecución de las penas privativas de libertad se regulaba en los escasos preceptos que componían el Libro VII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, especialmente en sus artículos 990 a 994, que se remitían al Código penal y a los Reglamentos. El Reglamento era el de 2 de febrero de 1956 modificado por Decreto de 27 de julio de 1964, sobre «régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios», afectado por la Reforma del Código penal de 1963 y, en

---

sagrada». *Historia 16*, núm. 17, Madrid, 1977, pp. 40-43. Sobre la repercusión internacional BADINTER, R. *L'Abolition*, Francia, 2000, pp. 35-36.

(16) BARBERO SANTOS, M. «Una trágica sombra sobre la humanidad». *Historia 16*, núm. 17, Madrid, 1977, pp. 22-29. BERISTAIN IPIÑA, A. «Ni beneficiosa, ni intimidante». *Historia 16*, núm. 17, Madrid, 1977, pp. 29-39. También es de destacar la brillante intervención en el Congreso de PECES BARBA, G. el 18 de enero de 1978 bajo el título «La pena de muerte en España» publicada en *Tiempo de Historia*, núm. 40, Madrid, 1978, pp. 14-21. Especialmente GARCÍA VALDÉS, C. *No a la pena de muerte*, Edicusa, Madrid, 1975.

(17) *El País*, 4 de diciembre de 1982, pp. 16-17.

cuanto a su Título III, por el Estatuto general de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, y disposiciones complementarias (18). El Reglamento fue reformado por Decreto 162/1968, de 25 de enero, considerándose la actualización como el paso de gigante de la Administración Penitenciaria y, sobre todo, un deseo de ponerse al día de acuerdo con las orientaciones que la moderna Criminología y Ciencia penitenciaria demandaban.

Contaba nuestro país con un conjunto destacado de autores interesados en el conocimiento del contexto internacional y que colaboraban, de forma decisiva, a la incorporación de las nuevas corrientes doctrinales en la materia. Así analizaron las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos elaboradas en septiembre de 1955 en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 y adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de enero de 1973 (19). Estos autores plantearon la necesidad de realizar importantes reformas en materias esenciales para homologar el sistema español a los criterios internacionales en aspectos básicos y fundamentales como: tratamiento, personal, edificios y centros penitenciarios, centrales de observación, centros de tratamiento, generalización del tratamiento científico de la delincuencia, reformas penales y procesales, medidas de prevención, preparación de la opinión pública y elaboración de estadísticas.

La reforma de 1968 había sido calificada de «*revolucionaria*» debido al escaso papel que con anterioridad tenían las técnicas criminológicas de observación, clasificación y tratamiento de los presos y penados. Podemos afirmar que las corrientes europeas y la idea de tratamiento se incorporaron en aquel momento a la legislación nacional y permanecieron en la Ley General penitenciaria de manera ampliada (20).

---

(18) BUENO ARÚS, F. *El sistema penitenciario español*, Madrid, 1967.

(19) BUENO ARÚS, F. «Los congresos penitenciarios internacionales». *Revista de Estudios Penitenciarios*, 160, Madrid, 1963, pp. 113-151.

(20) Se han destacado las resistencias al cambio producidas: «*ante el intento de introducir la observación y el tratamiento científicos, se hace patente la resistencia de un sector predominante de funcionarios a la creación de los Equipos de Observación, los Educadores, la Central de Observación y a la diferenciación de los regímenes que exige la nueva clasificación de los establecimientos. En general, impera la inercia y la resistencia del sistema al cambio*». GARCÍA VALDÉS, C. *Introducción a la penología*, Madrid, 1981, p. 119. Sobre su importancia: BUENO ARÚS, F. «Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias» *Historia 16*, 1978, p.118.

La época de la Transición constituyó un momento extremadamente convulso en las prisiones, donde se sucedieron desórdenes colectivos, agresiones, motines, plantes y violencia generalizada en todas ellas (21). Hablamos de la época de la Copel (Coordinadora de Presos en Lucha) (22) y de la elaboración de una importante normativa con carácter de urgencia que consiguió apaciguar y normalizar la convivencia. Destaca la aprobación de la reforma del Reglamento penitenciario por Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio y un conjunto de Órdenes circulares que conjugaron aspectos regiminales con otros que ampliaron la esfera jurídica de los internos para restablecer el orden gravemente perturbado y que, en cierta forma, anticiparon el contenido de la Ley General Penitenciaria aprobada después (23).

La situación de máxima tensión interna sucedió en el Centro de Carabanchel el 14 de marzo de 1978 con la muerte violenta de un miembro de la Copel, lo que determinó el procesamiento de varios funcionarios implicados. La crítica realidad alcanzó su momento extremo el día 22 de ese mismo mes con el asesinato en atentado terrorista del Director General de la Institución Haddad Blanco.

En esta complicada situación se nombra nuevo responsable a García Valdés, quien toma posesión el día 30 (24). Entre ambas fechas (22 y 30 de marzo), la Ponencia primera de las dos que componían la Comisión Especial de Investigación de establecimientos penitenciarios constituida en el Senado, emitiría un durísimo informe que certificaba la situación límite existente. Iglesias Corral, Presidente de esta Comisión, analizando estas conclusiones, señaló: «Las afirmaciones fueron claras, objetivas, inobjetables al establecer que la situación penitenciaria a través de todas sus estructuras, de todos sus estadios, disciplina, alcance de los fines de la pena, observancia de una política humanita-

---

(21) En 1976 se impusieron más de 9.000 sanciones por faltas graves o muy graves, el doble que el anterior, casi 3.000 de ellas por cometer actos tumultuosos, plantes o desórdenes graves. *Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias*, 1986, Madrid, 1977, pp. 43-44. GARCÍA VALDÉS, C. «La Reforma Penitenciaria». *La Reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, pp. 297-320.

(22) MARTÍ, O. «La Copel: historia de una lucha silenciada». *El Viejo Topo*, núm. 13, Barcelona, 1977, pp. 37-38.

(23) Sobre la evolución penitenciaria durante la transición ADÁMEZ CASTRO, R. «Formación y evolución del Derecho penitenciario moderno». *Revista de Estudios Penitenciarios*, 258, Madrid, 2015, pp. 66-79.

(24) Describe sus experiencias en: GARCÍA VALDÉS, C. «Sobre la Transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)». *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2, Madrid, 2013, pp. 51-68. «La reforma penitenciaria en la transición democrática», *ADPCP*, 2016, pp. 25-38. «Recuerdos de Emilio Tavera». *Revista de Estudios Penitenciarios*, 2017, pp. 9-15.

ria, instalaciones, deberes y derechos de los reclusos y de los funcionarios, vigilancia de los fines sociales, en suma, de la totalidad de sus aspectos, ofrecía un cuadro impresionante. Está profundamente deteriorada: una quiebra del sistema y de su desarrollo» (25).

El joven Director General, asumiendo los informes de los órganos especializados constituidos ad hoc, lidera un equipo de prestigiosos juristas (Ruiz Vadillo, Serrano Gómez, Garrido Guzmán o Bueno Arús), decididos partidarios de las reformas recientemente producidas, y se vuelca con decisión y entusiasmo en la ingente y apasionante tarea de llevar a España a un Estado social y democrático de derecho también en el ámbito penitenciario (26). La reforma se planifica, lo que excluye cualquier idea de improvisación (27). Y se hace bajo claros principios de legalidad, reeducación y reinserción, respeto a la personalidad del interno, no marginación social y necesidad de una intervención judicial que controle la ejecución de las penas privativas de libertad. Como dijo Ruiz Vadillo, «...aún cuando la pena sea un castigo y tenga una finalidad de intimidación general, ello no es obstáculo para buscar una vez impuesta esa reconstrucción de la persona, esa repersonalización en la que tantos y tantos confiamos ilusionadamente capaz de conseguir con el mínimo de deterioro físico y espiritual, la plena reintegración social de quienes delinquieron» (28).

Tras la aprobación de la Constitución y considerando su trascendental artículo 25.2, que orienta las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social (29), la primera Ley Orgánica de la democracia fue aprobada sin apenas

(25) IGLESIAS CORRAL, M. «Estado actual del problema de las prisiones». *Estudios Penales II*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 9-10.

(26) La trascendencia de la Ley y la situación política en la que se elabora se describe por su autor 30 años después. GARCÍA VALDÉS, C. «La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia». *La Ley Penal*, núm. 56. Madrid, 2009, pp. 5-12.

(27) GARCÍA VALDÉS, C. y TRIAS SAGNIER, J. «La reforma de las cárceles», Madrid, 1978, pp. 59-72. Inmediatamente después GARCÍA VALDÉS, C. «La reforma penitenciaria». *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 298-320. El profundo conocimiento del sistema penitenciario del momento se demuestra en GARCÍA VALDÉS, C. «Sistema penitenciario español», *El preso común en España*, Madrid, 1977, pp. 53-68.

(28) RUIZ VADILLO, E. «“Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad”. El sistema penitenciario.», *Estudios Penales II*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 185-193 y p. 213.

(29) Se establece la imposibilidad de que cumpla una función exclusivamente retributiva como punto de encuentro de todos los grupos políticos que asumen la prevención y resocialización como fines. El artículo 15 suprimió la pena de muerte que solo se permite, excepcionalmente, en las leyes penales militares para tiempo de gue-

modificaciones del texto inicialmente redactado, sin enmiendas en el Senado y por aclamación; forma de tramitación que certifica el elevado sentido de responsabilidad de los representantes de la soberanía nacional. Es una referencia legislativa a nivel internacional que permanece vigente, con escasas modificaciones, hasta nuestros días (30). Su propia existencia, que aúna lo mejor del penitenciarismo nacional con la inspiración de las legislaciones de Suecia (1974), Italia (1975) o Alemania (1976), evidencia una manera de hacer las cosas con diálogo y compromiso, ingredientes que caracterizaron aquellos años difíciles (31).

Son meses de disturbios y violencia en las cárceles que generaron numerosos titulares y reportajes en la prensa. Así lo recogieron las periodistas Gallego-Díaz y Vigil en varios reportajes próximos en el tiempo que hoy constituyen documentos de alto valor para recordar las condiciones entonces existentes y constatar la firme voluntad que hubo para revertir la intolerable situación. Tras visita realizada a la cárcel Modelo de Barcelona (*«vieja, saturada, en la que los presos viven en condiciones materiales repugnantes, donde se respira una violencia física, brutal y primaria»*), dicen *«Carlos García Valdés, en una conversación posterior con la prensa, manifestó lo que ya habíamos apreciado todos: que la visita había entrañado un riesgo evidente, que aquello era un desmadre y que contraria a los usos habituales de cualquier país había querido que entrara allí la prensa, para que transmitiera a la sociedad la gravedad de la situación. Pidió serenidad y objetividad en la descripción de muchas situaciones por todos presenciadas e insistió en el problema económico. En cuanto a los funcionarios puntualizó: «He enviado una circular interna a todas las cárceles con normas claras, para unificar criterios de funcionamiento de las prisiones que será también leída a los presos. Estas normas se van a cumplir por la vía jerárquica, pero quiero también que las metan en sus corazones y las cumplan no solo porque son órdenes del director general –lo cual sería más que suficiente–, sino porque las asuman personalmente cada uno de ellos»* (32).

---

ita. GIMBERNAT ORDEIG, E. «El sistema de penas en el futuro Código penal». *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, pp. 181-187.

(30) ANDRÉS LASO, A. *La Ley Orgánica 1/1.979, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Madrid, 2016.

(31) GARCÍA VALDÉS, C. *Apuntes históricos del Derecho penitenciario español*, Madrid, 2014, pp. 34-35.

(32) GALLEGO-DÍAZ, S. y VIGIL, M. «De la violencia física, a la represión psíquica». *Cuadernos para el diálogo*, núm. 260, Madrid, 1978, p. 25.



Bueno Arús, persona clave en la historia penitenciaria española, sintetizaba las características de la situación (33):

– Predominio de los reclusos preventivos sobre los penados. De los 9.392 reclusos existentes a finales de 1977 (25,43 reclusos por cada cien mil habitantes), 2.733 eran penados, 4.860 preventivos, 459 sometidos a medidas de seguridad y 329 detenidos por infracciones administrativas.

Las leyes procesales previas a las llamadas reforma y contrarreforma «Ledesma» y la insuficiencia manifiesta de medios materiales y personales en la Administración de justicia generaron una dinámica y un clima social en el interior proclive a la violencia. Todos los profesionales del medio conocen la modificación que se produce en el comportamiento de los internos cuando pasa su situación procesal de preventivo a penado. Este cambio les impulsa a adaptarse a la ineludible realidad en la que viven y a planificar su regreso a la sociedad, tras buscar los beneficios que ofrece el sistema penitenciario (34), lo que repercute en la tranquilidad colectiva.

– Presencia mínima de extranjeros y de mujeres. Los reclusos extranjeros (1.210 hombres y 112 mujeres) representaban el 14,07 % del total en 1.977. Las internas recogidas en las estadísticas oficiales de aquel año eran 375, lo que no alcanzaba el 5% del total de la población reclusa.

Tras la aprobación de la Ley Penitenciaria se produjo un incremento exponencial del número de internos que saturó el sistema y que tiene, en esencia, una explicación demográfica y sociológica que arranca en el llamado tardo-franquismo. El delincuente tipo de los años 80 que ha masificado las prisiones durante varios lustros era un adolescente o joven proveniente de los barrios marginales de las ciudades donde emigraron sus padres procedentes de la España rural. Son personas que fracasaron en los niveles básicos de la enseñanza y no adquirieron formación ni hábitos laborales lo que les avocó al desempleo ante la imposibilidad de insertarse en un mercado laboral reducido. Estos jóvenes se iniciaron a edad temprana en el consumo

(33) BUENO ARÚS, F. «Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española». *Cuadernos de Política Criminal* 7, Madrid, 1977, pp. 21-26.

(34) Salillas escribió en 1888: «*En mi opinión, hay para el delincuente dos momentos en la vida penal: uno transitorio, que comprende la cárcel, el período procesal, la sentencia y el traslado al punto de destino; otro estable, el ingreso en la reclusión. En el primer momento, el delincuente no se considera reducido, y se defiende, primero para evitar la prueba, después para detener la sentencia, y últimamente para rehurla. En esta lucha puede decirse que se agotan sus energías, y más allá se rinde á la evidencia*». SALILLAS R. *La vida penal en España*, Madrid, 1888, p. 211.

de sustancias tóxicas en una sociedad que no disponía de recursos terapéuticos ni sociales para abordar este nuevo problema y que devino en epidemia en muy poco tiempo (35). Con mucha frecuencia, durante su estancia en prisión, a las responsabilidades penales que determinaron su ingreso añadieron nuevas condenas por su comportamiento violento o inadaptado dentro del sistema.

La delincuencia juvenil es el gran agujero negro de la Transición, fue la guerra de una generación surgida tras el llamado boom demográfico español de los años 60 del pasado siglo. Los sobrevivientes han ido envejeciendo con gran deterioro físico y mental. Se han convertido en multirreincidentes con acumulación de largas condenas. Han disfrutado de periodos cortos en libertad – con obtención y posterior revocación del beneficio de la libertad condicional– tras desaprovechar las oportunidades ofrecidas por la limitación de penas y el acortamiento de condenas previstas en el artículo 70.2 del Código penal del momento, conforme a los criterios de conexidad establecidos en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (36). Tan- tas veces reincidieron en la comisión de hechos delictivos como en ocasiones anteriores, con solemnidad, prometieron a sus personas más próximas que se retiraban del indeseable mundo de la delincuencia en el que estaban atrapados. Intramuros de las prisiones se convirtieron en «viejos conocidos» de los funcionarios con quienes, qué remedio queda, están acostumbrados a convivir. En la actualidad, las llamadas patologías duales desarrolladas les hacen enfermos mentales crónicos difíciles de abordar terapéuticamente, lo que constituye uno de los problemas principales de la Institución (37).

Se ha indicado que la Historia se recoge con fidelidad en la Literatura, planteamiento que compartimos. Quintano Ripollés también dijo que muchos son los textos literarios que suponen uniones entre «obras de arte» y «delitos». El delito siempre ha sido una fuente de inspiración y la literatura cumple una función propedéutica de las Ciencias sociales (38). Y este periodo se describe con exactitud en la Novela de Javier Cercas «Las Leyes de la Frontera» (39), publicada en 2012 y

---

(35) ARROYO ZAPATERO, L. «Drogas y delincuencia juvenil». *Seguridad ciudadana. Poder Judicial VIII*, Madrid, 1989, pp. 81-91.

(36) Sobre el instituto de la acumulación jurídica de penas GARCÍA SAN MARTÍN, J. *La acumulación jurídica de penas*, Madrid, 2016, pp. 43-45. SOLAR CALVO, P. *Triple de la mayor y condenas eternas*, Madrid, 2019.

(37) MATA Y MARTÍN, R. M. *Fundamentos del Sistema Penitenciario*, Madrid, 2016, pp. 233-240.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La Criminología en la Literatura Universal*, Barcelona, 1951, pp. 7-24.

(39) CERCAS, J. *Las Leyes de la Frontera*, Barcelona, 2012.

que presenta y explica todos los aspectos sociológicos y criminológicos del momento analizado (40).

Un solo dato más para comprender la complejidad: en la década de los 80, los primeros años de vigencia de la Ley penitenciaria, una extraña enfermedad comenzó a afectar a homosexuales, hemofílicos y toxicómanos por vía parenteral. Un virus desconocido, llamado de inmunodeficiencia humana, destruía el sistema defensivo de estas personas provocando la aparición de numerosas patologías oportunistas que causaron su muerte poco tiempo después. No era la droga lo único que mataba. También la jeringuilla, que con reiteración se compartía dentro y fuera de los muros carcelarios, transmitía y propagaba la letal enfermedad (41). La ausencia inicial de conocimiento de su origen y de las formas de transmisión, unido a la carencia de estrategias preventivas o curativas ante esta epidemia, condicionó de forma importante la respuesta dentro de las prisiones. La preocupante situación sanitaria exigió afrontar costosos esfuerzos adicionales con el fin de evitar el surgimiento de comportamientos discriminatorios y de rechazo hacia estos enfermos que amenazaba con complicar, aún más, el desolador panorama existente (42). Debemos recordar aquí a Antoni Asunción, máximo responsable de la Institución entre los años 1988 y 1994, que bajo cuya dirección se abordó una profunda modificación de la sanidad penitenciaria para dar respuesta a la aparición del VIH y al incremento de drogodependientes, lo que permitió hacer realidad lo dispuesto en el artículo 3.4 de la propia Ley Orgánica. Desde entonces se ha conseguido prestar una atención que se considera integral, integrada, continuada, permanente, activa y accesible (43). El contacto de estas personas con la Institución supuso su acceso a la sanidad.

Además, y no lo podemos olvidar, el terrorismo de diversos grupos radicales sembró nuestro país de dolor y desesperación, cercenó las vidas de cientos de personas y limitó derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos. La banda terrorista ETA tuvo al colectivo de trabajadores penitenciarios como uno de sus objetivos criminales preferentes. En este contexto de lucha contra el fana-

---

(40) ANDRÉS LASO, A. y GARCÍA MARTÍN, L. «Aspectos criminológicos de la Novela «Las Leyes de la Frontera» de Javier Cercas». *E-Eguzkilore. Revista Criminológica de Ciencias Sociales*, 2016. Edición electrónica.

(41) Sobre esta práctica GAMELLA, J. «Drogas: la lógica de lo endovenoso», *Claves de Razón Práctica* 18, Madrid, 1991, pp. 72-76.

(42) El alcance de esta enfermedad entre los profesionales penitenciarios fue tratado por LUZÓN PEÑA, D. M. «El funcionario de prisiones ante el sida: derechos y deberes», *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1991, pp. 87-95.

(43) DE LA TORRE MARTÍNEZ, R. «Reforma de la asistencia sanitaria en los centros penitenciarios», *Revista de Estudios Penitenciarios* E-1. Madrid 1990, pp. 15-37.

tismo, la legislación analizada convirtió la política penitenciaria en un elemento esencial para superar esta violencia dentro de los instrumentos ofrecidos por el Estado de derecho (44).

## VI. CRISIS DEL TRATAMIENTO

Cuando se elabora la Ley, la pena de prisión estaba seriamente cuestionada desde numerosos planteamientos (45). Desde la visión sociológica de las relaciones internas surgidas en los presidios, los postulados de Donald Clemmer (46), Sutherland y Cressey en el mundo anglosajón, Buffad en Francia o de Neuman en Hispanoamérica, constituyen algunos ejemplos de la conciencia crítica creada en cuanto a su pervivencia (47). Estos postulados, junto con el devastador problema propio, eran conocidos en España (48). Así lo describía García Valdés: «*si nos detenemos a contemplar por un momento cuál ha sido el real avance que, desde un prisma racional, ha experimentado la evolución de la sanción privativa de libertad, el resultado no es ciertamente muy satisfactorio. Dejando al margen una mayor humanidad alcanzada, los principales problemas penitenciarios, examinados con óptica penológica moderna, se encuentran latentes tanto en la descripción de la vida en las galeras o en las cárceles del siglo XVIII, como en los relatos autobiográficos que últimamente se han hecho populares, como los de «Papillón», «La isla de los hombres solos», de José León Sánchez, «Gate Fever», escrito por dos reclusas inglesas –Buxton y Turner–, «El Sexto de Arguedas», o el «Diario della Galera 1969-1972» del militante anarquista italiano Valpreda, o las recientes películas sobre el tema, como la impresionante «The Glass House», de Gries o «Diario secreto da una carcere femminile», de Di Silvestro» (49).*

Existía una controversia sobre la idea resocializadora que derivó en planteamientos escépticos acordes con la relativización de la

(44) CANO PAÑOS, M. A. *Régimen penitenciario de los terroristas en España. La prisión como arma para combatir a ETA*. Dykinson. Madrid, 2012.

(45) POR todos GARCÍA-PABLOS DE Molina, A. «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo». *ADPCP* 32, Madrid, 1979.

(46) CLEMMER, D. *The prison community*, New York, 1958, pp. 32-55.

(47) Sobre todos ellos: MIR PUIG, C. «La prisión abierta». *ADPCP*, Madrid, 1985, pp. 770-777.

(48) GARCÍA VALDÉS, C. «La reforma de la prisión: historia y filosofía». *El País*, 8 de agosto de 1979.

(49) GARCÍA VALDÉS, C. *Hombres y cárceles. Historia y crisis de la privación de libertad*. Cuadernos para el diálogo Suplemento 52, Madrid, 1974, p. 32.

noción del delito. Partiendo de posicionamientos sociológicos, por los que la delincuencia forma parte inescindible de la propia convivencia social, no cabe hablar de resocialización (50). Se niega la legitimación para imponer sanciones y la necesidad de aplicar estas medidas a personas integradas en la sociedad. Además se afirma que el tratamiento penitenciario no es un medio adecuado para ello; al contrario, es ineficaz y daña a quien lo padece (51). Muñoz Conde lo resumió así: *«El que entra en una cárcel deber tener por lo menos derecho a una cosa: a que cuando salga un día, liberado tras haber cumplido su condena y pagado su parte de culpa con la sociedad, no salga peor de como entró. A los entusiastas de la idea de tratamiento, esto les podrá parecer muy poco, a mí, y a cualquiera que conozca la realidad del mundo penitenciario, y no sólo español, me parece realmente un paso importante, probablemente el más importante de todos. Este es, pues, el único sentido que puede tener hoy para mí el concepto de tratamiento penitenciario: Procurar la no desocialización del delincuente, evitando los efectos desocializadores que son inherentes a toda privación de libertad»* (52).

Nos hallamos en un momento crucial de la evolución de la Criminología que amplía su objeto de estudio incluyendo a la víctima y a las formas de control social. No es el estudio del paso al acto la principal preocupación de los criminólogos del momento sino que se adopta una perspectiva superior y global, evolución que se constata en las interesantes ponencias celebradas en el VIII Congreso Internacional de Criminología celebrado en Lisboa en septiembre de 1978. En cuanto al análisis del tratamiento penitenciario llevado a cabo en la Sección Tratamiento del mismo, se indica: *«los modelos de intervención...evidencian todos una crisis profunda que obedece a causas específicas según los diferentes contextos socioculturales: una cierta frustración –tanto por parte de los teóricos como por parte de los practicantes de la terapéutica, parece ser una constante, con extrañas excepciones.»* *«Ciertamente, los índices de reincidencia no son los mismos en todas partes, y algunos son más optimistas que otros. Pero no es seguro que ello se deba al tipo o a las deficiencias del tratamiento utilizado, o a las características individuales del intervenido.*

(50) GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. *Manual de Criminología*, Madrid, 1982, pp. 665-694.

(51) MUÑOZ CONDE, F. «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito». *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, 1980, pp. 61-81. MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Barcelona, 1983, pp.99-109.

(52) MUÑOZ CONDE, F. «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera». *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1990, p.43.

*Más probablemente se debe al hecho de que la intervención se centra sólo sobre el individuo y su medio inmediato, mientras que la sociedad, con toda su maquinaria de definiciones, señalamientos y determinaciones, permanece intacta.» (53)*

Manteniendo la orientación de la pena hacia la reeducación y reinserción conforme a la Constitución, el Reglamento penitenciario vigente, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, y que sustituyó al de 1981, ha superado la visión clínica del concepto de Tratamiento que contiene el Título III de la Ley Orgánica en la redacción dada por Alarcón Bravo (54). Adapta el concepto a los principios de las Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa en su versión de 1987 y dota de virtualidad tratamental a la realización de actividades culturales, formativas, laborales, deportivas, ocupacionales y al contacto con el exterior. Como indica Gallego Díaz, *«de vuelta ya del fervor resocializador de los años setenta del siglo pasado, y teniendo en cuenta las dificultades de todo tipo que acompañan el concepto de tratamiento y las críticas que se han dirigido al concepto de tratamiento asumido por la LOGP, se ha ido produciendo una evolución en su conceptualización de modo que el RP de 1996 ha abandonado la concepción clínica clásica de tratamiento para acoger un concepto más amplio y moderno, al mismo tiempo que más realista y modesto, en cuanto que ya no insiste tanto en modificar los rasgos y sectores de la personalidad y las actitudes del interno, como en ofrecerle los medios para que no delinca, fundamentalmente a través de una amplia y variada oferta de actividades» (55).*

Es preciso considerar que, desde planteamientos criminológicos y humanitarios, surgieron diversos autores que consideraron que los marginados no son solo victimarios sino que son también víctimas de las estructuras sociales injustas en las que tuvieron la desgracia de nacer y de vivir (56). Drapkin señalaba *«no cabe duda que el recluso*

---

(53) ANIYAR DE C. L. «El tratamiento de delincuentes en el mundo visto a través del VIII Congreso Internacional de Criminología», *ADPCP* 32, Madrid, 1979.

(54) ALARCÓN BRAVO, J. «El Tratamiento Penitenciario en España». *Estudios Penales* II, Santiago de Compostela, 1978, pp. 21 a 41. Respecto a la valía de Alarcón Bravo y las características propias del concepto: GARCÍA VALDÉS, C. «La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia». *La Ley Penal* 56, Madrid, 2009, pp. 5-13.

(55) GALLEGO DÍAZ, M. «Concepto de tratamiento penitenciario: un doble paradigma». *La Ley Penal* 110, Madrid, 2014, p. 112. También MONTERO HERNANZ, T. «El tratamiento penitenciario», *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Valencia, 2015, pp. 187-190.

(56) Destacamos a Neuman en Argentina y Beristain Ipiña en España, cuyos planteamientos inspiran los principios criminológicos actuales. Desde la Filosofía:

*es una de las víctimas de la sociedad y de sus sistemas legislativo, judicial, policial y administrativo, en lo que a materia penal se refiere. Nuestra permisiva «sociedad de consumo», rodeada de lujo tecnológico, egoísmo materialista y lasitud moral, sólo puede mostrar su total insensibilidad e indolencia por la suerte de aquellos de sus miembros que se pudren en la prisión. Este tipo de sociedad no se atreve a tomar medida alguna para mejorar su suerte, pues ello involucraría un cambio radical en su estilo de vida, a lo que no está dispuesta a aceptar o tolerar». A lo que añade «Muy por el contrario, hay cada vez mayor núm. de penalistas y penitenciaristas que hablan de «las condiciones criminógenas de la prisión» y de su total ineficacia en «la prevención del delito y el tratamiento del delincuente» (57).*

Estos postulados que enlazan con la obra «La sociedad criminógena» de J. Pinatel, de amplia difusión en los años ochenta (58), sirvieron para intentar poner el Derecho penal y la Criminología al servicio del ser humano. Desde esta perspectiva, la aplicación conjunta del Derecho penal y de la Criminología, la intervención de los juristas y de los especialistas en todas las ramas de las ciencias humanas, resultaba imprescindible para abordar con eficacia y justicia la rehabilitación del delincuente a través de su tratamiento. Como señaló Ancel, «cabe preguntarse si el reconocimiento, después la preocupación, y finalmente la búsqueda del tratamiento de los delincuentes no constituyen, al menos en los países de Occidente, uno de los aspectos de lo que se llama hoy día el Welfare State, que ha sustituido poco a poco al «Estado policía» o al «Estado vigilante nocturno» como dicen los alemanes, y que constituía una de las manifestaciones del liberalismo del siglo XIX. En efecto, este Welfare State se esfuerza en asegurar la garantía y el bienestar material de los individuos, en ayudarles física y económicamente, pero también socialmente; y desde ese momento, y bajo esa perspectiva, el delincuente ya no es el ciudadano convertido en el enemigo de la leyes al que es necesario corregir para que no vuelva a empezar, sino que es también el individuo en situación social única y que, en múltiples casos, y precisamente como ciudadano, tiene cierto derecho a la reincorporación social» (59).

---

SAVATER, F. «Lección socio-política de la mazmorra». *El viejo topo. Contra la cárcel*, núm. 13, Barcelona, 1977.

(57) DRAPKIN, I. «El recluso penal, víctima de la sociedad humana», *ADPCP* 30, Madrid, 1976, pp. 348-349.

(58) PINATEL, J. *La Sociedad criminógena*, Madrid, 1979, pp. 70-90.

(59) ANCEL, M. «La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182, Madrid, 1968, pp. 498-499.

## VII. ÍNDICES DE DELINCUENCIA

Se ha resaltado la impotencia del trabajo de los Cuerpos policiales para dar respuesta al incremento de la criminalidad sufrida en los primeros años de la democracia; realidad que fue empleada por los sectores sociales más reaccionarios para cuestionar las reformas efectuadas y el régimen de libertades en construcción y que llegaron a reclamar la intervención del Ejército para restablecer el orden y la tranquilidad (60). Los índices de delincuencia en la sociedad iniciaron un crecimiento hasta ser difícilmente soportables, lo que tuvo su inmediata repercusión en el ámbito penitenciario en forma de saturación de las infraestructuras disponibles. La inseguridad ciudadana, asociada con perversidad a la naciente democracia, junto con la actuación intensa de diversos grupos terroristas con capacidad y pretensión de arrodillar al Estado, son realidades que intentaron motivar una involución política hacia tiempos dictatoriales pretéritos.

Desde el punto de vista criminológico, la drogodependencia de aquel momento generó la denominada delincuencia de carácter funcional entendida como aquella realizada por los toxicómanos con la finalidad de conseguir fondos para financiar sucesivos y compulsivos consumos. Su actividad delictiva estaba determinada por la intensidad de la adicción, el precio de la droga y la capacidad económica del adicto (61). La delincuencia se vincula a la permanencia del toxicómano en esta situación, siendo su paradigma de actuación el tráfico de sustancias prohibidas cometido mediante la adquisición de una partida de droga, de la que se consumía una parte y, previa adulteración para aumentar su volumen y peso, la otra era revendida en el mercado negro. Es significativo que los criterios jurisprudenciales mantenidos supusieran, de hecho, la aplicación de graves condenas en supuestos de tráfico de cantidades ínfimas de todo tipo de sustancias carentes de principio activo. Tampoco se consideraba que el consumo compartido, la escasa nocividad de la sustancia o el llamado tráfico compasivo fuesen situaciones que eximieran o atenuaran la responsabilidad penal (62). Los segundos delitos funcionales cometidos por los adic-

---

(60) HURTADO MARTÍNEZ, M. C. *La Inseguridad Ciudadana de la Transición a una Sociedad Democrática. España 1977-1989*, Cuenca, 1999, pp. 111-164. Sobre delito y miedo al delito GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. «Policía y criminalidad en el Estado de Derecho». VV. AA. *Policía y Sociedad*, Madrid, 1989, pp. 61-62.

(61) DELGADO BUENO, S. «Delincuencia y drogas». *Medicina Legal en Drogodependencias*, Madrid, 1999, p. 426.

(62) Como puso de relieve SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas». *Revista del Poder Judicial* 74, Madrid, 2004, pp. 65-92.



tos atentaban contra la propiedad, muchas veces de escasa cuantía económica, y eran realizados para obtener fondos o bienes con los que acudir al traficante o al receptor y así asegurar siguientes consumos. En demasiadas ocasiones la comisión de estos delitos venían acompañados de una violencia desmedida e innecesaria, lo que disparó la sensación de inseguridad ciudadana generalizada y de pérdida de la autoridad formal. En el supuesto de mujeres toxicómanas, el ejercicio de la prostitución y la delincuencia que se genera a su alrededor fue una realidad constante. Por tratarse de la heroína, sustancia que produce una gran adicción, la comisión de hechos delictivos perduró en el tiempo y solamente la desaparición física del delincuente/toxicómano (por su internamiento sanitario, rehabilitador y/o carcelario) permitió controlar las tasas de criminalidad.

La situación se encontraba descontrolada durante el periodo analizado. En 1984, Pérez Oliva escribía: *«cada nuevo drogadicto atrapado se convierte en un traficante ciego, un eslabón más de la cadena. Por eso, el tráfico de drogas se está convirtiendo en el principal problema de seguridad ciudadana de toda Europa meridional; en el principal factor potencial de inestabilidad política»* (63). Era un problema global en Occidente que requería la intervención conjunta y coordinada de todos los países, sin perjuicio de que en España tuviera sus propias características debido a la existencia de grupos mafiosos en el noroeste peninsular que, tras asociarse con cárteles colombianos de cultivo de cocaína, reconvirtieron sus primeros negocios de contrabando de tabaco en tráfico de drogas y posterior blanqueo de capitales (64).

## VIII. CONCLUSIONES

– Por su forma de aprobación y por su contenido la Ley General Penitenciaria está imbuida del espíritu de la Transición. Como señaló con acierto Gor, *«...al margen y por encima de los excesos habidos, los presos pusieron delante de la sociedad española un dato insoslayable: las cárceles no podían ser un islote en medio del Estado de derecho y del régimen de libertades surgido tras la muerte de Franco. La Ley General Penitenciaria es el resultado de aquella protesta, pero también de la responsabilidad política del Gobierno y de los partidos políticos de la oposición, que, al unísono en esta ocasión, fueron*

---

(63) PÉREZ OLIVA, M. «la droga provoca en España casi el 80% de los atracos». *El País*, 25 de marzo de 1984, pp. 20-21.

(64) Sobre esta realidad: CARRETERO, N. *Fariña*. Madrid, 2015.

*conscientes de la gravedad del problema y no ahorraron para encontrar una solución... El Parlamento no sólo apoyó la reforma impulsada por García Valdés, sino que tomó la iniciativa de investigar por sus propios medios la situación de las cárceles españolas. Tanto el Congreso como el Senado crearon sendas comisiones especiales, cuyos trabajos han sido de gran utilidad a los autores del proyecto de la Ley General Penitenciaria.» (65)*

– Entre otros aspectos técnicamente muy relevantes, la normativa penitenciaria hoy vigente aún los postulados de Rafael Salillas y de Fernando Cadalso, figuras insignes de la ciencia penitenciaria cuyos planteamientos rigurosos y divergentes acaban confluyendo en la primer Ley Orgánica de la Monarquía parlamentaria actual (66). Además, incorpora las modernas tendencias europeas sin soslayar los cuestionamientos a la privación de libertad y a los postulados tratamentales que habían surgido. Así lo reconoce Sanz Delgado: *«El modelo que adoptó el legislador de 1979 recuperó los mimbres salillistas y caldasianos, y el que prevea una reformada y futura Ley penitenciaria habrá de seguir similares parámetros, desde la diversidad como signo propio del penitenciarismo hispano, pero en la esperanza de mantener los sólidos pilares que, surgidos entonces, hayan de soportar los embates de la inocuización y la incapacitación selectiva que parecen cernirse sobre nuestra órbita cultural» (67).*

– Es cierto que el régimen político surgido de la Transición requiere ser actualizado. Así lo constata Muñoz Machado en su *«Informe sobre España» (68)*. También la Ley Penitenciaria lo precisa (69). Procede incorporar la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (70). Se ha

(65) GOR, F. «Ley General Penitenciaria: la democracia en las cárceles». *El País*, 26 de julio de 1979.

(66) Cuando se define el sistema penitenciario en el artículo 72 de la Ley Orgánica se establece como *«individualización científica, separado en grados»*. Con ello se incorporan los planteamientos de ambos, hasta ese momento incompatibles. Así lo explica GARCÍA VALDÉS, C. *«Del presidio a la prisión modular»*, Madrid, 2009, p.44.

(67) SANZ DELGADO, E. «Dos modelos penitenciarios y divergentes: Cadalso y Salillas». *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2006, Madrid, 2006, p. 223.

(68) MUÑOZ MACHADO, S. *Informe sobre España*, Barcelona, 2012.

(69) TÉLLEZ AGUILERA, A. «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP* 52, Madrid, 1999, pp. 323-338.

(70) REVIRIEGO PICÓN, F. *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008.

consolidado un incipiente sistema penitenciario europeo (71). Han emergido nuevos postulados ius-filosóficos y criterios de equidad –por razón de género, condición social o circunstancias personales– que se deben considerar (72). La función pública penitenciaria se rige por Leyes anteriores a la General penitenciaria. La realidad social es diferente. La tecnología hoy disponible, que incide en los derechos fundamentales, era impensable en los años estudiados. El derecho a la defensa de los reclusos durante la ejecución penal debe ser reforzado y se debe aprobar la legislación procesal pendiente en la materia (73). Tal vez haya llegado el momento de reintegrar orgánicamente a la Institución en el Ministerio de Justicia. En todo caso, la mirada histórica es necesaria y, ante una norma patrimonio de todos, debe estar siempre presente.

Cuarenta años después de la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, queremos finalizar este trabajo con las palabras de S.M. Felipe VI pronunciadas en el acto de entrega de los Premios Princesa de Asturias el día 21 de octubre de 2016. Evocando a Unamuno, reivindicó: «Una España alejada del pesimismo, del desencanto o del desaliento, fiel a su irrenunciable afán de vivir y orgullosa de lo que somos, de lo que juntos hemos conseguido, que ha sido mucho y admirable; y seguros de nosotros mismos, porque un pueblo que quiera, respete y ampare la cultura nunca le temerá a su futuro» (74).

He aquí nuestra Ley Penitenciaria, elaborada y aprobada en un momento de extrema dificultad gracias a la sabiduría, generosidad y coraje de irrepetibles políticos y servidores públicos. Un gran motivo de satisfacción y una buena oportunidad para la reflexión colectiva.

(71) VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S. *Principios de derecho y política penitenciaria europea*, Valencia, 2013. También LÓPEZ LORCA, B. «Principios generales del Derecho penitenciario europeo», *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Valencia, 2015, pp. 421-455.

(72) Siendo ejemplo de ello las circunstancias que concurren en mujeres, minorías étnicas, extranjeros o personas con discapacidad. Sobre algunas de estas cuestiones NAVARRO VILLANUEVA, C. *El encarcelamiento femenino*, Barcelona, 2018. PÉREZ DE LA FUENTE, O. «La realidad de las cárceles españolas: el análisis de los derechos de la minoría gitana», *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas*. Madrid, 2008, pp. 161-196. REVIRIEGO PICÓN, F. «Derechos de los reclusos; el análisis desde la perspectiva de las personas con discapacidad», *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas*. Madrid, 2017, pp. 139-160.

(73) Por todos MESTRE DELGADO, E. «Los nuevos retos de la legislación penitenciaria». *La Ley Penal* 4, Wolters Kluwer, Madrid, 2004, pp. 4-5. Sobre algunas modificaciones pendientes ORTIZ GONZÁLEZ, A. L. «Vías de solución a la situación actual de las prisiones en España». *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas*. Madrid, 2017, pp. 53-78.

(74) [http://www.casareal.es/ES/Actividades/Paginas/actividades\\_disursos\\_detalle.aspx?data=5607](http://www.casareal.es/ES/Actividades/Paginas/actividades_disursos_detalle.aspx?data=5607).

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, Carlos: *Adolfo Suárez: el hombre clave de la Transición*. Espasa Calpe, 2006.
- ADÁMEZ CASTRO, Rocío: «Formación y evolución del Derecho penitenciario moderno». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 258. Ministerio del Interior. Madrid, 2015.
- ADÁN GARCÍA, José María: «La transición y la reforma política en España». *Historia y Vid.*, núm. 314. Barcelona, 1994.
- ALARCÓN BRAVO, Jesús: «El Tratamiento Penitenciario en España». *Estudios Penales II*, Universidad de Santiago de Compostela, 1978.
- ANCEL, Marc: «La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182. Ministerio de Justicia. Madrid, 1968.
- ANDRÉS LASO, Antonio: *La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Origen, evolución y futuro*. Ministerio del Interior. Madrid, 2016.
- ANDRÉS LASO, Antonio y GARCÍA MARTÍN, Laura: «Aspectos criminológicos de la Novela «Las Leyes de la Frontera» de Javier Cercas. *E-Eguzkilore*. *Revista Criminológica de Ciencias Sociales*. Vol. 1, núm. 1. UPV. Edición electrónica.
- ANIYAR DE CASTRO, Lolita: «El tratamiento de delincuentes en el mundo visto a través del VIII Congreso Internacional de Criminología». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 32. Volumen 2. Ministerio de Justicia. Madrid, 1979.
- ARROYO ZAPATERO, Luis: «Drogas y delincuencia juvenil». *Seguridad ciudadana. Poder Judicial VIII*. CGPJ. Madrid, 1989.
- BADINTER, Robert: *L'Abolition*. Éditions Fayard. Francia, 2000.
- BARBERO SANTOS, Marino: «Una trágica sombra sobre la humanidad. Aproximación histórica a la pena capital». *Historia 16*, núm. 17. Madrid, 1977.
- *Política y derecho penal en España*. Tucur. Madrid, 1977.
- BERDUGO, Ignacio: «Penas privativas de libertad y medidas de seguridad». *El preso común en España*. Ediciones de la Torre. Madrid, 1977.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio: *Crisis del derecho represivo*. Cuadernos para el Diálogo. Madrid, 1977.
- Ni beneficiosa ni intimidante. Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea». *Historia 16*, núm. 17. Madrid, 1977.
- BUENO ARÚS, Francisco: «Aspectos penales de la Ley Orgánica del Estado». *Revista de Estudios Penitenciarios*, números 178-179. Ministerio de Justicia. Madrid, 1967.
- «Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7. Instituto de Criminología de la Facultad Complutense. Madrid, 1977.
- *El sistema penitenciario español*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1967.
- «Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias». *Historia 16, Extra VII*. Octubre, 1978.
- «Los congresos penitenciarios internacionales». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 160. Ministerio de Justicia. Madrid, 1963.

- CAMPO VIDAL, Manuel: *Adolfo Suárez. El presidente inesperado de la Transición*. RBA, 2012.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*. Dykinson. Madrid, 2012.
- CARRERAS DE, Francesc: «La experiencia histórica en el momento constituyente». *Revista de Occidente*, núm. 452. Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón. Madrid, enero 2019.
- CARRETERO, Nacho: *Fariña*. Libros del K. O. Madrid, 2015.
- CERCAS MENA, Javier: *Las Leyes de la Frontera*. Mondadori. Barcelona, 2012.
- CLEMMER, Donald: *The prison community*. Reinehart & Company. New York, 1958.
- DE DIEGO GONZÁLEZ, Álvaro: *El franquismo se suicidó*. Ed. Sepha. Málaga, 2010.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, Raúl: «Reforma de la asistencia sanitaria en los centros penitenciarios». *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1.1990. Ministerio del Interior. Madrid, 1990.
- DELGADO BUENO, Santiago: «Delincuencia y drogas». *Medicina Legal en Drogodependencias*. Harcourt. Madrid, 1999.
- DRAPKIN, Israel: «El recluso penal, víctima de la sociedad humana». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 30. Ministerio de Justicia. Madrid, 1977.
- FUENTES, Juan Francisco: *Adolfo Suárez: biografía política*. Planeta, 2011.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel: «Concepto de tratamiento penitenciario: un doble paradigma». *La Ley Penal*, núm. 110. Madrid, 2014.
- GALLEGO-DÍAZ, Soledad y VIGIL, Mariló: «De la violencia física, a la represión psíquica» *Cuadernos para el Diálogo*, núm. 260, 22 abril, 1978. Edicusa. Madrid, 1978.
- GAMELLA, Juan: «Drogas: la lógica de lo endovenoso». *Claves de Razón Práctica*, núm. 18. Promotora General de Revistas. Madrid, 1991.
- GARCÍA ABAD, José: *Adolfo Suárez. Una tragedia griega*. La Esfera de Libros. Madrid, 2005.
- GARCÍA DÍEZ, Juan Antonio: «La Economía de la Transición Española». *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 18. Madrid, diciembre 1991.
- GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio: *Manual de Criminología*. Espasa Calpe. Madrid, 1988.
- «La supuesta función resocializadora del Derecho penal. Utopía, mito y eufemismo». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 32. Volumen 3. Ministerio de Justicia. Madrid, 1979.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo: *La acumulación jurídica de penas*. Ministerio del Interior. Madrid, 2016.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Apuntes históricos del Derecho penitenciario español*. Edisofer. Madrid, 2014.
- *Del presidio a la prisión modular*. Ópera Prima Editorial. Madrid, 2009.
- *Hombres y cárceles. Historia y crisis de la privación de libertad*. Cuadernos para el diálogo. Suplemento 52. Edicusa, Madrid, 1974.
- *Introducción a la penología*. Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Criminología. Madrid, 1.981.

- GARCÍA VALDÉS, Carlos: «La Ley Penitenciaria: los orígenes de una norma que cumplirá treinta años de vigencia». *La Ley Penal*, núm. 56. Wolters Kluwer. Madrid, 2009.
- «La reforma de la prisión: historia y filosofía». *Diario el País 8 de agosto de 1979*.
- «La reforma penitenciaria». *La reforma del Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, 1980.
- «La reforma penitenciaria en la transición democrática». Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LXIX. Ministerio de Justicia. Madrid, 2016.
- «Policía y criminalidad en el Estado de Derecho». VV.AA. *Policía y Sociedad*. Ministerio del Interior. Madrid, 1989.
- «Recuerdos de Emilio Tavera». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260. Ministerio del Interior. Madrid, 2017.
- «Sistema penitenciario español». *El preso común en España*. Ediciones de la Torre. Madrid, 1977.
- «Sobre la Transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra 2. 2013. Ministerio del Interior. Madrid, 2013.
- *No a la pena de muerte*. Cuadernos para el Diálogo. Edicusa. Madrid, 1975.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos y TRIAS SAGNIER, Jorge: «La reforma de las cárceles». Ministerio de Justicia. Madrid, 1978.
- GARCÍA VILLAREJO, Avelino: *España ante la actual crisis económica*. Ed. Labor. Barcelona, 1977.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «El sistema de penas en el futuro Código penal». *La reforma del Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, 1980.
- GOR, Francisco: «Ley General Penitenciaria: la democracia en las cárceles». *El País* 26 de julio de 1979.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: *El Valor de la Constitución*. Ed. Crítica. Barcelona, 2003.
- HURTADO MARTÍNEZ, María del Carmen: *La Inseguridad Ciudadana de la Transición a una Sociedad Democrática. España 1977-1989*. Universidad Castilla-La Mancha. Cuenca, 1999.
- IGLESIAS CORRAL, Manuel: «Estado actual del problema de las prisiones». *Estudios Penales II*. Universidad de Santiago de Compostela, 1978.
- INIESTA JIMÉNEZ, Alberto: «La vida del hombre es sagrada». *Historia* 16, núm. 17. Madrid, 1977.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal». VV.AA. *La Reforma del Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Barcelona. 1980.
- LÓPEZ LORCA, Beatriz: «Principios generales del derecho penitenciario europeo». *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.
- LUZÓN PEÑA, Diego M.: «El funcionario de prisiones ante el sida: derechos y deberes». *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Junta de Andalucía. Sevilla, 1991.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch. Barcelona, 1983.

- MARTÍ, Oriol: «La Copel: historia de una lucha silenciada». *El Viejo Topo* Núm. 13. Oct. 1977.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel: *Fundamentos del Sistema Penitenciario*. Ed. Tecnos, Madrid, 2016.
- MESTRE DELGADO, Esteban: «Los nuevos retos de la legislación penitenciaria». *La Ley Penal*, núm. 4. Wolters Kluwer. Madrid, 2004.
- MIR PUIG, Carlos: «La prisión abierta». *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 38. Ministerio de Justicia. Madrid, 1985.
- MONTERO HERNANZ, Tomás: «El tratamiento penitenciario». *Derecho penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.
- MORÁN, Gregorio: *Adolfo Suárez: ambición y destino*. Ed. Debate. Madrid, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito». *La reforma del derecho penal*. Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, 1980.
- «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera». *VI Jornadas penitenciarias andaluzas*. Consejería de Gobernación. Sevilla, 1990.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España*. Crítica. Barcelona, 2012.
- NAVARRO VILLANUEVA, Carmen: *El encarcelamiento femenino*. Atelier. Barcelona, 2018.
- PECES BARBA, Gregorio: «La pena de muerte en España». *Tiempo de Historia*, núm. 40. Madrid, 1978.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar: «La realidad de las cárceles españolas: el análisis de los derechos de la minoría gitana. *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas*. Dykinson. Madrid, 2017.
- PÉREZ OLIVA, Milagros: «La droga provoca en España casi el 80% de los atracos». *El País*, 25 de marzo de 1984.
- PINATEL, Jean: *La Sociedad criminógena*. Ed. Aguilar. Madrid, 1979.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *La Criminología en la Literatura Universal*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1951.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Represión Penal y Estado de Derecho*. Editorial Díresa. Barcelona, 1976.
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando: *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*. Editorial Universitaria, S. A. Madrid, 2008.
- «Derechos de los reclusos; el análisis desde la perspectiva de las personas con discapacidad». *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas*. Dykinson. Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: «La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 30, Ministerio de Justicia, Madrid, 1977.
- ROJO, José Andrés: «La democracia es argumentar y pactar» (Entrevista a Elías Díaz). *El País*, 9 de octubre de 2016. Suplemento Ideas.
- RUIZ VADILLO, Enrique: «Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad». *El sistema penitenciario*. *Estudios Penales II*. Universidad de Santiago de Compostela, 1978.
- SALILLAS, R. *La vida penal en España*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1888.

- SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*. Tercera edición. Editora Nacional. Madrid, 1984.
- SANZ DELGADO, Enrique: «Dos modelos penitenciarios y divergentes: Cadalso y Salillas». *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2006. Ministerio del Interior. Madrid, 2006.
- SAVATER, Fernando: «Lección socio-política de la mazmorra». *El viejo topo. Contra la cárcel*, núm. 13. Iniciativas Editoriales, S.A. Barcelona, 1977.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: «Criminalidad de la juventud española». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 187. Ministerio de Justicia. Madrid, 1969.
- SOLAR CALVO, Puerto: *Triple de la mayor y condenas eternas*. Reus, Madrid, 2019.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas». *Revista del Poder Judicial*, núm. 74. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*. Edisofer, S. L. Madrid, 1998.
- «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Volumen 52. Tomo 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 1999.
- VAN ZYL SMIT, Dirk y SNACKEN, Sonja: *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: «Reforma política y derecho penal». *Cuadernos de política criminal*, núm. 1. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1977.



# Prontuario de la doctrina del Tribunal Supremo en algunos ámbitos de aplicación y ejecución de la pena privativa de libertad

EUGENIO ARRIBAS LÓPEZ

Doctor en Derecho. Criminólogo

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

## RESUMEN

*Este trabajo tiene como finalidad sintetizar la doctrina más reciente del Tribunal Supremo en tres ámbitos que se consideran muy relevantes en la aplicación y ejecución de las penas privativas de libertad. Dos ellos, la acumulación de condenas y los abonos de determinadas medidas cautelares adoptadas durante la tramitación de la causa penal, afectan al quantum de la pena de prisión a cumplir, mientras que el tercero queda centrado en la uniforme aplicación de las normas penitenciarias, que es el objetivo a alcanzar por el recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria.*

*Palabras clave: Resoluciones del Tribunal Supremo, acumulación de condenas, abonos de medidas cautelares, recurso de casación para la unificación de doctrina*

## ABSTRACT

*The aim of this paper is to resume the most recent doctrine of the Supreme Court in three relevant areas dealing with the execution of custodial sentences. On the one hand, two of these areas, the accumulation of sentences and the consideration of some preventive measures adopted during the trial, affect the quantum of the prison sentence finally executed. On the other hand, the third area is focused on the uniform application of penitentiary Law, which it is the objective to be reached by the cassation appeal for the unification of doctrine in penitentiary matters.*

Key words: *Supreme Court resolutions, accumulation of sentences, consideration of preventive measures, cassation appeal for the unification of doctrine*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Acumulación de condenas. 2.1 Criterios jurisprudenciales consolidados anteriores a la última reforma del artículo 76.2 CP. 2.2 El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 y resoluciones posteriores. 2.3 El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018 y resoluciones posteriores. 2.4 ¿Acumulación de causas todavía no resueltas?—3. Abonos para el cumplimiento de la pena de prisión. 3.1 Decisiones del Tribunal Supremo en materia de abonos. 3.1.1 Con relación al «doble cómputo». 3.1.2 Con relación a las comparecencias. 3.2 El régimen de recursos en materia de abonos.—4. Unificación de doctrina penitenciaria. 4.1 Las características fundamentales del recurso. 4.1.1 Introducción del recurso en el ordenamiento jurídico, objeto y finalidad. 4.1.2 Requisitos. 4.1.2.1 Relativos a la identidad fáctica y normativa. 4.1.2.2 Relativo a la contradicción doctrinal. 4.1.3 Delimitación negativa del recurso. 4.2 Algunos criterios materiales adoptados. 4.2.1 La aplicación retroactiva de normas «desfavorables» de ejecución de la pena de prisión. 4.2.2 Permisos de salida. 4.2.3 La toma en consideración de circunstancias nuevas en la segunda instancia jurisdiccional de vigilancia penitenciaria. 4.2.4 Posesión de objetos prohibidos por la normativa penitenciaria. 4.2.5 Compatibilidad entre sanciones disciplinarias y restricción de comunicaciones. 4.2.6 Baja en la redención de penas por el trabajo por quebrantamiento. 4.2.7 Pago de la responsabilidad civil como requisito de acceso a la libertad condicional. 4.2.8 Abono del pago del transporte de pertenencias del interno entre diferentes establecimientos penitenciarios.

## 1. INTRODUCCIÓN

No estaremos diciendo nada que no resulte obvio si comenzamos refiriéndonos a la enorme importancia de la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS), no solo en lo que se puede considerar el ámbito del Derecho Penitenciario en sentido estricto, sino en la esfera más amplia de la pena privativa de libertad, en aspectos fundamentales que condicionan y enmarcan su aplicación y ejecución. Tomando en consideración esa importancia, vamos a dedicar este trabajo a sintetizar lo fundamental de la jurisprudencia del TS en tres ámbitos de cuestiones: *en primer lugar*, en lo relacionado con lo que se conoce como acumulación de condenas; *en segundo*

*lugar*, en materia de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad a ejecutar, o en ejecución, de la prisión preventiva previamente sufrida o de otras medidas cautelares que, de una manera o de otra, han implicado una restricción de la libertad de las personas sobre las que han recaído; y, finalmente, *en tercer lugar*, en la interpretación que viene haciendo de determinados aspectos del Derecho Penitenciario al resolver recursos de casación para la unificación de doctrina.

## 2. ACUMULACIÓN DE CONDENAS

La importancia del instituto de la acumulación de condenas para las personas que deben cumplir varias penas privativas de libertad queda patentizada en el hecho de que lo que está en juego es *más o menos tiempo de permanencia en prisión*; ahí es nada. Pues bien, la reforma del art. 76.2 del Código Penal (CP), operada por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, (1) ha traído como consecuencia la consolidación de líneas jurisprudenciales que se pueden considerar novedosas en una materia tan esencial. (2)

El TS ha expuesto en diferentes ocasiones la relevancia jurídica del expediente de fijación del límite de cumplimiento de condenas, en el marco de la ejecución de las penas privativas de libertad. Así, ha puesto de manifiesto que, desde el CP de 1870, se han introducido límites jurídicos a la idea del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. En este sentido, se hace referencia a que la doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad, *primero*, el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos jurisdiccionales «capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana»; *segundo*, el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a abandonar cualquier esperanza de reinserción social; y, finalmente, *tercero*, la contradicción ínsita en el hecho de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de infracciones de menor entidad que hechos delictivos de más alta lesividad. Tomando todo ello en consideración, nuestros sucesivos textos punitivos introdujeron, de una forma u otra, la fijación de topes cuantitativos, en lo que se ha

---

(1) Con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

(2) Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E., «Teoría y práctica de la acumulación de condenas a la luz de la nueva doctrina del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, n.º 8814, 1 de septiembre de 2016.

dado en llamar la acumulación de condenas. (3) El último estadio regulativo es la nueva redacción del art. 76.2 CP.

Bien, esa última versión es la siguiente: «*La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de la acumulación, lo hubieran sido en primer lugar*».

Independiente de que su redacción, como afirma la Sentencia del TS (STS) de 19 de noviembre de 2015, «*pudiera haber sido más clara*», la nueva norma ha suscitado la reinterpretación jurisprudencial del alcance de la acumulación de penas impuestas en diferentes procesos, tal y como vamos a exponer seguidamente. Además, dentro de este apartado haremos referencia también a criterios doctrinales ya consolidados y a una nueva línea de jurisprudencia menor relativa a la acumulación, sobre la que el TS, eventualmente, puede pronunciarse en el futuro.

## 2.1 Criterios jurisprudenciales consolidados anteriores a la última reforma del artículo 76.2 CP

Resultan de especial trascendencia los siguientes que vamos a presentar sintetizados porque se vienen aplicando ya desde hace tiempo y no a raíz de la última reforma del art. 76.2 CP:

A. La circunstancia de que una condena esté ya cumplida en su integridad no la excluye de la posibilidad de que sea acumulada. Sobre este criterio incide recientemente la STS de 5 de mayo de 2016 con referencia al APTS de 8 de mayo de 1997.

B. Es posible incorporar otras condenas a una acumulación jurídica ya realizada. Como dice la STS de 11 de marzo de 2014 «[u]n auto de acumulación ha de estar abierto siempre a la posibilidad de que aparezca después otra pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido, de haber existido una tramitación normal.»

C. Deben ser excluidas –quedando fuera de la acumulación– las ejecutorias que conlleven únicamente *pena de multa no transformada en privación de libertad*, dado que esta es susceptible de ser cumplida de forma simultánea con la de prisión (art. 75 CP), pudiendo además, en el caso de impago, ser sustituida la responsabilidad personal subsidiaria por pena de trabajo en beneficio de la comunidad o localización

---

(3) Al respecto, ARRIBAS LÓPEZ, E., «Notas sobre los límites de cumplimiento de la pena de prisión. A propósito de la STS de 21 de enero de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8308, 12 de mayo de 2014.

permanente (STS de 20 de junio de 2014). Solo cabría la acumulación de la pena de multa cuando hubiese constancia en el expediente de que, previo requerimiento e impago, el órgano jurisdiccional ejecutante hubiese procedido a su conversión en responsabilidad personal subsidiaria. En caso contrario, las penas de prisión y las penas de multa no se pueden mezclar a los efectos acumulativos del art. 76 CP. (4)

## 2.2 El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 y resoluciones posteriores

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (APTS) de 3 de febrero de 2016 hace referencia a la fijación del criterio del cómputo del máximo de cumplimiento en los supuestos de acumulación de condenas (arts. 76 CP y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECrim). (5) El contenido del Acuerdo gira en torno a tres pilares fundamentales que vamos a anotar seguidamente entrecomillados y en cursiva; estos tres pilares han sido, podemos decir, desarrollados y motivados por resoluciones posteriores del Alto Tribunal, a las que, naturalmente, también vamos a hacer referencia.

A. *«La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.»*

B. *«Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre si son susceptibles de ello.»*

(4) *Vid.*, al respecto, ARRIBAS LÓPEZ, E., «Acumulación de condenas: no mezclar churras con merinas (Comentario a la STS de 20 de junio de 2014)», *Diario La Ley*, n.º 8451, 2 de enero de 2015, pp. 12 y ss.

(5) El APTS de 3 de febrero de 2016 indica que es continuación del APTS de 8 de julio 2015 que tenía como asunto la determinación del Juez de Vigilancia competente para el conocimiento de los recursos sobre clasificación de los penados en los supuestos de cambio de destino del recluso; en ese acuerdo se determinó que tal competencia corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del territorio en que radica el Centro Penitenciario que realizó la propuesta.

Sobre los dos apartados anteriores del APTS de 3 de febrero de 2016 incidió la STS de 25 de febrero de 2016 (n.º de recurso 10536/2015) para explicar que: (6) (7) «Debemos observar que el Tribunal Supremo lo que establece no es un principio sustantivo penal sino una regla práctica y metodológica sobre el modo de proceder en la acumulación jurídica de las penas, fijando un criterio uniforme para su realización práctica, de forma que ello no debe impedir, a partir de dicho esquema, la posibilidad de su reconsideración teniendo en cuenta los principios sustantivos que deben tenerse en cuenta en esta materia, lo que desde luego no puede excluir otras posibilidades combinatorias siempre y cuando no se traspasen las reglas fijas e inamovibles establecidas por la Sala desde siempre: *que los hechos sean siempre anteriores a la sentencia que sirve de referencia a la acumulación, que los mismos no estén sentenciados con anterioridad a la misma y que la operación debe ser completa* [la cursiva es nuestra] porque como afirma la STS ya citada (706/2015) «acumular supone, en realidad, la realización de la operación completa prevista en el artículo 76, y no solo la posibilidad de considerarla». De ahí la necesidad de establecer una regla metodológica que recoja en principio el punto de partida de la totalidad de las penas potencialmente acumulables.»

Continúa la STS de 25 de febrero de 2016 (n.º de recurso 10536/2015) diciendo que «[...] cuando el apartado 2 del artículo 76 se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieren sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las potencialmente acumulables *sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso* [cursiva nuestra].»

Igualmente, a tenor de la misma resolución del Alto Tribunal, cuando el límite máximo sea superior a las penas impuestas en el primer proyecto de acumulación realizado, *podrá reconsiderarse la combinación de las descartadas en la primera operación para el examen de otra posibilidad de acumulación distinta, siempre que se cumplan las reglas fijas señaladas más arriba.*

---

(6) En esta resolución de 25 de febrero de 2016 y en otra de la misma fecha, que también va a ser objeto de estudio un poco más adelante, anotamos el número de recurso para diferenciarlas.

(7) La doctrina jurisprudencial contenida en esta resolución se reitera en otras posteriores, por ejemplo en la STS de 9 de mayo de 2016.

Los argumentos que, en defensa de esas posibilidades operativas para efectuar la acumulación de condenas, ofrece la STS de 25 de febrero de 2016 (n.º de recurso 10536/2015) los podemos sistematizar y extractar así:

1.º) La interpretación del sistema de acumulación jurídica no puede ser ajena a los valores constitucionales recogidos en los arts. 15 de la Constitución española (CE) –relativo a las penas inhumanas–, 25.2 CE –orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social de los condenados– y 10.2 CE –que obliga a la interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, citándose el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que proclama que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción–.

2.º) Una aplicación rígida y cerrada del sistema de acumulación jurídica, sin prever distintas posibilidades combinatorias, arrojaría unos resultados contrarios a cualquier principio retributivo y proporcional de la pena, como sería que una multiplicidad de delitos menores contra la propiedad fuesen castigados a la postre más severamente que delitos mucho más graves contra la vida o integridad de las personas.

3.º) El enjuiciamiento de los hechos pende en muchas ocasiones de circunstancias o contingencias aleatorias y, por ello, ajenas a la responsabilidad de los propios penados y que incluso pueden conculcar el principio de igualdad en la aplicación de la ley; sin que esta circunstancia pueda corregirse de manera absoluta, cuanto más flexible sea la posibilidad combinatoria se reducirá el margen de aleatoriedad.

Sobre las aseveraciones anteriores de la STS de 25 de febrero de 2016 (n.º de recurso 10536/2015), se vuelve en la STS de 3 de mayo de 2016. En efecto, en ella se indica que cuando el art. 76.2 CP se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieren sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las potencialmente acumulables, *sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso*. Pero, advierte el TS, siempre que se cumplan estos dos requisitos:

a) *Cronológico*. Los hechos de las sentencias que se acumulan deben haber sido perpetrados, ser anteriores, a la fecha de la sentencia que sirve de base a la acumulación, es decir, sobre la que se está operando; resolución judicial referencial para la operación acumulativa

que necesariamente debe ser anterior a las sentencias que a ella se acumulen.

b) *Continuidad*. Lo que no sería posible es excluir del bloque formado a partir de la sentencia referencial, *ninguna de las sentencias posteriores que cumplan el requisito cronológico indicado* (data anterior de los hechos y sentencia de fecha posterior), ya que, en otro caso «se potencia la posibilidad de la generación de un patrimonio punitivo, en el sentido de que, en algún momento, [el sujeto] pudiera delinquir nuevamente sabiendo que no cumplirá la pena.»

La STS de 3 de mayo de 2016 se explica a continuación en la necesidad de evitar tal situación de previsión de impunidad (por la generación de ese «patrimonio punitivo»), siempre que sea posible, a pesar de que no siempre lo será y explica esta eventualidad con referencia a la STS de 19 de noviembre de 2015: el delincuente que ha cometido ya al menos tres delitos sin haber sido enjuiciado por ninguno de ellos, sabe, o puede saber, que es posible que no cumpla las penas asociadas a los delitos que cometa con posterioridad a los primeros (todavía no sentenciados) por aplicación de lo previsto en el art. 76.2 CP. Para el TS esa posibilidad crece y se aproxima a niveles de certeza, si el delincuente sabe que una potencial condena posterior con mayor pena puede ser excluida con facilidad del bloque a formar para determinar el límite de cumplimiento. «Como destaca la [STS de 11 de junio de 2015] de ningún modo el resultado de la acumulación, puede constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante la misma tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión, esto es para aquellos delitos que sin ser susceptibles de acumulación, rebasaran el límite del art. 76, lo que sería injusto y atentaría a los principios que rigen el proceso penal [STS de 9 de mayo de 2000], insistiéndose en que tales límites no pueden operar como garantía de impunidad para el futuro, aunque se hayan agotado los límites máximos establecidos con carácter general por la Ley para las penas privativas de libertad [STS de 8 de febrero de 1999]».

C. «*A efectos del art. 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia en la instancia y no la de juicio.*»

En la STS de 25 de febrero de 2016 (n.º de recurso 10344/2015), se recoge que una primera interpretación literal del nuevo art. 76.2 CP (STS de 11 de junio de 2015) planteó la conclusión de que el Legislador había cambiado la fecha que determina el límite para la refundi-



ción, motivo por el cual, a partir de la reforma, sería la fecha de celebración del juicio que da lugar a la primera condena (la fecha en que los hechos «fueron enjuiciados») y no la fecha de la sentencia ni la de su firmeza. Con respecto a esa primera interpretación, aunque en la STS de 11 de junio de 2015 no se hacía aplicación del nuevo criterio (al tratarse de una resolución anterior a la entrada en vigor de la reforma), sí que se advertían los problemas de la modificación al exigir, en los expedientes de acumulación de condenas, que quedase consignada no solo la fecha de la sentencia, sino también la de enjuiciamiento.

Se explica en la STS de 25 de febrero de 2016 (n.º de recurso 10344/2015) que esa interpretación literal, por plantear varios problemas, llevó a la Sala a la adopción del acuerdo reseñado *de estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio*. Las razones de ese acuerdo, basadas todas en la complejidad que añadiría al proceso de acumulación una interpretación literal, son las siguientes:

1.<sup>a</sup>) Seguridad jurídica. Dice la Sala que la fecha de la sentencia consta con certeza en la certificación de antecedentes penales, siendo fija, mientras que la de enjuiciamiento es en ocasiones más difícil de localizar, pudiendo, por otra parte, ser variable. De esta forma, en los casos en que el juicio da comienzo en una determinada fecha y concluye días después «pueden plantearse problemas interpretativos entre utilizar una u otra fecha, que generarían una nueva perturbación en una materia ya bastante compleja».

2.<sup>a</sup>) Coherencia jurisprudencial. No aprecia el TS motivos de fondo para que el Legislador procediese a modificar, sin argumentar nada en la exposición de motivos, un criterio jurisprudencial consolidado en la materia que, tras diferentes controversias (fecha de la sentencia/fecha de su firmeza), se reafirmó mediante el APTS de 29 de noviembre de 2005: «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación [...]». A juicio de la Sala, no parece justificado desvirtuar ese criterio unificado con una modificación que solo añade, otra vez, una mayor complejidad al proceso de refundición.

3.<sup>a</sup>) Favorabilidad para el reo. En efecto, en el supuesto de un hecho cometido después del juicio pero antes de recaída sentencia, la interpretación tradicional seguida por la Sala (fecha de la sentencia) permitiría la acumulación (los nuevos hechos serían anteriores a la misma), pero la interpretación literal de la reforma no pues los nuevos hechos serían posteriores al enjuiciamiento. Considera el TS que esta condición de norma posterior más desfavorable plantearía serios pro-

blemas de retroactividad, (8) lo que, al fin y a la postre, daría lugar, nuevamente, a una innecesaria complejidad.

En definitiva, para la STS de 25 de febrero de 2016 (n.º de recurso 10344/2015), en motivación del APTS de 3 de febrero de 2016, la adopción de una interpretación literal de «fecha de enjuiciamiento» como «fecha del juicio», conduciría a una situación manifiestamente disfuncional, que debe ser evitada en una materia tan delicada en la que está en juego el tiempo de privación de libertad de los penados, «por lo que debe adoptarse la interpretación de «fecha en la que los hechos fueron sentenciados».»

Tomando en consideración los tres pilares interpretativos contenidos en el APTS de 3 de febrero de 2016 a los que acabamos de hacer referencia, podemos señalar como *aspectos fundamentales, no únicos, del marco teórico y metodológico de la acumulación de condenas* los siguientes:

1.º Hay que partir, como condición inexcusable, de una relación de causas en la que consten claramente las ejecutorias, las fechas de las sentencias respectivas, las fechas de comisión de los hechos enjuiciados en cada una y las penas impuestas. Este cuadro debe organizarse cronológicamente partiendo de la sentencia más antigua a la más moderna.

---

(8) «En primer lugar habría que diferenciar dos modelos de refundición, uno para las refundiciones anteriores a la reforma, que tomaría como referencia la fecha de la sentencia y otro para las posteriores, que partiría de la fecha del juicio. Pero esta solución tampoco solventaría el problema, pues la reciente doctrina constitucional (STC [Sentencia del Tribunal Constitucional] 261/2015, de 14 de diciembre), en un supuesto similar, puede conducir a diversas interpretaciones sobre la fecha de aplicación de la irretroactividad (la de la refundición o la de la primera condena).» La STC anotada resuelve el caso de un proceso penal por delito de robo y lesiones, en el que al recurrente en amparo le fue impuesta una medida cautelar de prisión provisional, al tiempo que estaba cumpliendo pena de prisión por la comisión de otro ilícito anteriormente enjuiciado; es decir, en el mismo lapso temporal estaba cumpliendo una pena de prisión y, además, sujeto a prisión preventiva por otra causa. Un año y dos meses después fue condenado, sin que le fuera descontado el periodo que estuvo en prisión provisional. En el ínterin se modificó el art. 58.1 CP, que regula los casos en que se ostenta la doble condición de preso preventivo y penado por distintas causas. El recurrente solicitó que se le abonase en la liquidación de condena el periodo de prisión provisional, pero se desestimó su petición. El TC otorgó el amparo por vulneración del derecho a la libertad personal, al constatar que durante la mayor parte del tiempo en que el demandante simultaneó la condición de preso preventivo y penado no había entrado en vigor la nueva redacción del artículo 58.1 CP, dada por la LO 5/2010, de 22 de junio. Por tanto, debió haberse descontado dicho periodo de su condena, en virtud de la doctrina emanada de la STC 57/2008, de 28 de abril.

2.º) Explorar diferentes combinaciones acumulativas, teniendo en cuenta que se debe ir de la ejecutoria escogida como referencia para la acumulación cronológicamente hacia delante, descartando las causas sentenciadas con anterioridad.

3.º) Descartar, en cada alternativa de acumulación, las causas en las que los hechos enjuiciados sean posteriores a la fecha de la sentencia que sirve como referencia y de la cual se parte.

### 2.3 El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018 y resoluciones posteriores

El APTS de 27 de junio de 2018 contiene muy importantes criterios, precisiones y recordatorios sobre el instituto de la acumulación. Alguno de ellos implica un cambio importante en la doctrina jurisprudencial seguida hasta el momento. Esos criterios y precisiones son los siguientes:

1. Las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta).

2. La nulidad como solución al recurso casacional, debe evitarse cuando sea dable conocer la solución adecuada, sin generar indefensión.

3. Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce *ex novo* en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación.

4. En la conciliación de la interpretación favorable del art. 76.2 con el art. 76.1 CP, cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido.

5. Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida, deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento.

Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas al periodo de prueba.

6. No cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o conti-

núa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación.

7. La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa.

8. La pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza.

Con referencia al criterio anterior, el seguido hasta este APTS de 27 de junio de 2018, era que, a pesar de tratarse la localización permanente de una pena privativa de libertad, debía quedar excluida de la acumulación. (9) Así, en la STS de 19 de mayo de 2014 se podía leer: «[...] según una doctrina reiterada de esta Sala de lo Penal, la pena de localización permanente, aunque privativa de libertad [...], y aunque se considerara acumulable, dada su diferente naturaleza y sobre todo, posibilidad de cumplimiento simultáneo [art. 75 CP], solo debería ser acumulada en su caso, a otras penas de localización permanente y no a las de prisión o de responsabilidad personal subsidiaria por multa convertida [STS de 11 de marzo de 2014].»

La Consulta 1/2016 de 24 de junio de la Fiscalía General del Estado se mostraba coherente con este criterio de la Sala Segunda del TS, en tanto establecía que las penas a solicitar en el caso de quebrantamiento de la localización permanente, cuando se cumpliera en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, fuesen las del último inciso del art. 468.1 CP (multa de 12 a 24 meses) y no las previstas si se estuviera en un caso genuino de privación de libertad (prisión de 6 meses a 1 año). (10)

9. A efectos de acumulación los meses son de 30 días y los años de 365 días.

10. La competencia para el incidente de acumulación la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de Instrucción (salvo en el caso del art. 801 LECr), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad.

---

(9) Vid. NIETO GARCÍA, A. J., «Acumulación jurídica de las penas de multa y de localización permanente -una de cal y otra de arena-. A propósito de la STS de 19 de mayo de 2014», *OTROSÍ*, n.º 5, 2014.

(10) El art. 468.1 CP dice: «Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.»

11. Contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, solo cabe recurso de casación.

Con respecto a la inclusión de condenas suspendidas, la STS de 10 de octubre de 2018, efectivamente, con referencia tanto a la STS de 30 de noviembre de 2017 como al APTS de 27 de junio de 2018, que acabamos de reseñar, estima que una condena suspendida debe incluirse en la acumulación, si bien, siguiendo la observación del Ministerio Fiscal, siempre que, al resolver la casación, la condena suspendida no hubiera sido objeto de remisión.

La STS de 5 de noviembre de 2018 estimó el recurso de casación interpuesto porque, para operar la acumulación, dentro siempre de los parámetros jurisprudenciales, existían combinaciones de resoluciones condenatorias, diferentes a la establecida, que favorecerían más al penado.

En la STS de 13 de noviembre de 2018 (n.º 550), se precisa que, *primero*, los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, y, *segundo*, los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación, no pueden incluirse en el mismo bloque. Por otra parte, en aplicación del APTS de 27 de junio de 2018, advierte que, siendo posible elegir ejecutoria inicial y final en beneficio del reo, *no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido*. A la posibilidad de elección de un bloque acumulativo, en el sentido de que cabe optar por la sentencia inicial y la final, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido pero sin excluir condenas intermedias que cumplan el requisito cronológico elegido, se refiere también STS de 13 de noviembre de 2018 (n.º 546).

#### 2.4 ¿Acumulación de causas todavía no resueltas?

El Auto de 29 abril 2016 de la AP de Málaga contiene una línea doctrinal novedosa, en tanto acumula las penas ya impuestas en sentencias firmes con las penas futuras que pueden imponerse al penado en causas en las que todavía no hay resolución firme, ni, por lo tanto, pena privativa de libertad ejecutable. (11)

Para las penas ya en cumplimiento, impuestas por sentencias firmes, la AP de Málaga, teniendo en cuenta el triple de la pena mayor de 7 años impuesta por un delito continuado de blanqueo de capitales (21 años), fija, de conformidad con lo previsto en el art. 76 CP, el

---

(11) *Vid.* NISTAL BURÓN, J., «La acumulación jurídica «a futuro» de penas que aun no han sido impuestas. Su justificación en el tratamiento penitenciario del penado», *Diario La Ley*, n.º 8793, 29 de junio de 2016, *passim*.

límite de 20 años de cumplimiento. Pero, además y ahí está lo novedoso de esta resolución, lo fija también con relación a las condenas que pudieran recaer al penado en el futuro, «dada la naturaleza de los delitos imputados al Sr. R. y las penas previstas para los mismos». Es decir, entendemos, como las penas que se le pudieran eventualmente imponer, dadas las infracciones presuntamente cometidas, no podrían alterar aquel límite acumulativo, la Sala opta por aprobar ya la acumulación.

Como fundamento para su decisión, la AP de Málaga tiene en cuenta, que el «panorama procesal del Sr. R. hace difícil la operación de refundición de penas, pues mientras que se celebran los juicios, recae sentencia y el Tribunal Supremo o la Audiencia Provincial resuelven los pertinentes recursos de casación o de apelación, resulta realmente incierta la fecha y el órgano jurisdiccional que pueda llegar a realizar la repetida refundición de penas, pues con bastante seguridad cuando un órgano esté practicando tal operación, recaerá la firmeza de una nueva sentencia, pasando a ser el Tribunal de esta última el competente para hacerla.»

Continúa el Auto de 29 abril 2016 de la AP de Málaga manifestando que aquella «problemática procesal no es baladí, toda vez que se han aportado resoluciones del Juzgado de Vigilancia penitenciaria en las que se manifiesta que las cuestiones penitenciaria[s] del penado, como por ejemplo los permisos penitenciarios del interno dependerán del pago de la responsabilidad civil (de la que ya lleva satisfechos más de 9 millones de €) así como «de la conveniencia de esperar a que se incluyan en la pertinente hoja de cálculo, tras la oportuna refundición o acumulación jurídica si procediera, a fin de determinar no solo de forma exacta las fechas de cumplimiento sino también el programa tratamental a seguir en atención a los tramos temporales de cumplimiento»».

Concluye la AP su razonamiento, manifestando que «[L]a realidad es que el Sr. R. lleva en situación de prisión preventiva ininterrumpida desde el 29-3-2006, sin haber obtenido ni un solo permiso penitenciario, por lo que hemos de convenir que la acumulación de condenas es esencial para el tratamiento penitenciario del interno.» (12)

Estamos de acuerdo con el planteamiento del Auto de 29 abril 2016 de la AP de Málaga, dada su razonabilidad y sensibilidad para con la recuperación social del interno, si bien la aplicación de la doctrina en el mismo contenida en otros supuestos donde las cosas no resulten tan claras con respecto a las futuras condenas, pensamos que dará lugar a pronunciamientos del TS.

---

(12) Según informaciones periodísticas, el penado al que se refiere el Auto de 29 abril 2016 de la AP de Málaga disfrutó ya su primer permiso penitenciario: <http://www.elmundo.es/andalucia/2016/11/19/5830865be5fdea1e558b45a5.html>.

### 3. ABONOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN

Materia también muy importante porque la decisión de abonar o no, esto es, quitar, deducir –o no hacerlo– del total de la pena a cumplir determinados periodos temporales va a implicar, a la postre, más o menos tiempo de estancia continuada en un Establecimiento Penitenciario. Estudiaremos en este apartado, primero, recientes resoluciones del TS sobre estas cuestiones y, segundo, el régimen de recursos al que el propio TS ha dado carta de naturaleza en materia de abonos de prisión preventiva, y que consideramos que es extrapolable a los posibles abonos en tiempo de prisión de otras medidas cautelares que, de una manera o de otra, han implicado una restricción de la libertad de las personas sobre las que han recaído.

#### 3.1 Decisiones del Tribunal Supremo en materia de abonos

Nos centraremos en las producidas con relación al denominado «doble cómputo», que propició la STC 57/2008, de 28 de abril pero que está ya actualmente superado, y al abono en días de prisión de las comparecencias de las personas que se encontraban en libertad provisional en la tramitación de la causa en la que resultaron posteriormente condenados.

##### 3.1.1 CON RELACIÓN AL «DOBLE CÓMPUTO»

Resultan de interés las resoluciones que tienen como objeto de decisión el abono o no de determinados periodos de prisión preventiva una vez producida la entrada en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, que modificó la redacción del art. 58 CP para dejar meridianamente claro, en su último inciso, que: «En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa». Esta nueva redacción, como resulta conocido, puso coto normativo al denominado «doble cómputo» de un único periodo de privación de libertad a dos causas distintas, al que condujo, como acabamos de indicar, la STC 57/2008, de 28 de abril.

La STS de 7 junio 2016 examina una de las situaciones transitorias que pueden emerger después de la entrada en vigor del art. 58 CP posterior a la reforma de 2010 y, para resolver, toma en consideración la doctrina del propio TC que, en Sentencia 261/2015, de 14 de diciembre (a la que ya hemos hecho referencia), otorgó el amparo al recu-

rente por vulneración del derecho a la libertad personal, constatando que durante la mayor parte del tiempo en que el demandante simultaneó la condición de preso preventivo y penado no había entrado en vigor la nueva redacción del artículo 58.1 CP, dada por la LO 5/2010, de 22 de junio y, en consecuencia, concluyendo que debió habersele descontado dicho periodo de su condena, en virtud de la doctrina emanada de la STC 57/2008, de 28 de abril. (13)

Bien, pues la STS de 7 de junio de 2016, asumiendo, como decimos, la anterior doctrina del TC –y corrigiendo el parte el criterio mantenido con anterioridad–, (14) se indica que la posibilidad de aplicar el doble cómputo en los supuestos en que se simultanea la condición de preso preventivo y de penado *se genera momento a momento*, de forma que solo a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva redacción del art. 58 CP resulta aplicable la prohibición del doble abono, *manteniéndose en cuanto al tramo anterior el criterio interpretativo sentado en la STC 57/2008, de 28 de abril*. En las propias palabras de la STS de 7 de junio de 2016: «Es decir, el momento a contemplar no es la fecha de dictado de la sentencia en cuya causa estuvo el condenado en situación de preso preventivo, al tiempo que era penado por ejecutoria anterior, como indicaban nuestras anteriores resoluciones; menos aún la fecha de la sentencia que determinaba la condición de penado a la vez que estuvo preventivo; sino el de la data concreta, momento a momento, en que se simultanean ambas condiciones.» En el caso concreto enjuiciado, comoquiera que el periodo supuestamente abonable objeto de discusión fue entre el 18 de enero de 2013 y el 20 de octubre de 2014, tramo transcurrido todo él estando ya vigente –desde el 23 de diciembre de 2010– el nuevo art. 58 CP, el TS concluye que no corresponde el doble cómputo interesado.

### 3.1.2 CON RELACIÓN A LAS COMPARECENCIAS

La STS de 7 de enero de 2014, de la que discreparon dos miembros de la Sala, dictada de conformidad con el criterio expresado en

---

(13) En aplicación de la misma doctrina, la STC 137/2016, de 18 de julio (y con anterioridad la STC 48/2016, de 14 de marzo), declara que en los supuestos en que se simultanea la condición de preso preventivo y penado *la posibilidad de aplicar el doble cómputo se genera momento a momento*. Por ello, al recurrente debió habersele descontado de la condena el periodo de tiempo en el que ostentaba esa doble condición hasta la fecha en que entró en vigor la reforma del CP operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el precepto que prohíbe esta práctica.

(14) Por ejemplo, en Auto de 3 diciembre de 2015, donde lo determinante para denegar el doble cómputo fue que la fecha de la sentencia que imponía la pena de prisión (para la que se pretendía el abono) era posterior a la reforma del art. 58 CP.



Pleno no jurisdiccional, estableció una doctrina muy novedosa, ya que consideró que los días de comparecencia obligada en sede judicial por personas imputadas que estuvieron en libertad provisional, en tanto que implican una restricción de la libertad individual, deben ser compensados restando días efectivos de la pena de prisión a la que resultaron posteriormente condenados. (15) Efectivamente, en lo que ahora nos interesa, el texto del APTS de 19 de diciembre de 2013 fue el siguiente: «La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado».

Muy resumidamente, según lo resuelto por el TS, el abono del tiempo durante el cual el imputado estuvo sujeto a la medida cautelar de libertad provisional, con la obligación *apud acta* de comparecer ante el juzgado o tribunal, es un deber derivado de los principios que latan en los arts. 58 y 59 CP. Para la Sala, la lectura de ambos preceptos *evidencia el carácter imperativo de la previsión legal*, y el criterio de la compensación ha de ser expresión de los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Con ello vinculado, y focalizando la atención en el art. 59 CP, pone de relieve el Alto Tribunal que el legislador ha tenido en cuenta que la equivalencia entre la pena aplicada y la gravedad del delito se debe observar incluso en el caso en que, como consecuencia de la infracción penal, el Estado haya privado, legítima pero anticipadamente, de derechos al después declarado autor del aquél. Teniendo en cuenta que la pena constituye por sí misma una *reducción del estatus del autor del delito con respecto a sus derechos fundamentales*, la privación de derechos adelantada durante el proceso *constituye un adelanto de la pena que no puede operar en contra del acusado*. Para el TS, si se negara la compensación de la pérdida adelantada de derechos, se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derecho; por el contrario, esa pérdida anticipada debe serle posteriormente compensada.

En la STS de 7 de enero de 2014, la compensación de un día de prisión por cada diez comparecencias, se reputa el como equilibrada, razonable y, por lo tanto, susceptible de aplicación a supuestos de similar o igual naturaleza al resuelto.

Finalmente, el TS, estima que el criterio afirmativo sustentando con respecto a la compensación, además de sentar sus bases en el sig-

---

(15) Vid. ARRIBAS LÓPEZ, E., «El abono de las comparecencias ante Juzgado o Tribunal en días efectivos de prisión», *Diario La Ley*, n.º 8285, 3 de abril de 2014.

nificado constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art.1 CE), tendrá consecuencias beneficiosas para el sistema de cumplimiento de las penas y para la propia efectividad de las medidas cautelares. En efecto, por un lado, se argumenta que el posicionamiento favorable a la compensación contribuirá a eliminar la rutinaria aplicación de una medida restrictiva de la libertad que no siempre ha resultado ejemplar. Por otro, también será beneficioso al facilitar el efecto pedagógico asociado a la idea de que el cumplimiento por el imputado de la obligación de comparecer siempre conllevará la perspectiva favorable de su futura compensación.

La línea jurisprudencial iniciada en la STS de 7 de enero de 2014 con relación al abono en días de prisión de las comparecencias ha continuado, por ejemplo, con las SSTS de 23 diciembre 2014 y de 3 junio de 2015.

### 3.2 El régimen de recursos en materia de abonos

Valorando la introducción del recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria (RCUDP) en la Disposición adicional quinta (DA 5.<sup>a</sup>) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, la STS de 26 septiembre de 2013, determinó su adecuación impugnatoria en materia de abono de prisión preventiva, y lo hizo de forma tal que dibujó un cuadro completo del sistema de impugnación de decisiones referidas a aquella materia que es el siguiente:

«a) Cuando el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente haya de abonarse en la misma causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas, la decisión del Juez de lo Penal (o Juez Central de lo Penal) será recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional), resolviendo así la impugnación sin ulterior recurso. Si la resolución cuestionada ha sido dictada por la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional), en su condición de órgano sentenciador, el auto será recurrible en casación con arreglo a las previsiones de la Ley de 17 de enero de 1901.

b) Cuando se trate de abonar la prisión provisional en causa distinta a aquella en la que se hubiere decretado, la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria será susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional). Contra esta decisión cabrá interponer recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.»

Como hemos ya adelantado, pensamos que lo acordado por el TS en materia de régimen de recursos sobre abono de prisión preventiva sería extrapolable a los posibles abonos en tiempo de prisión de otras medidas cautelares que, de una manera o de otra, han implicado una restricción de la libertad de las personas sobre las que han recaído, tal y como hemos visto que sucede con las comparencias *apud acta*.

#### 4. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA PENITENCIARIA

En lo que sigue, dedicaremos un apartado a exponer las características fundamentales del recurso y otro a dar cuenta de las principales decisiones de la Sala Segunda del TS en materia penitenciaria al resolver recursos de casación para la unificación de doctrina. (16)

##### 4.1 Las características fundamentales del recurso

Estudiaremos su entrada en el ordenamiento, objeto y finalidad, por un lado, y sus requisitos y delimitación negativa, por otro.

###### 4.1.1 INTRODUCCIÓN DEL RECURSO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, OBJETO Y FINALIDAD

El RCUDP fue introducido en la DA 5.<sup>a</sup> LOPJ por la LO 5/2003, de 27 de mayo. Su contenido es este: «Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.» (17)

(16) *Vid.* ARRIBAS LÓPEZ, E., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria: un análisis jurisprudencial», *Diario La Ley*, n.º 8737, 8 de abril de 2016.

(17) El RCUDP estaba originalmente contenido en el n.º 7 de la DA 5.<sup>a</sup> LOPJ; después de la reforma operada en la misma por la LO 7/2003, de 30 de junio, paso a estarlo en el n.º 8.

A tenor de norma que acabamos de transcribir, el recurso cabe bien contra Autos de las Audiencias Provinciales (AAAAPP) o de la Audiencia Nacional (AN) no susceptibles de casación ordinaria. En orden a la finalidad del RCUDP, las SSTTS de 30 de septiembre y 24 de noviembre de 2004 declaran que lo es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, con el objetivo último de tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad, máxime, añadimos nosotros, en una materia que incide, de una manera u otra, en el derecho fundamental a la libertad del art. 17 CE y en la reeducación y reinserción social como finalidad de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE).

#### 4.1.2 REQUISITOS

Los dividiremos en dos bloques.

##### 4.1.2.1 *Relativos a la identidad fáctica y normativa*

El RCUDP requiere la identidad, por un lado, del supuesto legal de hecho y, por otro, de la norma jurídica aplicada. Apreciarlos *«supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos sustancialmente iguales, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, en función de una diferente interpretación de un mismo precepto legal, que -en consecuencia- debe ser corregida por esta Sala, con la finalidad de que la aplicación del derecho penitenciario sea de todo punto uniforme en supuestos idénticos. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y consiguientemente, el de seguridad jurídica. El principio de identidad de la norma se traduce en la identidad de supuesto de hecho (en el sentido de la descripción de aquellos elementos fácticos que conforman su previsión normativa) y el de consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de tal supuesto de hecho. Por otro lado, también es evidente que, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos criterios interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad.»* (STS de 3 de febrero de 2016, con referencia a la STS de 30 de septiembre de 2004).

#### 4.1.2.2 *Relativo a la contradicción doctrinal*

Nos estamos refiriendo a la oposición entre las diversas interpretaciones de la norma y a su relevancia para la decisión de la resolución recurrida.

La contradicción significa que, con anterioridad, un órgano judicial se haya pronunciado de manera diferente a cómo lo ha hecho la resolución impugnada mediante la presentación del RCUDP; este requisito *«justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha concedido en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste. Deberán alegarse en consecuencia dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo, y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada»* (STS de 3 de febrero de 2016, con referencia a la de 30 de septiembre de 2004).

El origen jurisdiccional de las resoluciones aportadas como de contraste puede ser diverso: de la misma AP, de otra Sección de igual AP, de AP distinta –que, a su vez, traen su causa en resoluciones originadas en los respectivos JVP–, de la AN cuando resulte competente (al resolver los recursos presentados contra el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, JCVP), o, incluso, del propio TS, resolviendo un RCUDP. (18) Lo que el Alto Tribunal veda es que la resolución de contraste proceda del TC. En efecto, en la STS de 3 de febrero de 2016 las resoluciones referenciales de contraste aportadas por la parte recurrente, en materia de permisos penitenciarios de salida, eran las SSTTCC 75/1998, de 31 de mayo, y la 112/1996, de 24 de junio. Al respecto, dice el TS que no resulta aceptable establecer términos comparativos con resoluciones del TC, toda vez que la doctrina emanada de este es la que debe inspirar las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en materia de garantías constitucionales, y no establecer entre ellas posibles contradicciones. Por eso, lo correcto para el TS es alegar dicha doctrina ante los diferentes tribunales y en los sucesivos recursos que puedan interponerse, pero no utilizarla como uno de los elementos comparativos de la contradicción.

---

(18) Si se trata de una AP o de la AN, la resolución tomará la forma de Auto, y si lo es del TS, será una Sentencia.

#### 4.1.3 DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL RECURSO

Los contornos del RCUDP también han sido definidos de manera negativa por el TS al decir que:

*1.º No es una tercera instancia jurisdiccional.*

Y no lo es porque, como se recoge en la STS de 3 de febrero de 2016, con cita de las de 30 de septiembre y 24 de noviembre de 2004 «*Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en pro de sus pretensiones una previa doble instancia judicial en donde depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuren su controversia, de modo que en este trance casacional únicamente se controlará por este Alto Tribunal que la doctrina legal aplicable sea la ajustada al ordenamiento jurídico, resolviendo esta Sala casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales discrepancias (en la instancia). Se añade que este recurso exige la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada*».

Reiterando lo dicho, no se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han ser unificadas (STS de 30 de septiembre de 2004).

*2.º No es posible entrar en la valoración de los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal «a quo», que han de respetarse siempre.*

En efecto, no podrán cuestionarse ante el TS los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar (STS de 30 de septiembre de 2004).

*3.º No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma, en dos casos:*

*a)* Cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales.

La ejecución de la pena privativa de libertad en España se realiza conforme al denominado sistema de individualización científica y las decisiones que se toman en el devenir del cumplimiento de la pena (concesión de permisos penitenciarios de salida, clasificación en ter-

cer grado-régimen abierto, concesión de libertad condicional) están basadas en informes personalizados sobre el interno y en pronósticos de comportamiento futuro. Por eso, con mucho fundamento, dice el TS que *«cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar.»* (STS de 3 de febrero de 2016).

Este aspecto de la definición negativa del RCUDP se encuentra íntimamente vinculado al requisito positivo de la identidad fáctica, ya que realidades de hecho distintas originan diagnósticos y pronósticos diferentes. Son dos caras de la misma moneda.

b) Cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

## 4.2 Algunos criterios materiales adoptados

Examinaremos los relativos a la aplicación retroactiva de normas penales desfavorables, permisos de salida, la toma en consideración de circunstancias nuevas en segunda instancia, posesión de objetos prohibidos por la normativa penitenciaria, compatibilidad entre sanciones disciplinarias y restricción de comunicaciones, baja en redención de penas por el trabajo por quebrantamiento de condena, exigencia del requisito del pago de la responsabilidad civil para el acceso a la libertad condicional y, finalmente, al abono del pago del transporte de pertenencias del interno entre diferentes establecimientos penitenciarios.

### 4.2.1 LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE NORMAS «DESFAVORABLES» DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

La STS de 12 de junio de 2006 acotó el ámbito de aplicación de la Disposición transitoria única de la LO 7/2003 de 30 de junio, de modificación del CP, dejando extramuros del mismo al art. 36 CP en su versión anterior la Ley 7/2003 y, en consecuencia, declaró que no es exigible el cumplimiento de la mitad de la condena de prisión a los penados por hechos delictivos cometidos antes de la vigencia de la nueva redacción del art. 36 CP, y subrayó, por tanto, que solo será aplicable tal exigencia de cumplimiento de la mitad de la condena de prisión cuando los hechos se hayan cometido con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva versión del citado art. 36 CP (2 de julio

de 2003). Importante decisión porque, a partir de la reforma de ese precepto, se exigió, en determinados casos, el cumplimiento de la mitad de la condena para operar la clasificación en tercer grado de las personas que cumplen una pena privativa de libertad.

Pensamos que la importancia de la doctrina aludida se alza después de la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, dadas las modificaciones que ha introducido en aspectos muy importantes de la ejecución de las penas privativas de libertad; por ejemplo y sin ir más lejos, fijándonos en la nueva regulación del instituto de la libertad condicional que, como resulta conocido, ha pasado de ser una peculiar forma de cumplimiento del último tramo de la condena impuesta (se llegó a llamar el «cuarto grado» del sistema de ejecución), pero de cumplimiento a fin de cuentas, a una modalidad de suspensión de la pena, en la que, por definición, la pena privativa de libertad *no se sigue cumpliendo, sino que queda suspendida*. En efecto, valorando que, en determinados casos y como ya se ha señalado por parte de la doctrina, (19) la nueva regulación podría más desfavorable para algunos internos que mantenerse en determinadas modalidades del régimen abierto, sería plausible sostener, en contra de algunas opiniones doctrinales, (20) *precisamente tomando como argumento de peso la STS de 12 de junio de 2006*, que la nueva regulación de la libertad condicional solo sería aplicable a las personas que cumplan la pena de prisión a la que hayan sido condenados por hechos cometidos después de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y no para las que la estén cumpliendo por hechos anteriores. (21)

#### 4.2.2 PERMISOS DE SALIDA

En la temática de los permisos de salida penitenciarios, instrumento clave del sistema de individualización científica para posibili-

(19) SOLAR CALVO, P., «La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP n.º 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016», *Diario La Ley*, n.º 8873, 29 de noviembre de 2016, *passim*; ORTEGA CALDERÓN, J. L., «El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», *Diario La Ley*, n.º 8652, 24 de noviembre de 2015, p. 3.

(20) NISTAL BURÓN, J., «Aplicación en el tiempo de una nueva norma jurídica que endurece el acceso a los beneficios penitenciarios», *Diario La Ley*, n.º 8831, 26 de septiembre de 2016, *passim*.

(21) No es el objeto de estudio de este trabajo y no podemos detenernos ahora en la defensa de esa tesis, no solo por lo que respecta a la libertad condicional, sino para cualquier reforma en materia de ejecución y cumplimiento de condenas que implique un efecto desfavorable para el penado (por ejemplo, en el retraso al acceso al tercer grado-régimen abierto por la imposición de determinados mínimos temporales de cumplimiento). El tema será objeto de atención en un trabajo posterior.



tar la recuperación social de las personas que están cumpliendo una pena privativa de libertad, se patentiza materialmente el requisito de igualdad fáctica que hemos reseñado más arriba. En efecto, no exageramos si decimos que «cada persona es un mundo» y en lo penitenciario no es fácil que nos encontremos en dos casos iguales y eso tiene un reflejo evidente en muchas de las decisiones que se van adoptando durante la ejecución de la pena, especialmente en aquellas que, de una forma u otra, implican que el interno recupere ciertos márgenes de libertad. Los diagnósticos y pronósticos son personales, individualizados, y es difícil encontrar una identidad situacional porque casi siempre hay aspectos diferenciales aunque, en principio, las situaciones pueden parecer semejantes u homologables. Esto que decimos se aprecia perfectamente en el ámbito de los permisos de salida. No puede extrañarnos por ello que las resoluciones del TS que han decidido RCUDP en materia de permisos de salida que hemos tenido ocasión de examinar, lo hayan desestimado. Al respecto, podemos referirnos a la SSTS de 3 de febrero de 2016 y 9 de diciembre de 2015, Auto del TS de 28 de junio de 2007 y SSTS de 24 de noviembre y 30 de septiembre de 2004. Podemos decirlo así: con respecto a los permisos de salida es muy difícil, por no decir imposible, encontrar una identidad situacional de tal calibre que pueda dar origen, en unificación de doctrina, a la casación de una resolución judicial que haya no autorizado o autorizado el permiso de salida a un interno.

También en materia de permisos de salida, pero no ya en el examen de si, dicho de manera ilustrativa, a un interno se le autoriza la salida y a otro no, sino en la correcta interpretación del contenido del art. 157.1 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (RP), ha incidido la reciente STS de 17 de junio de 2016. (22) El problema de fondo a dilucidar era si el art. 157 RP reserva la revocación de los permisos de salida a los supuestos de fuga o comisión de nuevo delito durante el disfrute del

---

(22) El art. 157 RP, que lleva como rúbrica «Suspensión y revocación de permisos de salida», dice lo siguiente:

«1. Cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario o extraordinario, se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección podrá suspender motivadamente con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento de la Autoridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda.

2. Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugar 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.»

permiso, conforme a lo estipulado en su número 2, pero no en los casos del número 1, que se refiere a las circunstancias que acontecen antes del disfrute del permiso, donde solo se alude a la posibilidad de operar una suspensión provisional del mismo por el Director del Centro donde el recluso se encuentre.

El TS zanja la cuestión de la siguiente forma: «Cuando el art. 157.1 del Reglamento Penitenciario, establece que si antes del disfrute del permiso y ante la aparición de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron la concesión del mismo, el Director podrá suspender el permiso y lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial «para que resuelva lo que proceda», debe entenderse que entre las facultades del Juzgado Vigilancia Penitenciaria no solo está ratificar o no la suspensión, *sino también revocar el permiso concedido, cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute* [la cursiva es nuestra].»

#### 4.2.3 LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS NUEVAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA JURISDICCIONAL DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

¿Resultaría admisible que por la AP, como segunda instancia, se tuviesen en cuenta datos o circunstancias sobrevenidas, alegadas en el recurso y que, por no haberse producido todavía, no pudo valorar el JVP al adoptar la resolución de la que trae causa la impugnación?

Al respecto, en la STS de 27 de abril de 2012 se indica que está «fuera de duda que, desde un punto de vista legal y de dogmática procesal, el recurso de apelación, por principio, debe versar sobre el mismo objeto que lo hubiera sido de la resolución apelada; pues, de otro modo, el juicio correspondiente no sería, en rigor, el propio de la segunda instancia y tampoco el tribunal competente operaría como un órgano de esta naturaleza. Por tanto, es claro que, como regla, es esta la que debe regir y conforme a la que debe decidirse en este caso.» Ahora bien, matiza la Sala esta afirmación indicando que es «evidente que un régimen procesal de Vigilancia Penitenciaria, para ser funcional a su objeto y al propio cometido constitucional del tratamiento de los internos en centros de esa índole, necesita adecuarse con razonable flexibilidad al ritmo de este, para no volverse, paradójicamente, contra su objeto», si bien, esa flexible adecuación queda limitada en tanto «[...] será preciso que a la incuestionable importancia de la circunstancia emergente que haga imprescindible su examen, se una la posibilidad de abordarla contando con todos los datos relevantes al respecto, porque se hayan aportado o, incluso, porque se reclamen.»

Después de leer los anteriores razonamientos, no debe extrañarnos demasiado la conclusión resolutoria, hasta cierto punto salomónica, a la que se llega de estimación del recurso interpuesto por el MF «[...] en el sentido de que, como regla, en la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria deberá estarse a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de este; 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, estas puedan ser examinadas contradictoriamente y tenidas en cuenta para dictarla.»

#### 4.2.4 POSESIÓN DE OBJETOS PROHIBIDOS POR LA NORMATIVA PENITENCIARIA

Aunque el objeto sobre cuya posesión había discrepancias entre diferentes resoluciones judiciales era una videoconsola con módem marca «PlayStation 2», pensamos que la doctrina sentada en la STS de 28 de febrero de 2013 es perfectamente extrapolable a otros objetos de similares características cuya posesión no esté permitida en los Centros por la normativa interna penitenciaria.

La resolución objeto de RCUDP, el AAP de Lugo de 11 de abril de 2012, desestimó el de apelación interpuesto contra AJVP n.º 3 de la misma ciudad (AJVP), denegando al interno la posesión dentro del centro penitenciario de una videoconsola con módem marca «PlayStation 2». Las resoluciones de contraste fueron los AAP de Madrid (Sección Quinta) de 13 de enero de 2010 y 30 de marzo de 2011, en los que sí se autorizó tal posesión. En este caso, el TS consideró la procedencia de dar respuesta a la discrepancia de criterios apreciada en las resoluciones contrastadas fijando la doctrina que consideró más acorde con la normativa aplicable. Esta no fue otra que la mantenida por la AAP de Lugo de 11 de abril de 2012, que determinó la posible quiebra de la seguridad del centro si se autorizaba el aparato indicado, en base a lo establecido en el art. 51 RP, que señala los artículos y objetos no autorizados en un establecimiento penitenciario e incluye, entre otros, a todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, así como los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior de aquel. (23)

---

(23) En la STS de 28 de febrero de 2013 también se alude, examinado como normativa, al Protocolo de Actuación en Materia de Seguridad aplicable en los Centros Penitenciarios, aprobado mediante la Instrucción 3/2010, de 12 de abril, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. En su Introducción se afirma que nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología contribuyen a crear espacios de inseguridad, mientras que en su apartado 2.2, referido al control de obje-

#### 4.2.5 COMPATIBILIDAD ENTRE SANCIONES DISCIPLINARIAS Y RESTRICCIÓN DE COMUNICACIONES

En la STS de 25 de noviembre de 2014, la Sala, al examinar el recurso y dejando previamente bien claro que los órganos jurisdiccionales deben evitar un inadecuado e inmotivado uso de la restricción de las comunicaciones como sanción encubierta a determinados comportamientos de los internos, establece la compatibilidad –y, por consiguiente, la no vulneración del principio *non bis in ídem*– de las sanciones disciplinarias anudadas a la comisión de la falta prevista en el apartado f) del art. 109 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 120/1981, de 8 de mayo, (24) con las restricciones de comunicaciones orales previstas en el art. 51 de la LOGP y en los arts. 41 y siguientes del RP vigente.

No obstante, en la STS de 25 de noviembre de 2014, se confirma el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita a las decisiones judiciales, que, como hemos visto más arriba, es una nota que configura negativamente el RCUDP, de tal suerte que es posible que en esta materia de compatibilidad de sanciones disciplinarias y restricción de comunicaciones pueda apreciarse, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, *elementos que permitan considerar cierta desproporción entre, por un lado, la conducta del interno y, por otro, la concurrencia de una restricción de comunicaciones añadida a una sanción disciplinaria*.

#### 4.2.6 BAJA EN LA REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO POR QUEBRANTAMIENTO

El viejo instituto de la redención de penas por el trabajo, previsto en el art 100 del Código Penal de 1973 (CP/73) y expulsado del sistema de penas por el CP vigente pero de aplicación todavía para algunos internos por aplicación de su normativa transitoria, ha vuelto a hacer aparición en el foro en la reciente STS de 7 de noviembre de 2016 que, precisamente, resuelve un RCUDP. Recordando que una de las causas de pérdida del beneficio de la redención era el quebrantamiento de condena o su intento (arts. 334 y 335 CP/73, actua-

---

tos prohibidos, se consideran como tales los relacionados en el ANEXO II; en la letra C) de este último («APARATOS ELECTRÓNICOS»), se incluyen como prohibidos, en el número 8.º, las videoconsolas y los videojuegos, y, en su número 5.º, los reproductores y/o grabadores de imagen.

(24) El apartado indicado dice: «Introducir, hacer salir o poseer en el establecimiento objetos que se hallaren prohibidos por las normas de régimen interior».

les arts. 468 y 469 CP), la doctrina unificada emanada de esa resolución del Alto Tribunal es la siguiente:

1.º) En los casos en que esté pendiente proceso penal por quebrantamiento de condena, será necesario sentencia firme de condena para la pérdida del derecho de redención de penas por trabajo del art. 100.1 CP/73.

2.º) En los casos en que por prescripción del delito u otra causa similar, no sea posible la sentencia condenatoria, los Jueces y Tribunales competentes deberán valorar si los datos fácticos existentes en la causa constatan la existencia del quebrantamiento en cuyo caso podrán acordar la pérdida de tal derecho.

#### 4.2.7 PAGO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO REQUISITO DE ACCESO A LA LIBERTAD CONDICIONAL

La suspensión de la condena y la concesión de la libertad condicional del penado, además del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 90.1 CP, exige, por mor de lo previsto en su párr. 3.º, el pago de la responsabilidad civil. En efecto, dice la norma: «No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.» (25)

La STS de 2 de febrero de 2018, dictada en unificación de doctrina penitenciaria, ha incidido sobre el requisito del pago de la responsabilidad civil para el acceso a la libertad condicional, estimando el recurso interpuesto para determinar la interpretación procedente del artículo 90 CP, en cuanto a que las medidas que pueden ser impuestas y referidas a la responsabilidad civil *no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. En conclusión, el salario mínimo interprofesional y los parámetros de ese art. 607 cons-

---

(25) Por su parte, el art. 72.5 LOGP dice que: «La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.»

tituyen límite y criterio para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito.

Hay posiciones distintas en la doctrina sobre si lo resuelto en la STS de 2 de febrero de 2018 debe ceñirse únicamente al acceso a la libertad condicional o si, por el contrario, se debe ir más allá y aplicarlo también en el caso de clasificación o progresión al tercer grado penitenciario. (26)

#### 4.2.8 ABONO DEL PAGO DEL TRANSPORTE DE PERTENENCIAS DEL INTERNO ENTRE DIFERENTES ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

El art. 318.1 RP recoge que «Todo interno que se 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.»

La cuestión que decide la STS de 14 de diciembre de 2018 es quién debe asumir –la Administración o el interno– el coste del transporte de un televisor perteneciente al segundo cuando éste se traslada de centro penitenciario, en concreto quién lo asume cuando el peso de las pertenencias del interno no supera el límite de peso fijado reglamentariamente (25 kilogramos). Bien, pues el TS decide que es la Administración Penitenciaria quien debe asumir el coste del transporte de las pertenencias personales, incluido el televisor, en los casos de traslado de un interno a otro establecimiento penitenciario, siempre y cuando el peso total de las pertenencias no supere el límite de peso fijado, y ello con independencia del carácter forzoso o voluntario del traslado del interno. Especifica además la STS de 14 de diciembre de 2018 que será la Administración quien se haga cargo de todos los gastos cuando la persona privada de libertad no tenga recursos económicos. (27)

(26) Contrario enteramente a lo resuelto en STS de 2 de febrero de 2018, NISTAL BURÓN, J., «El umbral de lo inembargable en la satisfacción de la responsabilidad civil «ex delicto» Legalidad procesal civil «versus» legalidad penitenciaria.», *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 11/2018. Partidaria de una interpretación abierta, que abarque al tercer grado, e incluso a los permisos de salida, SOLAR CALVO, P., «La exigencia de la RC en el medio penitenciario. La necesaria aplicación de la STS 59/2018, de 2 de febrero, de unificación de la doctrina», *Diario La Ley*, n.º 9347, 29 de enero de 2019.

(27) En detalle sobre el tema, NIETO GARCÍA, A. J., «Los gastos de transporte de televisores de internos entre centros penitenciarios a la luz de la regulación administrativa y de la STS 657/2018 de unificación de doctrina», *Diario La Ley*, n.º 9342, 22 de enero de 2019.

# La ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Doctora Internacional  
Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Penal  
Universidad CEU San Pablo

## RESUMEN

*A través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se introdujo en nuestro país la pena de prisión permanente revisable, pena que ya ha sido efectivamente impuesta por nuestros tribunales. La introducción en 2015 de esta nueva institución no vino acompañada del diseño de un sistema de ejecución penitenciaria propio, pues hasta el momento la Ley Orgánica General Penitenciaria permanece inalterada. Sin embargo, sí que existe un modelo de cumplimiento para esta nueva pena indeterminada, que además evidencia el claro riesgo de convertirla en perpetua, sin posibilidad práctica real de revisión. El siguiente trabajo tiene como objeto el examen de los diferentes aspectos de la ejecución penitenciaria de la pena de prisión permanente revisable así como un análisis de las principales figuras penitenciarias en las cinco primeras sentencias de prisión permanente revisable.*

Palabras clave: *Prisión permanente revisable, ejecución penitenciaria, reinserción social, revisión*

## ABSTRACT

*The Organic Law 1/2015, March 30th, was introduced in our country the penalty of revisable permanent prison. That penalty has already been effectively imposed by our courts. That law was not accompanied by a system of prison execution. The General Penitentiary Organic Law we remains unchanged until now. However, there is a compliance model for this new indeterminate penalty, which also shows the clear risk*

*of turning it into perpetual, with no real practical possibility of revision. The aim of this work is the examination of the different aspects of the penitentiary execution of the reviewable permanent prison sentence. An analysis of the main penitentiary aspects of the first five reviewable permanent prison sentences is a date.*

Key words: *Reviewable permanent prison, social reintegration, revision*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Especial consideración al principio de reeducación y reinserción social.–III. Régimen especial del artículo 36 del Código Penal para la progresión a tercer grado.–IV. Permisos de salida.–V. Libertad condicional.–VI. Beneficios penitenciarios.–VII. El proceso de revisión.–VIII. Análisis de los aspectos penitenciarios de las primeras cinco sentencias de pena de prisión permanente revisable.–IX. Conclusiones.–X. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1928 fue el primer código en eliminar expresamente del catálogo de penas la mención a la cadena perpetua y a la reclusión a perpetuidad desterrando así, durante todo el siglo xx y los inicios del siglo xxi, esta pena indeterminada en el ordenamiento español. La pena de prisión permanente revisable ha sido introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pasando a ocupar esta nueva pena, la cúspide del sistema penológico español (1).

La pena de prisión permanente revisable no queda específicamente definida en el articulado de nuestro Código Penal (2). Se trata de una consecuencia jurídica que se ha positivizado sin llevar a cabo una revisión del sistema de penas (3). Se configura en nuestro ordenamiento como una

(1) Vid. FERRER GARCÍA, A. M.: «La prisión permanente revisable», en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 12, La reforma del Código Penal a debate, Universidad de Deusto, Bilbao, 2016, p. 16.

(2) Vid. MIR PUIG, C.: «La pena de prisión permanente revisable en el Derecho Penal español en la reforma del Código Penal de 2015», GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Aranzadi, Madrid, 2018, p. 577.

(3) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 96.



pena privativa de libertad de carácter grave (artículo 33.2 y 35 del Código Penal), que puede ser revisada con arreglo al artículo 36.1 del Código Penal. Se considera una pena diferente a la pena de prisión, afectando a aspectos de regulación legal, aplicación judicial y cumplimiento penitenciario. Su verdadera naturaleza es la de una pena de prisión de duración indeterminada sujeta a un régimen de revisión de carácter excepcional, por lo que en principio se trata de una pena perpetua y de por vida (4).

Los supuestos para los que se prevé son de extraordinaria gravedad. Por un lado, respecto de los tipos agravados de asesinato tendríamos: cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (artículo 140.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal); cuando sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima (artículo 140.1.2.<sup>a</sup> del Código Penal); cuando se hubiera cometido por quien pertenece a un grupo y organización criminal (artículo 140.1.3.<sup>a</sup> del Código Penal); cuando el reo haya sido condenado por la muerte de más de dos personas (artículo 140.2 del Código Penal). Por otro lado, se recogen las siguientes figuras delictivas: el homicidio del Jefe de Estado (Rey o Reina) o su heredero (Príncipe o Princesa de Asturias) (artículo 485.1 del Código Penal); el homicidio de Jefe de Estado extranjero, o a otra persona especialmente protegida por un tratado, que se halle en España (artículo 605.1 del Código Penal); delitos de genocidio con homicidio o agresión sexual (artículo 607.1.1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> del Código Penal); crímenes de lesa humanidad, en el supuesto de que se cause la muerte de alguna persona (artículo 607 bis, 2.1.<sup>o</sup> del Código Penal).

Ciertamente, ya existían en nuestro sistema penas privativas de libertad de larga duración, pero el legislador no podía dar la espalda a la renovación de los tiempos conforme a la realidad social actual además de una necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia, y así poder garantizar resoluciones judiciales más acordes con la percepción social de justicia (5). El Informe del Consejo General del Poder Judicial señala esta última apreciación como un concepto puramente especulativo, puesto que no acude a datos empíricos, sino a la sensación de valoración por parte de la opinión pública (6).

Aunque los crímenes más graves actualmente tengan mayor repercusión social, la delincuencia en España no había aumentando de manera

---

(4) Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.; NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 272.

(5) Según el Anteproyecto de Código Penal de 11 de octubre 2012.

(6) Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código Penal, 16 de enero de 2013, p. 12.

alarmante antes de la inclusión de la pena de prisión permanente revisable, sino, por el contrario, se encontraba en descenso (7). Según las estadísticas de criminalidad del Ministerio del Interior antes de la entrada en vigor de la pena de prisión permanente revisable, el número de homicidios dolosos y asesinatos en 2010 ascendió a 401, en 2011 se registró un leve descenso a 385; en 2012 continuó bajando hasta 364; en 2013 hubo un gran descenso a 302; en 2014 un leve aumento a 323; en 2015 volvió a haber una bajada a 302 casos totales a nivel nacional (8).

Debemos recordar que no podemos eliminar el delito con la pena, pues no hay alquimia que reste el injusto mal con la justa imposición de un mal. Siendo por ello una respuesta coherente y necesaria, a través de los valores constitucionales del ordenamiento, y cuya falta reprochamos en el delincuente. Lascuraín Sánchez afirma de esta nueva institución que no nos protege más, no nos hace más libres y en cambio, si nos convierte en bastante menos civilizados, ya que la considera inhumana, inadaptable a la culpabilidad del sujeto, alberga incertidumbre y no provee una resocialización digna de nuestra Carta Magna (9).

Son varios los problemas que plantea la pena de prisión permanente revisable respecto de los principios de legalidad y seguridad jurídica. En primer lugar, la garantía de determinación judicial, siendo necesario que previamente la ley fije la duración de la pena de prisión que ha de tomar en consideración el juez, sin dejar su concreción a posteriores decisiones administrativas llevadas a cabo en sede penitenciaria (10). Los penados a prisión permanente revisable lo único que saben con certeza y de antemano es el mínimo de privación de libertad al que serán sometidos hasta poder solicitar la revisión que podrá ser estimada o no. Deja su duración máxima indeterminada y sometida a la discrecionalidad de las autoridades, abriendo un espacio de incertidumbre e inseguridad jurídica que impide conocer el contenido esencial de la pena, independientemente de las distintas figuras penitenciarias a las que luego pueda acceder. En segundo lugar, la garantía de temporalidad no vitalicia y garantía de revisión, debiendo fijar un período mínimo y máximo de

---

(7) Vid. CARBONEL MATEU, J. C.: «Prisión permanente revisable», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 213.

(8) Datos estadísticos del portal estadístico de criminalidad del Ministerio del Interior, Gobierno de España. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/jaxiPx/Datos.htm?path=/Datos/1//10/&file=01001.px&type=pcaxis>.

(9) Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «No solo mala: inconstitucional», en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Dir.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016, p. 124.

(10) Vid. JUANATEY DORADO, C.: «Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable», en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 20, 2013, p. 5.

cumplimiento penitenciario, sin permitir su indeterminación, así como recoger medios para poder optar a su interrupción, levantamiento o finalización. La perpetuidad en la pena provoca su indeterminación, y por otro lado, aunque nuestra actual regulación de la prisión permanente recoge la revisión, ciertamente los criterios de la revisión son excesivamente subjetivos como veremos más adelante. Y en tercer lugar, la garantía de seguridad jurídica donde se exige taxatividad en la exigencia de requisitos para alcanzar la liberación. No parece ajustado a las exigencias de un Derecho Penal el hecho de que se requiera un pronóstico de peligrosidad favorable basado en criterios completamente subjetivos y futuribles, imposibles de determinar con certeza.

Respecto a la posible vulneración del principio de humanidad el Anteproyecto de Código Penal de 2012 utiliza dos argumentos para defender ésta pena. Por una lado, que en la legislación penitenciaria y en el Código Penal se prevén posibilidades de revisión de la pena permanente. Y por otro lado, que los sujetos destinatarios de esta pena no son personas, sino enemigos. Nosotros entendemos que nuestro sistema reconoce a los delincuentes como seres humanos merecedores de un castigo digno, no como enemigos. Es por ello que arrebatarle la libertad, a priori y de manera permanente a un ser humano, aunque quepa la revisión pero esta no garantiza la liberación, es contrario a la construcción humanista del Derecho penal conforme al artículo 25.2 de la Constitución Española. Además, parece claro que una privación de libertad como la pena de prisión permanente revisable impide el desarrollo integral de la personalidad de una persona, asegurando que todo internamiento superior a quince años corre un grave riesgo irreversible en la personalidad del preso.

Toda pena perpetua que no esté sometida a término puede vulnerar la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes conforme a lo sostenido por nuestro Tribunal Constitucional (STC 181/2004). Si bien es cierto que tener la cualidad de revisable da una esperanza de libertad, sin embargo, el excesivo periodo de seguridad al que se somete la primera de las revisiones, veinticinco años, y las dificultades de la suspensión ponen de manifiesto cierta irracionalidad del castigo que siempre estará sujeto a la indeterminación de una examen de peligrosidad (11).

Por otro lado, no debemos olvidar que uno de los principales argumentos que avalan la introducción de la prisión permanente revisable en nuestro sistema penal es que esta pena ya se encuentra en el catálogo penológico de muchos de los países de nuestro entorno como Italia, Alemania, Francia, Bulgaria, Austria, Grecia, Irlanda o Reino Unido. Si bien es cierto, debemos tener presente que el mandato cons-

---

(11) Vid. REDONDO HERMIDA, A.: «La cadena perpetua en Derecho Penal español», en *La Ley Penal*, n.º 62, 2009, p. 56.

titucional de orientación primaria hacia la rehabilitación y reeducación de las penas y medidas de seguridad que nuestra legislación prevé, no se encuentra en todos los países del entorno europeo, por lo que estos Estados no contarían con esta barrera en la introducción, en sus respectivos derechos, de la prisión permanente revisable. Además, respecto al marco de revisión de las penas perpetuas de los países de nuestro entorno tienen tiempos más cortos: a partir de los 7 años en Irlanda; de los 10 años en Bélgica y Finlandia; 12 años en Dinamarca; 15 años en Austria, Suiza y Alemania; 20 años en Grecia; entre los 20 y 25 años en Gran Bretaña; 22 años en Francia, y 26 años en Italia (12). En cuanto al periodo mínimo de cumplimiento, la prisión permanente revisable española está muy por encima de la media europea, ya que la mayor parte de los Estados establecen períodos de cumplimiento inferiores a los 20 años.

## II. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL PRINCIPIO DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL EN LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

El eje central del debate acerca de la prisión permanente revisable se centra en su constitucionalidad. La doctrina mayoritaria ha esgrimido importantes argumentos acerca de la inconstitucionalidad de la nueva figura penal, por considerarla contraria a la previsión preventivo especial contenida en el artículo 25.2 de la Constitución española y el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (13). Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha reiterado varias veces que la reeducación y reinserción del penado, no son el único fin legítimo de la pena, pero no es menos cierto que nuestro ordenamiento constitucional tiene como orientación principal de las penas y medidas de seguridad, la rehabilitación del condenado. Es

---

(12) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Prólogo a la vigésima primera edición», en GIMBERNAT ORDEIG, E.; MESTRE DELGADO, E.: *Código Penal 21.ª Edición*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 21.

(13) Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S.: «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas de muy larga duración», en *Otro Sí*, n.º 12, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, octubre-diciembre 2012, p. 29; Así como Vid. SERRANO GÓMEZ, A.: «Sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en VV. AA.: *Constitucionalidad y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje al Profesor Antonio Torres del Moral*, Tomo II, Universitas, Madrid, 2012, p. 1813. También Vid. LOZANO GAGO, M. L.: «La nueva prisión permanente revisable», en *Diario La Ley*, N.º 8191, 14 de noviembre de 2013, p. 103.

por ello que parece que la pena de prisión permanente revisable, y en general, toda pena que se extienda por encima de los 15 años de duración (14), interpone graves inconvenientes para la efectiva reincorporación del penado a la sociedad (15).

La reinserción social se configura como una proyección que debe de ser garantizada para los condenados a pena de prisión, debiendo el Estado en todo caso remover aquellos obstáculos que pudieran encontrarse en el camino resocializador, y poniendo en práctica todos los medios e instrumentos necesarios para que la tarea reinsertadora surta los efectos esperados, siempre en consonancia con la Constitución Española, la Ley General Penitenciaria y su Reglamento de desarrollo. En palabras de García Valdés, «*a nadie se le enseña a vivir en sociedad si se le aparta de ella*» (16).

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado hasta el momento por la compatibilidad de la prisión perpetua, sea revisable o no, con la Constitución Española, si ha hecho alusión en algunas de sus sentencias como por ejemplo la STC 91/2000 donde se pronunció sobre la compatibilidad de la pena de ergastolo, considerándola una pena inhumana y degradante incompatible con los fines de reinserción social que nuestra Carta Magna proclama, en los artículos 15 y 25, como orientación de las penas privativas de libertad (17).

### III. RÉGIMEN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL PARA LA PROGRESIÓN A TERCER GRADO

El estudio del régimen de ejecución de la pena de prisión permanente revisable nos obliga a detenernos en la posibilidad que tienen los condenados por a la misma a la misma acceder al tercer grado penitenciario. El artículo 72.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que siempre que de la observación y clasificación corres-

(14) La Resolución 76 (2) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de febrero de 1976, sobre el tratamiento de los prisioneros de larga duración recomendaba a los estados miembros lo siguiente: «(9) *Asegurar que los casos de todos los prisioneros serán examinados tan pronto como sea posible para determinar si la libertad condicional puede o no ser concedida.* (12) *Asegurar que tenga lugar una revisión de la cadena perpetua, en el sentido del punto 9, si no antes, tras 8 a 14 años de privación de libertad y se repita a intervalos regulares.*».

(15) *Vid.* Informe del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes (CPT 2013), de 30 de abril de 2013.

(16) *Cfr.* GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma de las cárceles*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978, p. 17.

(17) Fundamento jurídico noveno de la STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000.

pondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden. Esto se deriva del sistema de individualización científica que rige en nuestro sistema penitenciario. Además, debemos añadir el punto cuarto del mismo artículo 73 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 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.

Para proceder a la clasificación o progresión a tercer grado, dentro del régimen general de cumplimiento, debe haber extinguido la cuarta parte de la condena o condenas para poder ser propuesta su progresión a tercer grado (según el artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario), además de concurrir las variables intervinientes en el proceso de clasificación enumeradas en el artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario.

En cuanto a la prisión permanente revisable, la posibilidad de que un condenado pueda acceder al tercer grado está sometido a un requisito objetivo y otro subjetivo. El primero de ellos es el tiempo, recogido en el artículo 36.1 del Código Penal, debiendo haber cumplido quince años de condena, equiparando de este modo el periodo de seguridad de la pena máxima general que permite el Código Penal. Para organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo serían veinte años, la mitad de la pena máxima excepcional de cuarenta años de prisión.

El segundo requisito es que el tribunal sentenciador, antes de autorizar el tercer grado, se sirva de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, recogido también en el artículo 36 en el punto segundo. En este caso, que sea el tribunal sentenciador el que autorice el tercer grado hace que se aparte de la regla general de concesión por parte del Centro Directivo, previa propuesta de la junta de tratamiento, como dispone el artículo 103.4 del Reglamento Penitenciario. Son muchas las críticas debido a la falta de proximidad con el preso entre el tribunal sentenciador y la junta de tratamiento, por eso lo más conveniente hubiera sido dejar su concesión en manos del Juez de Vigilancia Penitenciaria (18).

A su vez el artículo 78 bis del Código Penal, introducido en la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, nos resulta novedoso al incluir una serie de plazos mínimos de cumplimiento para acceder al tercer grado para las personas que cumplen la pena de prisión permanente revisable, variando según se haya impuesto de forma exclusiva o en

---

(18) Vid. GÁLVEZ JIMÉNEZ, A.: «La aplicación de la prisión permanente revisable», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 18, Mayo de 2018, p. 11.

conurrencia con otras penas de la misma o distinta naturaleza. En primer lugar, cuando la pena de prisión permanente revisable concorra con penas que no excedan, en su conjunto, de 5 años, la regla general será de, al menos, 15 años de cumplimiento efectivo. La regla especial será cuando el penado lo hubiera sido por un delito recogido en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, cuyo cumplimiento será de, al menos, 20 años. En segundo lugar, cuando la pena de prisión permanente revisable concorra con penas que excedan, en su conjunto, de 5 años, la regla general será de, al menos, 18 años de cumplimiento efectivo. La regla especial será cuando el penado lo hubiera sido por un delito recogido en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, cuyo cumplimiento será de, al menos, 24 años. En tercer lugar, cuando la pena de prisión permanente revisable concorra con penas que excedan, en su conjunto, de 15 años, la regla general será de, al menos, 20 años de cumplimiento efectivo. La regla especial será cuando el penado lo hubiera sido por un delito recogido en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, cuyo cumplimiento será de, al menos, 24 años. Y en último lugar, cuando la pena de prisión permanente revisable concorra con penas que sumen, en su conjunto, 25 años o más; o bien se impongan dos o más penas de prisión permanente revisable, la regla general será de, al menos, 22 años de cumplimiento efectivo. La regla especial será cuando el penado lo hubiera sido por un delito recogido en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, cuyo cumplimiento será de, al menos, 32 años.

A través de la reforma producida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se introduce un nuevo apartado tercero al artículo 36 del Código Penal que amplía la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, así como de los septuagenarios, valorando su escasa peligrosidad.

#### IV. PERMISOS DE SALIDA

En la historia del penitenciarismo español se conocen licencias dadas a los reclusos antes de que se conformaran en nuestra Carta Magna los principios de reeducación y reinserción (19). Posterior-

---

(19) Ejemplo de ello, cabe citar el caso del Coronel Montesinos, Director del presidio de Valencia, quien entre 1834 y 1854, permitía salidas temporales a los reclusos de dicho presidio. O el caso de Victoria Kent durante su etapa de Directora Gene-

mente, si hacemos lectura del artículo 109 del Decreto 2273, de 29 de julio de 1977, que modificó parcialmente el Reglamento de Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, vemos que se configuraron los permisos de salida como un recompensa para estimular la buena conducta y el espíritu de trabajo de los reclusos. En la orden circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de 4 de octubre de 1978, aclaraba la verdadera naturaleza jurídica de los permisos de salida, manifestando que estos permisos eran considerados como un derecho subjetivo de concesión automática. Por otro lado, en Europa, puede citarse el caso de Lusier, Director del Establecimiento Penitenciario del Cantón de Valais (Suiza), quien, aun sin fundamento legal alguno, otorgaba, tras la Segunda Guerra Mundial, permisos de cuarenta y ocho horas de duración a los presos que observaran buena conducta y hubieran satisfecho la mitad de su pena (20).

Los permisos de salida como preparación para la vida en libertad, constituyen un importante elemento de tratamiento, concebido éste como el conjunto de actuaciones directamente encaminadas a favorecer la reinserción social de los internos y, en concreto, su capacidad para la vida responsable en sociedad (21). Atendiendo a nuestro objeto de estudio, la pena de prisión permanente revisable, y conociendo previamente la necesidad del requisito de temporalidad, el Código Penal ha debido de indicar un plazo específico, ya que al carecer de límite temporal concreto de esta pena no sería posible realizar el cálculo para conceder permisos de salida. Dispone el artículo 36.1 que los condenados a pena de prisión permanente revisable no podrán disfrutar de permisos de salida hasta que no hayan cumplido un mínimo de ocho años, salvo en delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo que deberán haber cumplido un mínimo de doce años.

Hay que recordar que el permiso de salida no es un premio o recompensa sino un derecho del interno integrado en el tratamiento penitenciario orientado a la reinserción social. En la Ley Orgánica General Penitenciaria se distingue entre «Recompensas», situadas en el Capítulo V del Título II «Del Régimen Penitenciario», y «Permisos

---

ral en la Segunda República española. Así aparece citado en GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006, *passim*.

(20) Vid. MIR PUIG, C.: *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 183.

(21) Así lo manifiestan los artículos 47.2 y 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.



de salida», ubicados en el Capítulo VI del mismo título (22). La mayoría de la doctrina considera que los permisos de salida ordinarios son un derecho subjetivo condicionado al cumplimiento de los requisitos legales, y a que no exista, además, ninguna circunstancias subjetiva que impida lograr la reeducación y reinserción social del penado (23). En el Preámbulo del Reglamento Penitenciario, bajo el epígrafe II, incluye los permisos de salida dentro del elenco de contacto con el exterior, declarándose, por vez primera, que éstos constituyen un derecho de los internos.

Es por ello que hay dos cuestiones que debemos resaltar. Por un lado, en el caso de los condenados a prisión permanente revisable por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se aplicará el plazo general de ocho años, ya que no se incluyen en el supuesto especial de terrorismo. Y por otro lado, no se distingue a los condenados en función del número de delitos cometidos, a diferencia de lo que sucede con el tercer grado o la suspensión (24). Sorprenden los parámetros utilizados, ya que ocho años es la cuarta parte de treinta y dos, y doce años es la cuarta parte de cuarenta y ocho, a diferencia de lo que se utiliza para el acceso al régimen abierto siendo treinta y cuarenta años las referencias. Esto supone un endurecimiento excepcional e injustificado por la diferencia de criterios entre progresión a tercer grado y acceso a permisos de salida, así lo apunta el propio Informe del Consejo General del Poder Judicial. Si hubiéramos utilizado los mismos parámetros que para el acceso al tercer grado, los plazos para los permisos de salida deberían haber sido permitidos a los siete años y seis meses y a los diez años, respectivamente (25).

Volviendo a la realidad normativa, una vez el interno cumpla ocho años de condena y estar clasificado en segundo grado, podrá obtener

---

(22) Todavía se resalta más en el Reglamento Penitenciario, en que los permisos de salida se ubican bajo el Título VI, y las recompensas bajo el Capítulo VI del Título X «Del régimen disciplinario y de las recompensas». En el artículo 263 del Reglamento Penitenciario los permisos de salida no figuran en la lista de recompensas, entre las que sí figuran las comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales. Asimismo, se establece que las recompensas son concedidas por la Comisión Disciplinaria (artículo 264), a diferencia de los permisos de salida que son concedidos por la Junta de Tratamiento [artículo 273.g)].

(23) Así lo ponen de manifiesto entre otros GARCÍA VALDÉS, C.: *Op. cit.*; p. 156; MIR PUIG, C.: *Op. cit.*, p. 189; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 124.

(24) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 199.

(25) Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, M.: «Prisión perpetua», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 209.

treinta y seis días de permisos de salida anuales, y cuando sea clasificado en tercer grado, lo que podrá ocurrir a partir del cumplimiento de quince años de condena, podrá disfrutar de los permisos correspondientes a este grado de clasificación, que son cuarenta y ocho días al año, más los fines de semana. No obstante, el transcurso del plazo de ocho años no es suficiente, ya que además deben ser favorables el resto de variables, algo muy complicado si tenemos en cuenta los criterios de concesión recogidos en la Tabla de Variables de Riesgo (TVR) (26) de la Instrucción 22/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, siendo altamente criticada por su arbitrariedad y subjetividad.

Respecto de la institución que concede los permisos de salida, al no introducirse ninguna modificación, entendemos que se seguirá el protocolo previsto en los artículos 160 a 162 del Reglamento Penitenciario, donde indica que el Juez de Vigilancia Penitenciaria (27) concederá los permisos de salida ordinarios cuando estén clasificados en segundo grado. Cuando sean de más de dos días de duración, cuando el permiso sea para dos o menos días, será concedido por el Centro Directivo (28).

## V. LIBERTAD CONDICIONAL

La libertad condicional forma parte del sistema de individualización científica, se configura como una institución penal que fomenta el cumplimiento de la orientación constitucional enfocada a la resocialización de los condenados. Para García Valdés, la libertad condicional es el último grado del sistema penitenciario (29), prescribiendo el precepto legal, artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitencia-

---

(26) Las variables de riesgo que componen la TVR son las siguientes: extranjería, drogodependencia, profesionalidad delictiva, reincidencia, quebrantamientos anteriores, artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía y presiones internas a las que puede estar sometido el interno. Todo ello en CLEMENTE, M., et al.: *Validación y depuración de la Tabla de Variables de Riesgo en el disfrute de Permisos de Salida*, Facultad de Psicología, en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Internos, Madrid, 1993, *passim*.

(27) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «El control jurisdiccional a la actividad penitenciaria», en *Cuadernos de política criminal*, N.º 40, Dykinson, 1990, 102.

(28) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Op. Cit.*, p. 98.

(29) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma», en VV. AA.: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1066.

ria, que describe el sistema penitenciario español nos dice que las penas privativas de libertad se ejecutarán conforme al sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional.

Si bien es cierto, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se desnaturaliza la libertad condicional, conservando su denominación de origen pero desviando su esencia a otra institución penal, la suspensión de la condena (30). Es especialmente relevante en la pena de prisión permanente revisable la conversión de la libertad condicional en un supuesto de suspensión, ya que si en todas las penas privativas de libertad permite cumplir el último periodo de la pena en libertad, y para ello así se regula en el artículo 90 del Código Penal, en el caso de la prisión permanente revisable, se salta esa posibilidad al ser su finalidad permitir la excarcelación definitiva.

La suspensión de la ejecución de la pena pasa a ser en el Código Penal una figura que abarca la suspensión propiamente dicha, la sustitución de la pena y la libertad condicional, lo que implica una confusión entre no entrar en prisión como alternativa a las penas de corta duración, y la excarcelación anticipada al final de la condena en todo tipo de penas privativas de libertad, si además sumamos el proceso de revisión de la pena de prisión permanente revisable que se regula también dentro de la suspensión de la ejecución, el resultado es una regulación compleja y de difícil comprensión (31).

Es en el artículo 92 del Código Penal donde se recoge el supuesto específico de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, que aunque exige similares requisitos que la libertad condicional, solo en su número 3 la vincula a ésta, cuando realmente se trata del proceso de revisión necesario para que no acabe siendo una pena perpetua, teniendo en cuenta que se trata de una pena de duración indeterminada. Por ello, en realidad la suspensión de la ejecución de la pena está operando como una vía de revisión o de finalización de la condena, más que como una excarcelación adelantada o último grado del sistema de individualización científica.

Al producirse la modificación ya señalada, nos encontramos con dos importantes obstáculos en relación con la prisión permanente revisable. El primero de ellos es que la libertad condicional se regula dentro de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, que en el Código Penal es una pena diferente a la prisión permanente revisable, por lo

---

(30) Vid. GUIASOLA LERMA, C.: «Comentarios al artículo 92», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 382.

(31) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Op. Cit.*, p. 203.

tanto no alcanza a esta segunda sanción. Y el segundo obstáculo es que el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena en una pena que no tiene una duración determinada no es posible calcularlo, salvo que se entiendan los límites previstos para su revisión en el artículo 92.1 (veinticinco años). Por lo tanto, el legislador ha previsto en el artículo 90 la libertad condicional de las penas de prisión en general, y por otro lado, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, que en realidad cumple la función de permitir la finalización de esta pena en el artículo 92, es decir, que se priva a la prisión permanente revisable de la aplicación de la libertad condicional, ya que la finalidad de la revisión no es excarcelar anticipadamente, sino permitir la excarcelación de una pena que de no revisarse sería indeterminada.

Con todo ello, comprobamos que se ha modificado la esencia del tratamiento penitenciario basado en la evolución a través de la progresión individual del condenado, sustituyéndose el enfoque resocializador por un enfoque estrictamente punitivo. Con las reformas realizadas por la Ley Orgánica 7/2003 y la Ley Orgánica 10/2003 se vio como afectaron al tercer grado y a la libertad condicional al priorizar el aspecto cronológico en el primero y anular en ambos el valor del pronóstico individualizado de reinserción social por el condicionante del pago de la responsabilidad civil. Con la última reforma, no solo no se mantienen estos aspectos sino que la libertad condicional solo mantiene el nombre pero no su significado y necesidad penitenciarios. Como hemos podido observar, lo más grave del régimen penitenciario previsto para la prisión permanente revisable es que, además de una más que posible vulneración del mandato del artículo 15 y 25.2 de la Constitución Española, anula el sistema de individualización científica vaciándolo de contenido, e incluye periodos de seguridad en figuras que son derechos reconocidos a los internos cuando se cumplen los requisitos previstos legalmente. Queda obsoleta la voluntad del artículo 71.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de priorizar el tratamiento sobre el régimen, que dice que el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.

## VI. BENEFICIOS PENITENCIARIOS

El fundamento jurídico de los beneficios penitenciarios se encuentra en los principios de reeducación y reinserción social. Es el artículo 02.1 del Reglamento Penitenciario quien nos hace entender que los benefi-

cios penitenciarios son medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento, y se encuentran condicionados a cumplir los requisitos establecidos legalmente para dar su concesión. Solo hay tres clases de beneficios penitenciarios, en primer lugar, el adelantamiento de la libertad condicional (32); en segundo lugar, la suspensión de la ejecución de la pena a causa de una enfermedad o por razones humanitarias (artículo 91.3 del Código Penal); y en tercer lugar, el indulto particular (recogidos en el artículo 202.2 del Reglamento Penitenciario).

Respecto a la primera clase de beneficios penitenciarios, el adelantamiento de la libertad condicional, al analizarla en la pena de prisión permanente revisable vemos que es una figura imposible de obtener legalmente, estando destinado este adelantamiento a penas privativas de libertad con duración determinada.

En cuanto a la segunda clase de beneficio penitenciario, debemos dejar reseñado que el Código Penal en el apartado tercero del artículo 91 nos dice que a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, mediante dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario un informe de pronóstico final para valorar la situación del preso (33). Por otro lado, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.

Por último, la tercera clase de beneficio penitenciario, el indulto que se encuentra estrechamente relacionado con la pena perpetua, ya que se trata de una figura dotada de mucha flexibilidad, actuando cuando otras figuras más rígidas no pueden aplicarse para interrumpir el cumplimiento de una pena vitalicia, es por eso que en algunos casos solo la clemencia puede facilitar la excarcelación de una pena tan prolongada, que de otra manera, no encontraría otro mecanismo reductor (34).

---

(32) Debemos aclarar que la libertad condicional como tal es una forma específica de cumplimiento de la condena de privación de libertad, aunque de ser adelantada estaría encuadrada normativamente dentro de los beneficios penitenciarios.

(33) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «Clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (Comentario al Auto de 19 de abril de 2004, del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)», en *La Ley Penal*, N.º 8, 2004, p. 107.

(34) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Op. cit.*, p. 292

El supuesto específico recogido en el artículo 206 del Reglamento Penitenciario, tiene una serie de características: es considerado un beneficio penitenciario, por lo tanto permite conceder mejoras penitenciarias valorando el esfuerzo del interno; lo propone el equipo técnico a la Junta de Tratamiento, lo que debe indicar una motivación técnica y con criterios profesionales; lo tramita el Juez de Vigilancia Penitenciaria; y recoge motivos que lo fundamenta: buena conducta, desempeñar una actividad laboral normal y participar en actividades de reeducación y reinserción social, de manera extraordinaria durante dos años. Esto último lo aleja del carácter de premio y lo acerca hacia el carácter rehabilitador. En ningún momento, en la última reforma del Código Penal, hace mención de que los condenas a prisión permanente revisable estén exentos de la figura del indulto, ya que pecaría de falta de igualdad dentro de los presos, si bien es cierto que el endurecimiento de la duración de pena hace intuir la dificultad de que un preso de estas características llegue a poder obtener un indulto.

Esta figura puede tener una utilidad para poder adelantar la excarcelación de un condenado a prisión permanente revisable, dado los extensos plazos legales previstos para su revisión, pero sin ceder al control judicial, para que tanto su concesión como su denegación sean motivadas, y no supongan, en ningún caso, una vulneración al principio de igualdad. En el caso de que un condenado a prisión permanente revisable obtuviera el indulto, entendemos que lo sería de la totalidad de la pena, ya que al no tener límite temporal máximo, sino indeterminado, no puede ser indultado de una parte de la pena (35). Por lo tanto, se excarcelaría, se daría por cumplida la pena de prisión permanente revisable, y no se deberían imponer obligaciones y deberes puesto que forman parte del cumplimiento de la pena indultada. Pese a todo, el indulto no es una garantía de la revisión de la pena de prisión permanente revisable, por ser una figura discrecional, con poca reglamentación y no estar sometida al control judicial (36).

## VII. EL PROCESO DE REVISIÓN

Bajo el fraude de etiqueta de la suspensión de la ejecución, se encuentra la sedicente vía legalmente prevista, el proceso de revisión, que tiene como finalidad la posible excarcelación de los condenados a

---

(35) *Ibíd.*, p. 295

(36) *Vid. SANZ DELGADO, E.: Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 79

la pena de prisión permanente revisable. Tal es la importancia de la revisión, que en la Exposición de Motivos (37) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se considera imprescindible para que la pena perpetua resulte ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos, toda vez que este exige que se garantice una expectativa de liberación al condenado. Resulta sorprendente que el proceso de revisión no adquiera independencia y autonomía en la norma punitiva, apareciendo escuetamente mencionado en el artículo 36.1 del Código Penal, precepto que nos remite al artículo 92 del mismo cuerpo legal, donde se regula el proceso de revisión junto a la suspensión de la ejecución.

El proceso de revisión de la pena de prisión permanente revisable es en realidad una forma de suspensión de la condena para la que se exigen una serie de requisitos, recogidos en el artículo 92 del Código Penal, que permiten suspender la ejecución, pudiendo dar paso a una excarcelación provisional. Estos son: el transcurso de un periodo de tiempo obligatorio, la clasificación penitenciaria en tercer grado y ciertos criterios valorativos. Una referencia especial merecen los requisitos 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.

El primer requisito para la revisión y, en su caso, para la concesión de la suspensión de la prisión permanente es de carácter temporal. Este requisito se refiere a la necesidad de pasar un tiempo determinado hasta que se pueda plantear la revisión de la condena. A través de las remisiones del artículo 92 al artículo 78 bis del Código Penal se hace una farragosa relación de los tiempos que deben transcurrir antes de que se pueda producir la revisión en las diferentes posibilidades desde el supuesto general siendo su alcance de veinticinco años de condena hasta las varias combinaciones de concurso de delitos donde pasamos por los veintiocho, treinta y treinta y cinco años, este último para casos de terrorismo.

El segundo requisito para poder acceder a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable es excluyente y consiste en estar clasificado en tercer grado, como así lo recoge el artículo 92.1.b) del Código Penal. Para poder hablar de esta clasificación, nos debemos remitir de nuevo a la temporalidad, ya que para los condenados a prisión permanente revisable también se les exige unos mínimos temporales para poder acceder a este grado penitenciario, como ya hemos visto en apartados anteriores.

---

(37) Vid. VIVES ANTÓN, T.: «La dignidad de todas las personas», en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coordinadora): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 179.

El tercer, y último requisito, para poder obtener la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente es la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social (38). Teniendo en cuenta los dos primeros requisitos bastante difíciles de alcanzar, ahora debemos sumar la acreditación de una serie de condiciones que el legislador nos ha dispersado a lo largo de varios artículos del Código Penal. La dificultad en emitir un pronóstico de comportamiento futuro es una de las cuestiones que más preocupa en esta pena perpetua, ya que todos los requisitos unidos al tiempo transcurrido, pueden dar lugar a una predicción de conducta criminal alejada de la realidad (39), entre otras razones por la arbitrariedad y falta de justificación, es por esto que no debemos olvidarnos que se encuentra en juego la excarcelación o no de un sujeto que ha cometido un delito muy grave. Por ello se deduce la necesidad de exigir una rigurosa motivación cuando se deniegue por posible reincidencia, ya que en definitiva el pronóstico es sobre el comportamiento futuro (40).

Continuando con el artículo 92 del Código Penal en su apartado segundo, hace una mención especial a las organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo requiriendo que en estos casos será necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas, además de colaborar de forma activa con las autoridades. Dicha colaboración se encuentra determinada en la ley.

La solicitud de suspensión de la pena de prisión permanente revisable será resuelta en un procedimiento oral. En concreto, el artículo 92.1 determina que concurrirán al mismo el Ministerio fiscal y además el acusado que estará asistido por un letrado. La suspensión puede estar condicionada al cumplimiento de una o varias de las prohibiciones y deberes incluidos en el artículo 83 CP. Además, si las circunstancias valoradas por el juez o tribunal para conceder la suspensión de la pena varían, puede acordar el cumplimiento de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o bien el alzamiento de las mismas (artículo 92.3 del Código Penal). Si la petición de suspensión no se admite, el tribunal que

---

(38) Vid. CÁMARA ARROYO, S.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 206.

(39) Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 124; también en MARCO FRANCIA, M. P.: «La peligrosidad criminal y las técnicas de prevención de riesgos. Especial referencia a la delincuencia sexual peligrosa», en *ADPCP*, Vol. LXIX, 2016, p. 279.

(40) Vid. MARTÍNEZ GARAY, L.; MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 2, 2018, p. 5.



resuelve puede fijar hasta un plazo de duración de un año en el que no se podrán presentar nuevas solicitudes (artículo 92.4). En caso de que se admita la suspensión, ésta puede durar de cinco a diez años, que empezarán a contar, en la suspensión y libertad condicional, desde que se haya puesto en libertad al penado. En cualquier momento, el Juez de Vigilancia penitenciaria puede revocar la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional. El motivo sobre el que se fundamentará la revocación es sobre un cambio de circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión. Además, la revocación puede producirse por algunas de las causas recogidas en el artículo 86 del Código Penal. Durante la suspensión de la pena, el Juez revisará como mínimo cada dos años que se cumplen los requisitos que permitieron que el penado obtuviese la libertad condicional.

Una vez que haya finalizado el plazo de suspensión de la pena sin que el condenado a prisión permanente revisable haya cometido ningún delito, y siempre que haya mostrado una conducta acorde con lo previsto por el Tribunal, este puede acordar la remisión de la pena, ya que así se dispone en el artículo 87.1 del Código Penal (41). En caso de que la pena sea remitida se extinguirá la responsabilidad penal. Teniendo en cuenta que la pena de prisión permanente revisable es una pena grave, la cancelación de los antecedentes penales se producirá transcurridos diez años desde que finalizó la condena (artículo 136.1.e) del Código Penal).

## VIII. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PENITENCIARIOS DE LAS PRIMERAS CINCO SENTENCIAS DE PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

– Sentencia n.º 42/2017, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra

La primera de las sentencias con la imposición de la pena de prisión permanente revisable llega más de dos años después de la inclusión en nuestro ordenamiento de esta nueva institución: Sentencia n.º 42/2017, de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra. El condenado David Oubel, el 31 de julio de 2015 en su casa de Moraña, asesinó a sus dos hijas de 4 y 9 años, respectivamente, degollándolas. Previamente les había hecho ingerir fármacos y les había producido una serie de cortes. Dichos hechos se enjuiciaron con un

---

(41) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, C.: «Aspectos procesales de la prisión permanente revisable. Una aproximación al acceso al tercer grado, permisos de salida, remisión y remisión definitiva», en *Anales de Derecho*, diciembre 2015, p. 33.

Tribunal del Jurado, constituido por nueve jurados y una magistrada. En la sentencia se reitera que el Jurado ha cumplido el mandato que exige una sucinta explicación (42) de las razones por las que se admiten o rechazan determinados hechos, concluyendo que en el acta del veredicto se considera por unanimidad al acusado culpable de los dos asesinatos cualificados por la alevosía y agravados por ser las víctimas menores de dieciséis años. Debemos evidenciar que el propio David Oubel reconoce los hechos que se le atribuyen, destacando que en los exámenes psicológicos y psiquiátricos practicados a éste, no se observó ninguna alteración o enfermedad que afectase a la imputabilidad del acusado.

Con todo ello, la Magistrada ante este caso de doble asesinato (persona imputable, víctimas menores de dieciséis años, agravación por alevosía de desvalimiento y circunstancia mixta de parentesco al ser padre de las niñas) sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 del Código Penal en relación el artículo 140.1 del Código Penal, con la pena de prisión permanente revisable. Siguiendo las directrices del Código, que a efectos de la pena impuesta, David Oubel podrá obtener su primer permiso de salida a los ocho años (artículo 36.1 del Código Penal), podría alcanzar el tercer grado a los veintidós años ((artículo 78 bis.1.c) del Código Penal, siempre y cuando se den todos los requisitos referidos en el Código), y podrá iniciar el proceso de revisión a los treinta años. Conociendo su fecha de nacimiento, 26 de abril de 1975, habiendo cumplido cuarenta y dos años en el momento de la sentencia y habiendo computado dos años de prisión provisional, a los cuarenta y ocho años podrá solicitar su primer permiso de salida; a los sesenta y dos el tercer grado; y a los setenta podrá iniciar el proceso de revisión, a continuación se producirá el plazo de suspensión que puede ir de cinco a diez años (artículo 92.3 del Código Penal). Si se da todo esto, la remisión definitiva de la pena en este caso podría darse entre los treinta y cinco a los cuarenta años, es decir, David Oubel podría extinguir la responsabilidad criminal entre los setenta y cinco y los ochenta años de edad, siempre y cuando todos los requisitos exigidos en la ley se cumplieren y no se diera ninguna regresión de grado.

– Sentencia 100/2018, de 21 de marzo, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

La segunda de las sentencias con la imposición de la pena de prisión permanente revisable se ejecuta en Tenerife. A diferencia de la primera, explica con mayor detalle las circunstancias especiales del

---

(42) Artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

caso. Sergio Díaz Gutiérrez, el 14 de enero de 2016, se personó de manera sorpresiva en el domicilio de Salvador, abuelo de su ex pareja, en Icod de los Vinos (Santa Cruz de Tenerife) propinándole más de 30 puñaladas, además de numerosos golpes, falleciendo a causa del desangramiento de las heridas. La víctima de 66 años de edad, convivía con uno de sus cuatro hijos aunque en el momento de los hechos se encontraba solo, sufrió en 2010 un ictus que le dejó como secuelas la disminución de sus capacidades motoras y la alteración del lenguaje. De esta situación era conocedor Sergio, ya que le había informado su ex pareja.

Dichos hechos se enjuiciaron con un Tribunal del Jurado que pronunció un veredicto de culpabilidad. Con todo ello, la Magistrada condena a Sergio como autor de un delito de asesinato con alevosía (por ser un ataque súbito y sorpresivo), ensañamiento (el autor le fue haciendo cortes y golpes con diversos objetos, pero estas acciones no causaron la muerte por sí sola, sino que la víctima permaneció viva hasta que finalmente murió por un shock hemorrágico hipovolémico), y víctima especialmente vulnerable en atención a su enfermedad, todo ello recogido en los artículos 139.1.1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, y 2, y 140.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal, por lo que se le impone la pena de prisión permanente revisable.

Siguiendo las directrices del Código Penal, a efectos de la pena impuesta y adelantándonos en el tiempo, Sergio Díaz Gutiérrez podrá obtener su primer permiso de salida a los ocho años (artículo 36.1 del Código Penal). Podría alcanzar el tercer grado a los quince años (artículo 36.1.b) del Código Penal. Siempre y cuando se den todos los requisitos referidos en el Código, podrá iniciar el proceso de revisión a los veinticinco años (según el artículo 92.1.a) del Código Penal). Conociendo su fecha de nacimiento, 11 de marzo de 1994, habiendo cumplido veinticuatro años en el momento de la sentencia y habiendo computado dos años, dos meses y 4 días de prisión provisional (43), habiendo adquirido firmeza la sentencia, a los veintinueve años podrá solicitar su primer permiso de salida; a los treinta y seis años de edad el tercer grado; y a los cuarenta y seis años podrá iniciar el proceso de revisión, a continuación se producirá el plazo de suspensión que puede ir de cinco a diez años (artículo 92.3 del Código Penal). Si se da todo esto, la remisión definitiva de la pena en este caso podría darse entre los treinta a los treinta y cinco años, es decir, Sergio Díaz Gutiérrez podría extinguir la responsabilidad criminal entre los cincuenta y un años y los cincuenta y siete años de edad, siempre y cuando todos los

---

(43) Según extracto de la sentencia el condenado lleva privado de libertad desde el 16 de enero de 2016.

requisitos exigidos en la ley se cumpliesen y no se diera ninguna regresión de grado.

A través de la STS 713/2018, de 16 de enero de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha revocado la pena de prisión permanente revisable que impuso la Audiencia de Tenerife, y confirmó el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, debido a que se tuvo en cuenta una misma circunstancia (la vulnerabilidad o desvalimiento de la víctima) para aplicarle dos agravantes distintas: por un lado, la alevosía; y por otro, la específica que prevé el Código Penal para víctimas especialmente vulnerables por enfermedad o discapacidad, vulnerando el principio «non bis in ídem» (44), que no permite castigar dos veces una misma circunstancia. El Supremo sustituye la prisión permanente revisable en este caso por una condena de 24 años de prisión, al calificar los hechos como asesinato con alevosía y ensañamiento, y deja sin efecto la hiperagravación por vulnerabilidad de la víctima prevista en el artículo 140.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal, que hubiera justificado la pena de prisión permanente revisable.

El Tribunal Supremo llega a hacer una valoración de la prisión permanente revisable considerando que esta consecuencia punitiva compromete no solo la libertad del condenado, sino su propia dignidad. No solo ha señalado los defectos de técnica legislativa de la prisión permanente revisable que dificultan enormemente llegar a la pena proporcionada y justa, sino que ha ido más allá, apuntando a las diferencias claves entre esta pena y los ordenamientos en que dice inspirarse, sus consecuencias deshumanizadoras y el peligroso contexto de inflación punitiva en que actualmente nos desenvolvemos (45).

– Sentencia 278/2018, de 25 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Álava.

La tercera sentencia con imposición de prisión permanente revisable se emite por parte de la Audiencia Provincial de Álava. En este caso, Daniel Montañó en la noche del 24 al 25 de enero de 2016, entró en la habitación donde se encontraban su pareja y su hija durmiendo. La madre de la menor despertó y acto seguido Daniel comenzó a gol-

---

(44) Nos recuerda la STS 713/2018, de 16 de enero de 2019 que «ya advertía el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto que daría lugar a la reforma operada por LO 1/2015 que la circunstancia primera del artículo 140.1, evidenciaba una tendencia al non bis in ídem, pues buena parte de los supuestos a los que se refiere (menor de edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma».

(45) Cfr. SOLAR CALVO, P.: «STS 713/2018, de 16 de enero de 2019, sobre prisión permanente revisable: primer varapalo judicial a una pena cuestionada», en *Diario La Ley*, N.º 9372, 2019, p. 8.

pearla en la cara y en distintas partes del cuerpo. La arrastró por el suelo y la llevó hasta un balcón donde tuvo la intención de tirarla pero no lo consiguió. Acto seguido cogió un trozo de cristal y se lo clavó en el lado izquierdo del cuello. Tenía una intencionalidad de matarla pero no lo consiguió, aunque sí la dejó secuelas visibles de cicatrices así como lesiones psíquicas de trastorno de estrés postraumático.

Ante esta situación, la menor de diecisiete meses de edad se despertó y se acercó donde estaba su madre, en ese momento Daniel cogió a la menor, de manera sorpresiva, y la lanzó por la ventana a través de un hueco del cristal que previamente había roto en la pelea con su pareja. Como consecuencia del impacto en el suelo, provocó la muerte de la menor un día después del suceso.

No se pudo acreditar que Daniel Montaña padeciera, en el momento de los hechos, una grave enfermedad diagnosticada (esquizofrenia paranoide), ni que se agravara por el consumo de cannabis y alcohol, ni que a causa de ambas circunstancias, y, tras fumar un porro de marihuana y beber una cerveza la noche de autor, tuviera completamente anuladas sus facultades de entender y querer lo que hacía. Estas cuestiones fueron la principal materia de debate durante el juicio oral, ya que podría dar lugar a la una eximente completa de enajenación mental del artículo 20.1.º del Código Penal.

Por todo ello, el Magistrado condena, por una lado, a Daniel Montaña como autor de un delito de asesinato, previsto y penado en los artículos 139.1.1.ª (ataque alevoso contra la vida de un niño de corta edad (46), además de ser un ataque sorpresivo) y 140.1.1.ª del Código Penal (al ser menor de 16 años), a las penas de prisión permanente revisable e inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena. Y por otro lado, se le condena como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa (47), a la pena de siete años y medio de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y prohibición de comunicarse por cualquier medio con la víctima y de aproximarse a menos de 500 metros de ella, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que frecuente, ambas durante diecisiete años y medio.

En el párrafo segundo del punto sexto de la sentencia hace una mención expresa a la prisión permanente revisable, algo novedoso ya que en las anteriores sentencias no se recoge, explicando que este tipo de pena es una pena fija, que priva al tribunal sentenciador de su facul-

---

(46) STS 657/2008, de 24 de octubre; STS 978/2007, de 5 de noviembre; STS 772/2004, de 16 de junio.

(47) Se consigue acreditar a través de una pluralidad de pruebas el ánimo de matar (*animus necandi*) que presidía la agresión.

tad de graduar la respuesta punitiva conforme a la cantidad de injusto y de culpabilidad. Debiendo esperar a al ejecución de la pena, junto a otros múltiples criterios, requisitos y trámites que reducen la discrecionalidad de los jueces.

Al igual que en las anteriores sentencias y siguiendo las directrices del Código Penal, a efectos de la pena impuesta y adelantándonos en el tiempo, Daniel Montaña al concurrir una pena de prisión permanente revisable con una pena que excede, en su conjunto, de 5 años (artículo 78 bis.2.a) del Código Penal, podrá obtener su primer permiso de salida a los ocho años (artículo 36.1 del Código Penal). Podría alcanzar el tercer grado a los dieciocho años (artículo 78 bis.1.a) del Código Penal). Siempre y cuando se den todos los requisitos referidos en el Código, podrá iniciar el proceso de revisión a los veinticinco años (según el artículo 92.1.a) del Código Penal). Conociendo su fecha de nacimiento, 9 de julio de 1985, habiendo cumplido treinta y tres años en el momento de la sentencia y habiendo computado dos años, de prisión provisional, habiendo adquirido firmeza la sentencia, a los treinta y nueve años podrá solicitar su primer permiso de salida; a los cuarenta y nueve años de edad el tercer grado; y a los cincuenta y seis años podrá iniciar el proceso de revisión, a continuación se producirá el plazo de suspensión que puede ir de cinco a diez años (artículo 92.3 del Código Penal). Si se da todo esto, la remisión definitiva de la pena en este caso podría darse entre los treinta a los treinta y cinco años, es decir, Daniel Montaña podría extinguir la responsabilidad criminal entre los sesenta y un años y los sesenta y siete años de edad, siempre y cuando todos los requisitos exigidos en la ley se cumplieren y no se diera ninguna regresión de grado.

– Sentencia 484/2018, de 16 de octubre, de la audiencia Provincial de A Coruña.

La cuarta sentencia con la imposición de prisión permanente revisable se debe a los siguientes hechos acontecidos. Marcos Javier Mirás, tras unos meses de un tortuoso divorcio, llegando a la interposición de una demanda de amenazas por parte de su ex mujer, el 5 de mayo de 2017 recogió a su hijo para pasar el fin de semana, como así estipulaba el cumplimiento del régimen de visitas. El domingo 7 de mayo (día de la madre), Marcos Javier, con la intención de causar el mayor sufrimiento psíquico a su ex mujer, decidió acabar con la vida de su hijo de 10 años de edad, asestándole un fuerte golpe en la cabeza con una pala. Una vez realizado el homicidio, Marcos Javier intentó ocultar el cadáver, arrastrándolo hacia un lugar más apartado, donde inició un hoyo, aunque finalmente desistió y lo dejó a la intemperie.

Marcos Javier padece un trastorno mixto de la personalidad que condiciona su forma de ser y de vivir, pero no altera sus facultades de entendimiento y voluntad. Como consecuencia de los hechos, Marcos Javier sufrió un trastorno de estrés postraumático crónico por el que en la actualidad está en tratamiento psiquiátrico y psicológico.

Obteniendo el veredicto de culpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado, la Magistrada condena a Marcos Javier Mirás como autor de un delito de asesinato cualificado con alevosía (artículo 139.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal) y agravado por el hecho de que la víctima era menor de 16 años (artículo 140.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal), concurriendo las agravantes de parentesco (artículo 23 del Código Penal) y de género (artículo 22.4.<sup>a</sup> del Código Penal), en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su ex mujer (artículo 148.4 del Código Penal), a la pena de prisión permanente revisable, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y la pena de prohibición de aproximarse a menos de 1.500 metros del domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre de su ex mujer, así como comunicarse con ella por cualquier medio durante 5 años más que la duración efectiva de la pena de prisión permanente revisable.

Al igual que en las anteriores sentencias y siguiendo las directrices del Código Penal, a efectos de la pena impuesta y adelantándonos en el tiempo, Marcos Javier Mirás al concurrir una pena de prisión permanente revisable con un concurso ideal de una pena que no excede, en su conjunto, de 5 años (artículo 36.1, último párrafo, del Código Penal), podrá obtener su primer permiso de salida a los ocho años (artículo 36.1 del Código Penal). Podría alcanzar el tercer grado a los quince años (artículo 36.1 del Código Penal). Siempre y cuando se den todos los requisitos referidos en el Código, podrá iniciar el proceso de revisión a los veinticinco años (según el artículo 92.1.a) del Código Penal). Conociendo su fecha de nacimiento, 16 de junio de 1974, habiendo cumplido cuarenta y cuatro años en el momento de la sentencia y habiendo computado un año, 5 meses y 8 días (48), de prisión provisional, habiendo adquirido firmeza la sentencia, a los cincuenta y un años podrá solicitar su primer permiso de salida; a los cincuenta y ocho años de edad el tercer grado; y a los sesenta y ocho años podrá iniciar el proceso de revisión, a continuación se producirá el plazo de suspensión que puede ir de cinco a diez años (artículo 92.3 del Código Penal). Si se da todo esto, la remisión definitiva de la pena en este caso podría darse entre los treinta a los treinta y cinco años, es decir, Marcos Javier Mirás podría extinguir la responsabilidad crimi-

---

(48) Según los hechos probados de la sentencia fue detenido el 8 de mayo de 2017.

nal entre los setenta y tres años y los setenta y ocho años de edad, siempre y cuando todos los requisitos exigidos en la ley se cumplieren y no se diera ninguna regresión de grado.

– Sentencia 3/2018, de 15 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Guadalajara.

La quinta, y última sentencia hasta el momento, con imposición de pena de prisión permanente revisable se ha emitido por parte de la Audiencia Provincial de Guadalajara, por los hechos acontecidos en el mediático caso del brasileño Patrick Nogueira. El 17 de agosto de 2016, Patrick fue al domicilio de sus tíos con una mochila que contenía una navaja, de unos 30 mm de ancho, guantes, bolsas de basura y cinta americana de precintar. Llegó al domicilio sin avisar donde se encontraba su tía con sus dos hijos, accediendo sin problema a la vivienda por la relación familiar que les unía.

En primer lugar, Patrick entró en la cocina donde se encontraba su tía desprevenida fregando los platos y sus primos, y la profirió dos cortes en el cuello con la navaja, produciéndole la muerte por shock hipovolémico. A continuación, se dirigió a su prima de 3 años y 10 meses de edad y también la asestó un corte penetrante en el cuello que le causó también la muerte. Después, Patrick clavó la misma navaja a su otro primo de 18 meses de edad, causándole tres heridas en el cuello, provocándole la muerte. En horas posteriores llegó al domicilio el tío de Patrick, y este con el ánimo de acabar con su vida, le propinó catorce cortes en el cuello con la navaja, que provocaron la muerte de su tío.

Patrick con la intención de ocultar los cadáveres, seccionó los cuerpos de sus tíos por la mitad, e introdujo cada una de las partes en un total de cuatro bolsas de plástico y las cerró con cinta americana. Asimismo, introdujo el cuerpo de cada uno de los niños en cuatro bolsas y también las precintó de la misma manera. Limpió la casa para no dejar rastro y posteriormente se marchó de la casa. Dos días después del hallazgo de los cadáveres, 20 de septiembre de 2016, Patrick voló para Rio de Janeiro. Regresó a España el 19 de octubre de 2016, siendo detenido al desembarcar del avión.

No se ha podido probar que el acusado padezca un daño neurológico que afecte a la toma de decisiones y al control de la impulsividad, dando lugar a una alteración de sus facultades así como la toma de decisiones. Si bien es cierto, en los diferentes informes de los psicólogos se llega a la conclusión de que Patrick presenta un perfil de personalidad psicopático, caracterizado por la falta de remordimientos y empatía, carácter manipulador, insensibilidad, afecto superficial y egocentrismo.



Por todo ello, y conforme al veredicto de culpabilidad expresado por el Tribunal del Jurado, la Magistrada condena a Patrick Nogueira como autor de una serie de delitos. En primer lugar, un delito de asesinato con alevosía del artículo 139.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal, a la pena de 25 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de condena. En segundo lugar, dos delitos de asesinato con ensañamiento y víctimas especialmente vulnerables en atención a su edad del artículo 139.1.3.<sup>a</sup> en relación con el artículo 140.1.1.<sup>a</sup>, a la pena de prisión permanente revisable por cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de las condenas. Y en tercer lugar, un delito de asesinato con alevosía del artículo 139.1.1.<sup>a</sup> en relación con el artículo 140.2 del Código Penal, a la pena de prisión permanente revisable con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de condena.

Analizando la ejecución de la sentencia, adelantándonos en el tiempo y siguiendo las directrices del Código Penal, en Patrick Nogueiras concurren tres penas de prisión permanente revisable en concurso real con una pena privativa de libertad de 25 años (artículo 36.1, último párrafo, del Código Penal), podrá obtener su primer permiso de salida a los ocho años (artículo 36.1 del Código Penal). Podría alcanzar el tercer grado a los veintidós años (artículo 78 bis.1.c) del Código Penal). Siempre y cuando se den todos los requisitos referidos en el Código, podrá iniciar el proceso de revisión a los treinta años (según el artículo 78 bis.2.b) del Código Penal). Conociendo su fecha de nacimiento, 6 de noviembre de 1996, habiendo cumplido veintidós años en el momento de la sentencia y habiendo computado dos años y veintiséis días (49) de prisión provisional, habiendo adquirido firmeza la sentencia, a los veintisiete años podrá solicitar su primer permiso de salida; a los cuarenta y un años de edad el tercer grado; y a los cuarenta y nueve años podrá iniciar el proceso de revisión, a continuación se producirá el plazo de suspensión que puede ir de cinco a diez años (artículo 92.3 del Código Penal). Si se da todo esto, la remisión definitiva de la pena en este caso podría darse entre los treinta a los treinta y cinco años, es decir, Patrick Nogueira podría extinguir la responsabilidad criminal entre los cincuenta y cuatro años y los cincuenta y nueve años de edad, siempre y cuando todos los requisitos exigidos en la ley se cumplieren y no se diera ninguna regresión de grado. Además de tener en cuenta sus informes de peligrosidad criminal.

Sin lugar a dudas, las cinco sentencias de prisión permanente revisable, con la excepción de Sergio Díaz Gutiérrez que finalmente cumplirá una pena privativa de libertad de 24 años, nos auguran presos con

---

(49) Según los hechos probados de la sentencia fue detenido el 19 de octubre de 2016.

desconocimiento total de su futuro penitenciario, ya que se encuentran sujetos no solo a la temporalidad obligada sino a criterios subjetivos y cierta dificultad para poder superarlos y así promover su reeducación y reinserción social.

## IX. CONCLUSIONES

La introducción de la pena de prisión permanente revisable no se ha producido por razones objetivas de necesidad y es por ello que ha sido y es objeto de numerosas críticas. La técnica legislativa empleada por el legislador para regular la aplicación de la prisión permanente revisable crea dudas sobre su constitucionalidad. El hecho de tener una pena de privación de libertad con un difícil acceso a la excarcelación y que incluso puede llegar hasta el fallecimiento del individuo, es obviamente de dudosa aceptación para la doctrina penal y penitenciaria.

Desde la entrada de la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como de la Constitución Española, se han orientado las penas hacia una finalidad rehabilitadora, ofreciendo al penado los instrumentos necesarios para que este pueda reinsertarse en la sociedad. No obstante, el condenado a esta pena de prisión permanente revisable tendrá dificultades para poder readaptarse con las exigencias de su aplicación. Como hemos visto, las dificultades en los accesos a beneficios penitenciarios, a la progresión a tercer grado, a la libertad condicional o a la propia revisión hacen de esta nueva institución una auténtica pena perpetua, mermando toda posibilidad de reinserción. Con esta institución el penado puede llegar a cumplir treinta y cinco años de cumplimiento efectivo sin casi opciones de poder obtener beneficios penitenciarios.

Al analizar los diferentes aspectos de la ejecución penitenciaria en las cinco sentencias mencionadas hemos podido comprobar que las temporalidades a las que se enfrentan cada uno de ellos (David Oubel, Sergio Díaz, Daniel Montaña, Marcos Javier Mirás y Patrick Nogueira), es de tal magnitud que podemos afirmar que les hemos negado su condición de personas dentro de la sociedad, así como los principios y garantías constitucionales.

El contexto en el que nos hemos adentrado con la pena de prisión permanente revisable es incompatible con la existencia de un orden penal y penitenciario garantista y respetuoso con los derechos humanos. Esta nueva institución constituye una expresión del Derecho penal del enemigo, en la medida en que los elementos que se exigen para su revisión se hallan configurados a modo de impedimentos con los que no se persigue sino dificultar la salida de prisión de determina-

dos delincuentes enemigos de la opinión pública y hasta del propio legislador. Y como pone de manifiesto Pérez Manzano (50), «negar la libertad de forma indefinida al reo es negarle su condición de persona, de miembro de una comunidad social y política, y, por tanto, supone privarle de su dignidad y condición humana».

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «El control jurisdiccional a la actividad penitenciaria», en *Cuadernos de política criminal*, N.º 40, Dykinson, 1990.
- «Clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (Comentario al Auto de 19 de abril de 2004, del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)», en *La Ley Penal*, N.º 8, 2004.
- CÁMARA ARROYO, S.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CARBONEL MATEU, J. C.: «Prisión permanente revisable», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- CLEMENTE, M., et al.: *Validación y depuración de la Tabla de Variables de Riesgo en el disfrute de Permisos de Salida*, Facultad de Psicología, en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Internos, Madrid, 1993,.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.; NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «Una propuesta revisable: la prisión permanente», en *La Ley Penal*, N.º 110, 2014.
- FERRER GARCÍA, A. M.: «La prisión permanente revisable», en *Cuadernos penales José María Lido*, núm. 12, La reforma del Código Penal a debate, Universidad de Deusto, Bilbao, 2016.
- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A.: «La aplicación de la prisión permanente revisable», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 18, Mayo de 2018.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma de las cárceles*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978.
- «Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma», en VV. AA.: *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.
- *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 20006.

---

(50) Cfr. PÉREZ MANZANO, M., CANCIO MELIÁ, A.: «Principios de Derecho Penal», en LASCURAÍN, J. A. (Dir.): *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015, p.132

- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Prólogo a la vigésima primera edición», en GIMBERNAT ORDEIG, E.; MESTRE DELGADO, E.: *Código Penal 21.ª Edición*, Tecnos, Madrid, 2015.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.: «Prisión perpetua», en Álvarez García, F. J. (Dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GUISASOLA LERMA, C.: «Comentarios al artículo 92», en González Cussac, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- JUANATEY DORADO, C.: «Una moderna barbarie: la prisión permanente revisable», en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 20, 2013.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «No sólo mala: inconstitucional», en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Dir.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2016.
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas de muy larga duración», en *Otro Sí*, n.º 12, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, octubre-diciembre 2012.
- LOZANO GAGO, M. L.: «La nueva prisión permanente revisable», en *Diario La Ley*, N.º 8191, 14 de noviembre de 2013.
- MARCO FRANCIA, M. P.: «La peligrosidad criminal y las técnicas de prevención de riesgos. Especial referencia a la delincuencia sexual peligrosa», en *ADPCP*, Vol. LXIX, 2016.
- MARTINEZ GARAY, L.; MONTES SUAY, F.: «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 2, 2018.
- MIR PUIG, C.: *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier, Barcelona, 2015.
- «La pena de prisión permanente revisable en el Derecho Penal español en la reforma del Código Penal de 2015», GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Aranzadi, Madrid, 2018.
- PÉREZ MANZANO, M., CANCIO MELIÁ, A.: «Principios de Derecho Penal», en LASCURAÍN, J. A. (Dir.): *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.
- REDONDO HERMIDA, A.: «La cadena perpetua en Derecho Penal español», en *La Ley Penal*, n.º 62, 2009.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, C.: «Aspectos procesales de la prisión permanente revisable. Una aproximación al acceso al tercer grado, permisos de salida, revisión y remisión definitiva», en *Anales de Derecho*, diciembre 2015.
- SANZ DELGADO, E.: *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007.
- SERRANO GÓMEZ, A.: «Sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en VV. AA.: *Constitucionalidad y democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje al Profesor Antonio Torres del Moral*, Tomo II, Universitas, Madrid, 2012.

- SOLAR CALVO, P.: «STS 713/2018, de 16 de enero de 2019, sobre prisión permanente revisable: primer varapalo judicial a una pena cuestionada», en *Diario La Ley*, N.º 9372, 2019.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La prisión permanente revisable», en Quintero Olivares, G. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.
- VIVES ANTÓN, T.: «La dignidad de todas las personas», en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coordinadora): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.

# Reeducación y reinserción social del recluso (terrorista)

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO

Doctora en Derecho. Profesora de Criminología  
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

## RESUMEN

*Es necesario profundizar en las cuestiones relativas a la reeducación y reinserción social de los internos que están cumpliendo la pena privativa de libertad en los Centros penitenciarios, en lo relativo a si es un derecho del preso, configurado como derecho fundamental bajo el prisma del artículo 25.2 de la Constitución española, o debemos afirmar, también, que es un derecho de la sociedad en libertad. La posibilidad de reeducación y reinserción social no debe ser rechazada, ya que supuso ese avance en la humanización de los Centros penitenciarios; una idea cuyo origen está en la sociedad como reconocimiento de derechos a todas las personas sin tener en cuenta el estatus de sujeción especial en la que se encuentra los privados de libertad en Centros penitenciarios.*

Palabras clave: Artículo 25.2 de la CE, derechos fundamentales, reeducación, reinserción social, reclusos.

## ABSTRACT

*It is necessary to delve into questions concerning the rehabilitation and social reintegration of inmates who are serving sentences of liberty in prisons, in regard to whether a right of the prisoner is, configured as a fundamental right under the prism of article 25.2 of the Spanish Constitution, or we say, also, that it is a right of freedom society. The possibility of re-education and social reintegration should not be rejected, since it meant that progress in the humanization of prisons; an idea whose origin*

*is in the society as recognition of rights to all persons regardless of the status of special fastening which is deprived of liberty in prisons.*

Key words: Article 25.2 of the CE, fundamental rights, reeducation, reintegration of social, recluses.

SUMARIO. 1. La reinserción como derecho del recluso o de la sociedad.–2. El terrorismo y la reinserción. 2.1 Cuestiones generales. 2.2 La función resocializadora de la cárcel. 2.3 La concreta reinserción de los presos por delitos de terrorismo.–3. Las comunicaciones como medio de reinserción.

## 1. LA REINSECCIÓN COMO DERECHO DEL RECLUSO O DE LA SOCIEDAD

Partiendo de las *Teorías de la prevención especial* (1), la reinserción del preso es un derecho de la sociedad para evitar que el sujeto vuelva a reincidir en la comisión de un hecho delictivo. Hay autores que se preguntan ¿a qué clase de sociedad deseamos pertenecer? (2), respondiendo que no podemos gobernar las prisiones en diferente dirección al modelo de Estado en que nos encontremos, ya que la cárcel es la cara más amarga de la sociedad que le da vida (3). En este

(1) Para mayor información, sobre la prevención especial, se debe tener en cuenta una diversidad de doctrinas, así las relativas a *la enmienda*, –Teoría reflejada en Platón con *poena medicinalis*, *Georgias*, en Diálogos, trad. de L. Roig de Lluis, vol. I, 478d, Espasa-Calpe, Madrid, 1998, p. 73. Quien indica «el castigo modera a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad»; 472e, p. 62; 477a, p. 70. Esta Teoría confunde el derecho con la moral ya que considera que el delincuente y preso es un pecador que hay que reeducar de forma coaccionada–; las naturalistas de *la defensa social* –se persigue la prevención especial de los delitos asignado a las penas y a las medidas de seguridad, el doble fin de curar al condenado entendiéndolo como individuo enfermo–, y las teleológicas de *la diferenciación de la pena* –se caracteriza por tener una orientación correccionalista–. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, pp. 267 ss.

(2) CHRISTIE, N., «Problems of Imprisonment in the World Today», *Monitoring prison Conditions in Europe* (report of a European seminar held in Marly-le Roi, París, 1997, p. 33).

(3) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005, p. 23.

sentido, Kriegsmann sustenta que «cuanto más duro es el espíritu de una época, tanto más brutales y crueles serán los castigos disciplinarios de los establecimientos penales; cuanto más influjo alcancen los impulsos de humanidad, o aun de sentimentalismo, tanto más se dulcificará el encono del sistema penitenciario» (4).

Son muy ilustrativas las palabras de García Valdés al entender que en «la cárcel existen dos tesis: las conservadoras y las revolucionarias. En cuanto a aquella, se fundamenta en cambiar la sociedad y no cambiar de sociedad, variar el Derecho penal y penitenciario, no variar de Derechos punitivos; transformar, no mantener ni destruir» (5). De este modo, Ruiz Miguel (6) llega a sostener que la cárcel es un reflejo de las desigualdades sociales. Y, desde este punto de vista, Gudín Rodríguez (7) adopta la postura de que, frente al fenómeno criminógeno y los delincuentes, hay una relación de interdependencia que se produce entre la pobreza económica e intelectual y el delito.

Desde esta perspectiva, la inteligencia y el delito, cabe subrayar que, cualquier disminución en la tasa de delincuencia es socialmente relevante por las consecuencias positivas que trae consigo, la no consecución de delitos. Empíricamente, los delincuentes son menos inteligentes que la población general, muchas estadísticas así lo han confirmado. La evidencia disponible indica que el cociente intelectual medio de los delincuentes, como grupo, es de 92, mientras que el de la media de la población es de 100. Además, los delincuentes reincidentes presentan una capacidad todavía menor que los casuales. Es importante destacar que el factor socioeconómico apenas influye en la relación inteligencia-delito. De hecho, un alto nivel de inteligencia protege contra la comisión de delitos en personas que están en situación de riesgo y un bajo coeficiente constituye un factor de riesgo importante para convertirse en delincuente. La inteligencia es una capacidad muy general para razonar, planificar, resolver problemas, pensar en modo abstracto, comprender

---

(4) KRIEGSMANN, N. H., *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917, p. 223.

(5) GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 21. En este sentido, las SSTC 89/1987, de 3 de junio, Fj. 2; 120/1990 de 27 de junio; 201/1997, de 25 de noviembre; 218/2002, de 25 de noviembre, todas ellas aseveran que la pena privativa de libertad tiene un efecto y consecuencias degradantes para la persona.

(6) RUIZ MIGUEL, A., «Principio de igualdad y Derecho penitenciario», *Poder Judicial*, núm. 45, Madrid, 1997, p. 58.

(7) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, cit., p. 27. Vid., HOWARD, J., *El estado de las prisiones*, «the State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observations, and Account of Some Foreign Prisons», Routledge/Thoemes Press, Londres, 2000.



ideas complejas y aprender con rapidez (8). Afinando más la cuestión, los factores psicológicos son relevantes a la hora de explicar la delincuencia, pero un bajo coeficiente aumenta la probabilidad de fracaso, lo que aumenta la frustración en el sujeto y la posibilidad de que cometa hechos delictivos (9). El científico Harry Godland (10) realizó experimentos, estudió a un total de 150.000 reclusos y confirmó que 50% de ellos tenía alguna deficiencia mental. De este análisis, se obtuvieron unos principios: a) una persona con debilidad mental es un criminal; b) las personas son o débiles mentales o con una inteligencia normal; c) los débiles mentales realizan crímenes por no estar rodeados de algún factor inhibitorio; d) los delincuentes no pueden conocer las consecuencias de sus actos, por lo que la amenaza penal no sirve; y e) los débiles mentales son muy dominables, otro criminal más inteligente lo puede vencer de cometer crímenes.

Después de este paréntesis, y con esta perspectiva, cabe subrayar, con Cervelló, que «[...] a primera vista parece que la pena de prisión no beneficia a nadie: ni al Estado, ni al delincuente, ni a la víctima» (11). En este mismo sentido, realmente cabría pensar que «la cárcel solo subsiste por un sentimiento retributivo que se esconde en el corazón humano» (12). Pero, el punto de partida es la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria al indicar que *la cárcel es un mal necesario*, con esta perspectiva, cabe añadir, de otro lado, que es una exigencia para mantener el orden en la sociedad (13). Por consiguiente, la idea de querer reinsertar es contradictoria con la idea de que, en realidad, no queremos que las prisiones estén cercanas al núcleo de la sociedad (14).

---

(8) Disponible en [www.derechopenitenciario.com](http://www.derechopenitenciario.com), última consulta el 13 de septiembre de 2018.

(9) Un estudio realizado en Suecia, con más de 500 jóvenes, afirma que el 30% de los arrestos documentados cuando llegaron a los 30 años de edad se concentraba en el 6% de los jóvenes que a los 10 años presentaban un CI por debajo de 77, y que el 80% de los arrestos se concentraba en quienes presentaban un CI por debajo de 100 a los 10 años.

(10) CARRILLO, E., ÁLVAREZ, F., «El crimen: una perspectiva desde los derechos humanos», en *Pensamiento Americano*, 2012, pp. 37-43.

(11) CERVELLÓ DONDERIS, V., «La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español», *Poder Judicial*, núm. 28, Madrid, 1992, p. 50.

(12) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, cit., p. 32.

(13) Vid., FRANKL, V., *El Hombre busca su sentido*, Barcelona, 1979, p. 110.

(14) Para saber más sobre cómo se gestiona, qué condiciones se necesitan para la creación de un Centro penitenciario y el impacto que supone el crear una prisión, Vid., «Impacto Socioeconómico de la implantación de un Centro Penitenciario», Ministerio del Interior, 2007.

Si traemos a colación la tesis de Hobbes, en la que defendía y entendía que el hombre no es social por naturaleza sino por necesidad de supervivencia –*Teoría del pacto o contrato social*–, consideraba que la naturaleza humana es esencialmente egoísta y antisocial, más que asociarse, los hombres tenderán a soportarse mutuamente, puesto que, al poseer la misma igualdad natural, todos tienen las mismas apetencias, los mismos anhelos y las mismas necesidades. En contraposición se encuentra la *Teoría de la naturaleza social del hombre*, sostenida por Aristóteles y Tomás de Aquino, caracterizada porque el fundamento de la sociedad radica en la propia naturaleza humana que tiene una inclinación natural de vivir en sociedad.

El protagonismo y la afirmación de nuestra Constitución es fundamental, cabe subrayar que no se puede resocializar al margen de la sociedad, es decir, «no es lo mismo ser un buen preso que ser un buen ciudadano» (15). Nuestra Norma Suprema, en su artículo 25.2, utiliza los términos de *reeducación* y *reinserción social*, si bien es cierto, términos sujetos a numerosas discrepancias doctrinales, afinando más la cuestión, hay autores que han empleado términos como *resocialización*, –Mapelli, García-Pablos o Álvarez García (16), entre otros–; *normalización*, –caso de Giménez-Salinas Colomer (17)–, hace referencia a llevar una vida normal, es decir, cumplir con obligaciones y derechos-. Ahora bien, hay otros términos afines, considerándose como sinónimos, a saber: la *readaptación social*, *corrección*, *enmienda*, *reforma*, *moralización*, *adaptación*, *rehabilitación* y *educación*, se afirma que con ellos se alude a la acción constructiva o reconstructiva

---

(15) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, cit., pp. 149-151.

(16) Vid., MAPELLI CAFFARENA, B., «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *Ponencia de las I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, p. 21; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979, pp. 659 ss., y p. 93, nota 250; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.), *El nuevo Derechos Penal español*, Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 38-39, no está de acuerdo con la definición dada por Mapelli, así como tampoco con los términos *enmienda*, *regeneración moral*, entendiendo que se trata, al igual que Dolcini, de términos que encuadran el principio constitucional en una visión ética del Derecho penal «acercándose en este sentido a la ideología retribucionista, más que a las utilitaristas».

(17) GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «Alternativas al sistema carcelario», *Cuadernos de Fundación Encuentro*, 1992; del mismo, «Penas privativas de libertad y alternativas», *La individualización y ejecución de las penas. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 7, 1993, pp. 73-92.

de los factores positivos de la personalidad del hombre preso y al posterior reintegro a la vida social (18), comprendiendo la reeducación como resocialización o como recuperación social. No obstante, hay un sector doctrina que critica cómo el término *resocialización* se ha ido implantado, aunque no en la legislación penitenciaria (19).

Es por lo que, en base al artículo 25.2 de la CE, los términos a emplear, como acertadamente indica García Valdés (20), son *reeduación* y *reinserción social*. Empero, este control constitucional permite reflexionar sobre la cárcel, manifestando que no es un mundo aparte, sino otro ámbito social. En la doctrina, Mappelli (21) asevera que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, mientras que la reinserción social actúa a otro nivel, puesto que atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones individuo-sociedad.

Pese a ello, la sociedad libre quiere que el interno, que cumple pena privativa de libertad en el Centro penitenciario, se resocialice, pero simultáneamente se le etiqueta y es rechazado, principalmente por el Estado operando como el creador de las cárceles para reeducar a «personas inadaptadas». Estamos, pues, ante una función preventiva del sistema penal y, para algunos autores con severas críticas, así Sánchez Concheiro manifiesta que «con independencia de que sea general o especial, en lugar de prevenir futuras conductas delictivas, puede llegar a promoverlas» (22). Para Manzanos Bilbao, «el mismo sistema, que crea y necesita la existencia de la marginación, precisa de las cárceles para garantizar la fidelidad a sus normas mediante la dinámica premio-castigo. En estas condiciones, una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este

---

(18) NEUMAN, E., «Aspectos penológicos», en NEUMAN, E. y IRURZUN, V. J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, reimpresión, Dalmata, Buenos Aires, 1977, p. 4.

(19) En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del derecho penal», ob., cit., pp. 22 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 64.

(20) GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, ob. cit., pp. 10 ss.

(21) MAPPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 99 y 152.

(22) SÁNCHEZ CONCHEIRO, M.<sup>a</sup> T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Icaria, Sociedad y Opinión, Barcelona, 2006, p. 87.

propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social».

Una solución a toda la problemática sería la seguidora de la *Teoría de la Asociación Diferencial* (23) que, al considerar que las motivaciones, los valores, y los comportamientos de actos criminales, son aprendidos, se habla de *subcultura delictiva*, debiendo ser la familia la encargada de transmitir al individuo una serie de valores de respeto a la ley, se trata de una prevención primaria fundamental.

De otro lado, y en atención a la Regla 5 de las Reglas Penitenciarias Europeas, la vida en la prisión se adaptará, en la medida de lo posible, a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión. Por ello, Mapelli (24) manifiesta, acertadamente, que la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre, denominándolo *principio de normalización social*, es decir, una mayor humanización del castigo. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar, como dice la Regla 7: «La cooperación con los servicios sociales externos y, en tanto que sea posible, la participación de la sociedad civil en la vida penitenciaria debe de garantizarse». Lo que operaría como «la cultura de la emergencia» (25) creando leyes penales, procesales y ejecutivo-penales, ya que la privación de libertad se representa con cárceles de custodia y cárceles de máxima seguridad, es decir, se pretende un control social a situaciones de emergencia (entre ellas, el terrorismo).

## 2. EL TERRORISMO Y LA REINSERCIÓN

### 2.1 Consideraciones generales

Se define el *terrorismo* como una sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror (26). Se entiende como el propósito de matar y destruir, indistintamente, hombres y bienes, mediante el uso

---

(23) Teoría expuesta por el sociólogo norteamericano Sutherland, 1966, deduce que «el comportamiento y los valores se aprenden en el curso de la vida social y se expresan en sistemas de trabajo, ideas y modos de relación comunes».

(24) MAPELLI CAFFARENA, B., «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 8, 2006, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>, última consulta el 3 septiembre 2016.

(25) MAPELLI CAFFARENA, B., «Cárcel y Derechos Humanos», *Revista 7*, disponible en [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org), Barcelona, 1991.

(26) Definición del Diccionario de la Real Academia Española.

sistemático del terror con una intención ideológica totalitaria. Si bien es cierto, a la hora de hablar de *terrorismo internacional de corte yihadista*, la comunidad internacional no se pone de acuerdo en establecer un concepto unitario de *terrorismo*. Fue en el s. XVIII en Francia cuando se utilizó por vez primera este término durante el gobierno Jacobino de Robespierre, la expresión fue utilizada para luchar contra los revolucionarios que usaban la violencia contra la población civil teniendo como fin la política o la religión.

Podemos señalar varias Resoluciones de la Organización de Naciones Unidas que han tratado de dar una definición a este término (27): La Resolución 42/159, de 7 de diciembre de 1987, dictamina «el terrorismo internacional pone en peligro vidas humanas inocentes y compromete libertades fundamentales basado en actos de violencia que tienen su origen en afiliaciones, frustración, agravios y desesperanzas que conduce a las personas a sacrificar vidas humanas, en un intento de lograr cambios radicales» (28). Incluso reconoce que la lucha contra el terrorismo podría ser más eficaz si se llegase a una definición de terrorismo internacional, por acuerdo general. La Resolución 51/210, de 16 de enero de 1997 relativa a tomar medidas para la eliminación del terrorismo internacional (adoptada en la 88 Asamblea plenaria) por la que se «reitera que terrorismo son los actos criminales encaminados o calculados para provocar un estado de terror en el público en general, un grupo de personas o personas particulares para propósitos políticos; es considerado un acto injustificable en cualquier circunstancia, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, raciales, étnicas o de cualquier otra naturaleza que puedan ser invocadas para justificarlos» (29).

El Departamento de Defensa de los Estados Unidos define el *terrorismo* como «el uso –o la amenaza del uso– ilegal de la fuerza o de la violencia contra individuos o propiedades para coaccionar o intimidar a gobiernos y sociedades; normalmente tiene propósitos políticos, religiosos o ideológicos. Implica el uso de la violencia para modificar conductas políticas, lo cual supone una preocupación mili-

---

(27) Vid., LÓPEZ MELERO, M., «Delincuencia Terrorista», Material didáctico. Máster en Ciencias Policiales, IUICP, Alcalá, Madrid, 2016, pp. 6 ss., la autora señala una serie de intentos de definición de terrorismo, algunas de ellas incompletas por no abarcar todo lo que compete a un delito de terrorismo y por poderse identificar o confundir con características sobre la comisión de otros hechos delictivos que no sean de terrorismo.

(28) Naciones Unidas, Organización de las Naciones Unidas. Asamblea Plenaria: Medidas para eliminar el terrorismo internacional, 1987, pp. 318-320.

(29) Naciones Unidas, Organización de las Naciones Unidas. 88 Asamblea Plenaria: Medidas para eliminar el terrorismo internacional (A/RES/51/210), 1977.

tar primordial» (30). El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ante las nuevas extensiones del terrorismo, aprobó la Resolución 2178 (2014) en su 7272.<sup>a</sup> sesión en la que citó a las nuevas formas de terrorismo y, en concreto, aquel «Combatiente Terrorista Extranjero» que traspasaba las fronteras para atentar y/o adoctrinar en un país distinto al suyo. Se destaca la urgente necesidad de que se adopten medidas de inmediato referente a los combatientes terroristas extranjeros y, en concreto, los relacionados con el Dáesh, el Frente Al-Nusra y otros grupos adeptos an Al-Qaeda (31). La Resolución reconoce que la lucha contra esa nueva amenaza terrorista que plantean los combatientes terroristas extranjeros debe incluir la prevención de la radicalización, aplacar el reclutamiento y poner los obstáculos necesarios para evitar que los viajes a Siria sean «fáciles» y evitar que obtengan apoyo financiero.

De otro lado, Eric David afirmó que era todo acto de violencia armada que, cometido con un fin político, social, ideológico o religioso, viola los preceptos del Derecho humanitario que prohíben el empleo de medios crueles y bárbaros, el ataque de objetivos inocentes o el ataque de objetivos sin interés militar (32). Ahora bien, es el Informe Anual elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en 1983, el que establece una definición lo más acertada posible, a mi juicio, define *terrorismo* como «la violencia premeditada, con finalidad política, ejercida contra objetivos civiles o no combatientes por grupos no pertenecientes a la estructura del Estado o por funcionarios estatales clandestinos, con el propósito, al menos habitualmente, de influenciar a una población o público determinados» (33).

No obstante, ni el fenómeno del terrorismo, ni el de terrorista, pueden explicarse en términos psicológicos individuales respecto de una persona, porque es utilizar nociones y términos simplistas. Para entender el terrorismo (y, especialmente, su perfil) se debe incluir el contexto de valores, creencias que le llevan a integrarse en una organización terrorista. En este sentido, el terrorismo yihadista de Dáesh, por ejemplo, hay que tener en cuenta el contexto sociocultural y político en el que justifican sus actos en nombre de Dios.

---

(30) Field Manual, «Combatting Terrorism» *Headquarters Departments of the Army and the Air Force*. Washinton. December, núm. 100, 1990, p. 3.

(31) Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, 2014, S/RES/2178. Disponible en: [http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1454802\\_ES.pdf](http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1454802_ES.pdf).

(32) DAVID, E., «Reflexions sur la définition et la repression du terrorisme», ed. de L. U. L. B., Bruselas, 1974, p. 125.

(33) HERRERO HERRERO, C., *Criminología (Parte General y Especial)*, Dykinson, 3.º ed., aumentada y actualizada, Madrid, 2007, p. 812.

Al hablar de *terrorismo*, nos referimos a la violencia criminal indiscriminada que procura un efecto mucho mayor que el mal directamente causado, mediante una amenaza dirigida a toda la sociedad. Las acciones terroristas no se refieren solo a un acto o a algunas acciones aisladas, sino a toda una compleja estrategia puesta al servicio de un fin ideológico (34).

Actualmente, las legislaciones occidentales están sufriendo cambios estructurales para combatir el fenómeno del terrorismo, principalmente el terrorismo internacional. El fin último no es otro que contener el terrorismo, además, la política criminal ha dado lugar a la *expansión* del Derecho penal (35). Es este sentido, me parecen muy ilustrativas las palabras de Robles Morchón ya que lo denomina *relaciones intertextuales intersistémicas* (36), a saber, el influjo de la legislación de unos Estados sobre otros. Ahora bien, como pieza clave del entramado normativo es necesario tener en cuenta a Jakobs y su estudio sobre el Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) (37). Indica que incluso al terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como persona al concedérsele en el proceso penal los derechos de un acusado ciudadano (38), no obstante, es de la idea de que hay dos esferas que se superponen: una, es la de tratarle como persona y, otra, va dirigida a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros.

No es la intención de este punto analizar con detenimiento las peculiaridades del derecho penal del enemigo, pero sí es necesario indicar una definición del mismo para que pueda ser entendido, así se establece que el *derecho penal del enemigo* es el conjunto de normas penales *sui generis* aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada. Serían reglas diferentes a las del derecho

---

(34) Me remito a la LXXIX Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal, *Valoración moral del terrorismo en España, de sus causas y de sus consecuencias*, Instrucción Pastoral, Madrid, 2002.

(35) *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2.<sup>a</sup> ed., rev. y amp., Madrid, 2001.

(36) ROBLES MORCHÓN, G., *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas: ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Thomson Civitas, 1.<sup>o</sup> ed., Madrid, 2007.

(37) JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Cívitas, 2.<sup>o</sup> ed., Madrid, 2006. Entiende que un Derecho penal del enemigo implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva, p. 22.

(38) *Ibidem*, pp. 21-22.

penal normal o aplicables al ciudadano «normal», infractor de otros ilícitos el cual sí contaría con los derechos y garantías reconocidas por el derecho penal moderno consignadas en las constituciones y convenios internacionales. Se trataría de dos derechos penales distintos y con distintas finalidades o funciones, comprendido en un mismo ordenamiento o bien en leyes especiales. Se dice, por tanto, que el enemigo sería una «no persona», por lo tanto, no puede ser tratado como tal (39).

## 2.2 La función resocializadora de la cárcel

Interesa concretar que la cárcel tiene unas funciones, se desprende del artículo 25.2 de la CE, y del ordenamiento penitenciario (40). Es decir, *la función resocializadora* del recluso, siendo preferente en toda actividad penitenciaria.

Asevera, Manzanos Bilbao, que estas funciones son evaluadas como la historia de un fracaso a la luz de muy diversos indicadores y valoraciones, así: el incremento de las tasas de encarcelamiento y de reingresos, condiciones de hacinamiento, mayoría de la población con enfermedades graves, etc. (41). Al respecto, argumenta que «[...] estas funciones tienen un fuerte componente simbólico de carácter legitimador y funcionan, por un lado, como encubridoras de una estructura material incompatible con ellas y, por otro, como refuerzo en tareas de gobernabilidad». Hay que advertir que se puede hablar de *diversas funciones de la cárcel*, así: *la función social* instrumental, entendiéndose que la cárcel funciona como un espacio educativo para la producción de delincuentes adaptados a ella; *la función política*, puede ser de dos tipos, de un lado, simbólica, lo que pretende el Estado es básicamente desarrollar una acción coercitiva selectiva para crear una imagen que identifique el hecho de negarse a cumplir obligaciones con la probabilidad de ser encarcelado; y de otro lado, la *instrumental*, funciona como una forma de control dentro de las «estrategias anti-terroristas» y busca directamente el aislamiento y la inhabilitación física y mental de los reclusos, así como su utilización para poder erradicar los movimientos de resistencia armada. Atendiendo a lo ana-

(39) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal del enemigo*, Conferencias magistrales, núm. 6, INACIPE, México, 2003.

(40) Art. 1 LOGP, art. 2 RP. Vid. LÓPEZ MELERO, M., «La cárcel como factor social», *Revista La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 108, mayo-junio, 2014, pp. 130-143.

(41) MANZANOS BILBAO, C., «Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho», *Hika*, núm. 133, 2002, pp. 9-10.



lizado, se puede afirmar que distan mucho de lo que se entiende por reeducación de los reclusos en atención al precepto constitucional y la normativa penitenciaria.

### 2.3 La concreta reinserción de los presos por delitos de terrorismo

Hay que insistir en la idea de la reinserción social como derecho fundamental (42) y de un tratamiento penitenciario que tenga como objeto la progresión en grados para el recluso hacia la vida en libertad (43). Interesa concretar, por algunos autores, que, dentro de los Centros penitenciarios, hay una inclinación *incorrecta* en aseverar que los pertenecientes a organización terroristas están en situación beneficiosa en los Centros penitenciarios (44). La delincuencia de la banda armada constituye una de las más graves amenazas que pueden concebirse para la estabilidad del Estado de Derecho contemporáneo (45), y la Ley Orgánica General Penitenciaria no regula un régimen de con-

(42) LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 37 ss.; de la misma, «Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXV, Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, pp. 253-304; de la misma, «El art. 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos», *Revista de Estudios Penitenciarios*, In Memoriam del Profesor Francisco Bueno Arús, Ministerio del Interior, Madrid, 2013, pp. 149-166.

(43) Artículo 106 del RP. *Vid.*, LÓPEZ MELERO, M., «Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXVII, Ministerio de Justicia, Madrid, 2014, pp. 321-362.

(44) Para un análisis más exhaustiva de este tema *Vid.*, los estudios de LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 31; de la misma, «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», *La ley Penal*, núm. 41, 2007, p. 7; TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988. *Vid.*, SSTS 2/1997, de 29 de noviembre y de la Sala de lo Penal, Sección 1, de 19 de enero de 2007; CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008; FARALDO CABANAS, P., «Un Derecho penal de Enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L. M. y BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299-340; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El cumplimiento íntegro de las penas», *Anualidad Penal*, núm. 7, 2003, pp. 195-214; LÓPEZ CALERA, N., «El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIX, 2002, pp. 51 ss.

(45) GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario. (Escritos, 1982-1989)*, Ageda, Madrid, 1989, p. 213.

centración en Establecimientos determinados a este tipo de reclusos. Tal ausencia, permite a la Administración disponer con plena discrecionalidad la distribución de presos por los distintos Establecimientos penitenciarios (46).

El artículo 12 de la LOGP procura que la ubicación de los Establecimientos penitenciarios no de lugar al desarraigo social (47). Es uno de los derechos adquiridos por la condición de preso, situando el problema en los familiares que son los que tienen el derecho de visitar. Un sector de la doctrina, entre ellos Manzanos Bilbao (48), señala que se transgreden los derechos, pero esta transgresión es *necesaria y consustancial* a la propia gobernabilidad de la cárcel y a la necesidad de esa corporación de someter a los reos para garantizar el «orden y buen funcionamiento del establecimiento», que, en realidad, es el objetivo primordial de la cárcel como estructura encargada de materializar la ejecución penal fundamentada en la privación de libertad.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, no nos podemos preguntar qué tipo de presos o qué tipo de delitos han de trabajar para una reeducación, ya que ni la Ley ni el Reglamento penitenciarios distinguen el derecho fundamental a los presos en función de los delitos cometidos, puesto que es un derecho de todos los reclusos condenados, sin excepciones. A la hora de preguntarnos por la reinserción social en los reclusos de delitos de terrorismo (49), y el tratamiento penitenciario hacia ellos, hay que afirmar que tienen los mismos derechos que los de cualquier otro recluso, en temas de reeducación y reinserción; la normativa penitenciaria nada establece sobre si deben o no tener tratamiento, lo que sí señala es un trato diferente (50). En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 2.º de 30 de mayo de 1992, Fj. 2 argumentando que: «no puede conse-

---

(46) Vid., LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*, Tesis Doctoral, Universidad de Alcalá, Madrid, 2011, pp. 155-156.

(47) Se incluyen en los FIES bajo el amparo del art. 6 RP.

(48) MANZANOS BILBAO, C., «Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho», *Hika*, núm. 133, 2002. Disponible en [www.eco.unlpam.edu.ar](http://www.eco.unlpam.edu.ar), última consulta el 28 de noviembre de 2018.

(49) La Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1987, configura el terrorismo como un delito independiente y lo define como los actos criminales contra el Estado y cuyo fin es la de provocar el terror contra personalidades determinadas, grupos de personas o en el público. Por su parte, GONZÁLEZ CURSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo», *Lección Inaugural del curso Académico 2005/2006*, Universidad Jaime I de Castellón, Castellón, 2005, lo define como son actos de violencia que constituyen delitos comunes con una finalidad de subvenir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferente si se realizan en el seno de una organización o se cometen individualmente.

(50) Vid., art. 72.6 de la LOGP.

guirse, o resulta muy difícil, la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien [...] se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución» (51).

De forma resoluble, me lleva a concluir que no se trata solo de neutralizar, sino también de reeducar, representando el Centro penitenciario una *oportunidad* de reinserción social. Kaufmann (52), indica que «más que la idea de que determinados grupos de delincentes puedan someterse a un tratamiento especial, a un tratamiento socio-terapéutico, triunfa la idea de que se desarrolle una ejecución de la pena humanamente digna, que sea posible durante la detención, vivir como hombre y no vegetar como un número. Se trata de que los reclusos sean preservados del daño que supone estar sometido durante un tiempo a la detención y, además, de atenuar gradualmente la ejecución y de compensar en lo posible las condiciones de vida de los presos en libertad, que no suceda como ocurre frecuentemente que la pena empieza con la liberación». Por otra parte, cada reinserción efectiva de un exdelincuente es un éxito del sistema judicial y penal en su lucha contra el delito. En el caso del delincuente por terrorismo, cada reinserción es un triunfo de la sociedad civil y los valores democráticos sobre la intolerancia y el fanatismo (53).

Ahora bien, ¿cómo es esa reeducación? En primer lugar, el tratamiento penitenciario es voluntario; en segundo lugar, ajustándonos al art. 62 de la LOGP, especialmente los apartados a) y b) al indicar que el tratamiento estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto

---

(51) De modo similar se pronuncia la STS, Sala 2.ª, de 20 de octubre de 1994, Fj. 6.

(52) KAUFFMANN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 50, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 100-101.

(53) URQUIJO, I., *Gesto por la paz*, disponible en <http://www.gesto.org/prensa-pdf/10-10-18%20A.%20La%20reinsersion.pdf>, última consulta el 9 de diciembre de 2018.

evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno. Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronostico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto, debemos señalar y tener en cuenta para la reeducación todo lo relativo a factores de riesgo por los cuales el recluso cometió las conductas delictivas. Es aquí, en esta fase, donde se lleva a cabo una investigación utilizando el método clínico criminológico por ser considerado un método científico, empírico e interdisciplinar. Es decir, establecer un diagnóstico criminológico clínico que concluya un estado peligroso del criminal objeto de estudio, su capacidad criminal –o temibilidad (54)– y su adaptabilidad social. El diagnóstico se presenta con sus fases correspondientes: diagnóstico de capacidad criminal; diagnóstico de adaptabilidad social; y, diagnóstico del estado de peligrosidad (55).

En este sentido, podemos señalar que existen factores integrados por las características personales el sujeto (impulsividad, egocentrismo, etc.), combinadas con experiencia y aprendizajes. La variabilidad individual y experiencial confiere a los sujetos distintos niveles de riesgo para el inicio y mantenimiento de las carreras delictivas (56). Los factores personales y experimentales constituyen los objetivos adecuados de la prevención, en este sentido, Redondo Illescas (57) habla de prevención primaria y secundaria constituyendo programas de apoyo social que permitan un desarrollo individual, así como colectivo. Si bien es cierto, también debemos añadir esa prevención desde el punto de vista penitenciario ya que en este ámbito también se puede trabajar sobre esos factores de riesgos personales y experimentales. Ahora bien, se debe tener en cuenta los aspectos motivacionales que llevaron a este sujeto a cometer hechos delictivos, es decir, saber cuál es la necesidad criminogénica del sujeto. En este conjunto de factores podemos incluir la fuerza de los hábitos delictivos, las adiciones, la

---

(54) Término acuñado por Garofalo. GARÓFALO, R., *Criminología, estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*. Turin: Bocca, 1885.

(55) PINATEL, J., *Tratado de derecho penal y criminología*. Caracas: Universidad central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974. Vol. III, p. 604.

(56) REDONDO ILLESCAS, S., *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*. Madrid: Pirámide, 2016, pp. 42-43.

(57) *Ibidem*, p. 43.

carencia de vínculos y habilidades prosociales, el bajo control informal, las experiencias de tensión excesiva vividas por el sujeto (58).

En sentido amplio, los factores de riesgo de conducta delictiva son características y experiencias personales, las oportunidades delictivas y la motivación actual (59), frente a ello hay que establecer los distintos tipos y estrategias preventivas. Es por ello que, a la hora de establecer programa de tratamiento penitenciario, tenemos que tener en cuenta factores de experiencia, aprendizaje de conductas delictivas y habilidades, factores cognitivos y emocionales y factores psicobiológicos y de personalidad (60). En definitiva, el tratamiento aspira a producir cambios personales en los individuos que hagan a los delinquentes tratados lo más resistente posible (frente al delito), sean cuales sean las oportunidades delictivas que se les presenten. Si bien es cierto, el tratamiento no puede convertir a estos sujetos tratados en «invulnerables» (61). Como afirma Redondo «dada la heterogeneidad de los factores que contribuyen a riesgo delictivo presente [...] para maximizar los efectos preventivos presentes y futuros se requerirán intervenciones diversificadas para los diversos factores de riesgo criminogénico, lo que incluye medidas sociales y educativas, de prevención primaria y secundaria y de disminución de las oportunidades delictivas» (62).

Para establecer estos programas de tratamiento penitenciario a los presos terroristas (como a cualquier otro) se ha de tener en cuenta cuestiones relativas a la peligrosidad (63); se hace necesario recordar

---

(58) *Ibidem*, p. 43.

(59) *Ibidem*, p. 43.

(60) *Vid. Ibidem*, p. 45. La motivación delictiva forma parte de los factores dinámicos moldeables, al menos parcialmente, por referencia las creencias, los hábitos, las habilidades o el autocontrol emocional. Estos factores constituyen el campo de acción más directo y genuino del tratamiento que, mediante educación intensiva, puede ayudar a reorientar estos factores personales. Si ha de tener en cuenta ciertas características neuronales y endocrinas que confieren al sujeto una mayor o menor labilidad emocional, impulsividad y capacidad de aprendizaje, así como también se tiene que tener en cuenta las creencia y estructura del pensamiento del sujeto, justificaciones, deseo y afectos que un sujeto posee en la actualidad para poder llevar a cabo un tratamiento adecuado.

(61) *Ibidem*, p. 45.

(62) *Ibidem*, p. 45.

(63) La *peligrosidad* es definida como propensión o probabilidad que tiene una persona de cometer actos futuros que son violentos. No obstante, podemos establecer otras definiciones, como la de Romeo Casabona, indica que «el concepto de peligrosidad no adquirirá realmente una entidad propia como instituto del derecho penal moderno hasta que se le vincule sistemáticamente con una consecuencia del delito distinta de la pena: la medida de seguridad». ROMEO CASABONA, C., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 28 ss.

que en la Ley Orgánica General Penitenciaria encontramos algunos preceptos relativos a la peligrosidad, estando algunos íntimamente relacionados con el tratamiento penitenciario, así el art. 10 dictamina que: «No obstante, lo dispuesto en el núm. uno del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto [...]». El artículo 62 de la LOGP: «El tratamiento penitenciario guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial [...]»; Además, el art. 67 de la 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.»

La peligrosidad penitenciaria se predice con la entrevista criminológica clínica, ya que con ella podemos observar y analizar aspectos como la capacidad criminal, rasgos de la personalidad, la inadaptación social y con la clasificación tipológica realizando perfiles delictivos, es decir, clasificarle en un determinado perfil, en este caso, como terrorista.

Se combinan factores del pasado para ver si aparecen en el futuro, es una probabilidad estadística, por tanto, se toma un recluso, se observa qué circunstancias concurren en él y se observa su conducta y el comportamiento. Es una predicción individual a un criminal en la que se detallan los factores de riesgo asociados, los ítems presentes, y en función de los resultados se dice que hay una determinada probabilidad de reincidencia (de peligrosidad). Uno de los fines, como hemos indicado de establecer la peligrosidad, es para aplicar programas de tratamiento penitenciario.

Para los reclusos que son terroristas pertenecientes a las organizaciones terroristas internacionales de corte yihadista se han de tener en cuenta, para los programas de tratamiento penitenciario, y para su reinserción social, un conjunto de circulares e instrucciones. A saber, la Instrucción 8/2014, *Medidas para la detección y prevención de procesos de radicalización de internos musulmanes*, se incide en el fenómeno terrorista dentro del Centro apoyando cualquier iniciativa y apoyo a nivel nacional e internacional que haga frente al terrorismo combatiendo la criminalidad. Se trata de recoger, analizar y sistematizar un conjunto de datos y variables relevantes para detectar y acotar procesos consolidados de radicalización. Incidiendo, especialmente,

en el examen riguroso de las eventuales relaciones, de algunos de los terroristas ingresados en prisión con personas con detenciones anteriores, con independencia de que hayan sido condenados por terrorismo o por otros delitos. En base a ello establecen el tipo de peligrosidad, procediendo a una reubicación del recluso en un módulo concreto (obviamente, se va a valorar los casos de permisos de salida, libertad condicional, progresión de grado penitenciario, entre otros factores).

Respecto de la I 2/2015, de 10 de febrero, el *Programa Marco de Intervención y Tratamiento* está destinado a tres grupos de internos, todos ellos dentro del FIES. Se habla de tres grupos: – el Grupo A, dirigido a los condenados por pertenencia o colaboración con grupos terroristas, el tratamiento penitenciario será individualizado; – el Grupo B, dirigido a aquellos reclusos que tienen una actitud de liderazgo captador y proselitista, en ellos se exige que el tratamiento penitenciario sea de carácter grupal; y – el Grupo C, para los radicalizados o en proceso de radicalización extremista, con un nivel de riesgo y vulnerabilidad hacia el proceso de captación, asumiendo un papel pasivo, pero puede protagonizar incidentes en el régimen penitenciario, tienen una actitud de desprecio hacia los reclusos no musulmanes o musulmanes que no siguen sus preceptos. Aquí el tratamiento penitenciario también se exige que tenga un carácter grupal.

Respecto de la I 2/2016, de 25 de octubre. «La Administración Penitenciaria, además de garantizar la retención y custodia durante el cumplimiento de la pena, tiene la obligación de propiciar el conjunto de actividades directamente encaminadas a conseguir la reeducación y reinserción social de los penados, de forma que, cumplida la condena, el penado retorne a la sociedad con la capacidad y la voluntad de vivir respetando la Ley penal. Esta obligación legal no desaparece respecto a internos vinculados a bandas terroristas y organizaciones criminales, recordando que, en el caso de delincuentes terroristas, estos presentan peculiaridades que es preciso abordar con una estrategia específica». Se establece el *Programa de Intervención con los internos islamistas en los Centros Penitenciarios*. Hablándose de tres tipos de FIES, los del Grupo A deben acreditar el rechazo a la violencia y la desvinculación de la organización terrorista, y el programa de tratamiento penitenciario va dirigido a mejorar la capacidad empática, formación en principios y valores del Estado democrático de derecho y modificar los elementos de actitud de convicción; los del Grupo B, se tiene en cuenta la tendencia a la captación, proselitismo y seducción, y el programa de tratamiento penitenciario va dirigido a posibilitar una mejora de capacidad empática; por último, los del Grupo C, se tendrán en

cuenta las variables de vulnerabilidad y riesgo, así como el programa de tratamiento penitenciario para su reeducación y reinserción irá encaminado a mejorar la capacidad empática.

La radicalización en el ámbito penitenciario es una cuestión de actualidad y preocupante en nuestros centros penitenciarios, es por ello que, además, de la labor de observación por parte del personal funcionariado, es de importancia establecer adecuados programas de tratamiento penitenciario, para una reeducación y reinserción social. Las prisiones se consideran un terreno fértil para la radicalización, debido a la diversidad de los orígenes de los reclusos, lo que lleva a los presos a relacionarse con los más compatibles en términos de idioma, cultura o, incluso, de religión. Este proceso puede degenerar en proselitismo cuando intervienen factores de riesgos desvirtuando la propia y original identidad del recluso.

Si bien es cierto, el tema en cuestión se fundamenta en la tesis de que se impone un modelo bajo las directrices de psicología criminal y tratamiento, conocido como el *modelo de riesgo-necesidad-responsividad* (64). El modelo establece tres principios básicos del tratamiento con los delincuentes con el fin de reducir el riesgo de reincidencia: a) *el principio de riesgo*: con el fin de administrar a los delincuentes una intervención apropiada a sus características, por lo que es necesario que se evalúen previamente y se predique el nivel de riesgo de reincidencia. En esta faceta es necesario establecer distinciones entre factores de riesgo estáticos y dinámicos, es decir, los relativos a las características del sujeto o a su pasado que no se pueden modificar frente a aquellas que sí se pueden modificar porque hacen referencia a actitudes o cogniciones; b) *el principio de necesidad*: el tratamiento o sede de focalizar en las necesidades criminogénicas, es decir, en los factores dinámicos que guardan relación empírica y directa con la conducta delictiva; y c) *el principio de responsividad*: que se refiere a los factores que pueden dificultar que los sujetos respondan o racionen adecuadamente al tratamiento.

Redondo Illescas (65) lo esquematiza muy acertadamente para que sea entendido: hay unos factores estáticos que hacen referencia al riesgo –precocidad delictiva, personalidad en la que hay que tener en cuenta la impulsividad y búsqueda de sensaciones–; uno factores dinámicos que se refieren a las necesidades criminogénicas y al tratamiento –en el que hay que tener en cuenta las condiciones, amigos

---

(64) ANDREWS, D. y BONTA, J., *The Psychology of Criminal Conduct*, Cincinnati, EE. UU., 4.º ed., Anderson Publishing Co, 2006.

(65) REDONDO ILLESCAS, S., *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*, ob. cit., p. 83.



delinquentes y drogadicción—; y uno factores que son parcialmente modificables, referidos a la responsividad e individualización —se incluya la impulsividad, autocontrol, empatía y la prevención de recaídas.

La presentación de programas de tratamiento penitenciario aplicados en las prisiones españolas y que dependen de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no establece un programa específico para los presos terroristas, independientemente del terrorismo que hablemos, salvo las circulares que hemos mencionado, si bien, se ha podido observar que esas circulares van dirigidas a condenados por terrorismo internacional de corte yihadista. Ahora bien, qué pasa con el resto de reclusos que han sido condenado por terrorismo, pero no por el terrorismo internacional, quizás para ellos debemos ajustarnos a esos programas específicos de intervención en régimen cerrado con el objetivo de reducir las conductas violentas o inadaptadas, así como facilitar su convivencia en el régimen ordinario, empero este programa va dirigido a todos los internos que se encuentran en régimen cerrado, no solamente a los que pertenezcan a una organización terrorista. Es, por lo tanto, que podríamos diseñar programas de habilidades cognitivas, de manejo de emociones y de ira en el que se puede cambiar patrones de pensamiento asociadas a esa conducta delictiva, e incluso programas de integración comunitaria.

Para los condenados por la banda terrorista nacional (66) la normativa establece unos preceptos dirigidos exclusivamente para ellos respecto de la reeducación y reinserción social. Se debe tener en cuenta el art. 90 del Código penal en lo que a la libertad condicional se refiere, dice: «En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales [...] 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 vícti-

---

(66) Incluyendo aquí a ETA o a GRAPO.

mas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.» Nos debemos ajustar, también, al art. 72.6 de la LOGP, que dictamina «Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.» O la excepción para casos especiales tipificado en el art. 104 del RP. Sin dejar atrás el art. 100.2 del RP respecto del principio de flexibilidad en los programas de tratamiento penitenciario para una adecuada reeducación y reinserción social.

### 3. LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE REINSECCIÓN

Es la Regla 24 de las Reglas Penitenciarias Europeas la que garantiza el contacto con el mundo exterior a través de las comunicaciones y las visitas (67). Las Reglas 37 a 39 de las Reglas Mínimas para el

---

(67) Para un estudio más amplio LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 209 ss.

Tratamiento de los reclusos (68) también lo desarrollan argumentando que consiste en un derecho que se predica por igual para los reclusos nacionales que para los extranjeros. En consecuencia, «la comunicación con los demás es un bien necesario a la persona cuya naturaleza es social, y puede así verter sus sentimientos, ideas y tendencias, manifestándose como individuo con características propias que la distinguen de los demás» (69). La Regla 37 de la Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos (70), dice que «los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas». Y la Regla 79 dictamina que se «velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando estas sean convenientes para ambas partes». También lo indica La Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre normas penitenciarias europeas, en su norma 43.1, al referir que «los reclusos deberán poder comunicarse con su familia y, sin perjuicio de las exigencias de su tratamiento, de la seguridad y del orden del centro, con las personas o representantes de organismos externos; deberán asimismo poder recibir a intervalos regulares visitas de dichas personas». Precepto muy similar al artículo 51 de la LOGP (71).

El tema de las comunicacines es fundamental para la reinserción social de cualquier preso, pero mención especial merece las comunicaciones caracterizadas porque se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial, y en los supuestos de terrorismo. Estas comuni-

(68) Con apoyo de las Reglas 58 y siguientes referidas al contacto con el mundo exterior, de las Reglas de Mandela de mayo de 2015.

(69) BATLLE SALES, G., *Derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Valencia, 1972, p. 39.

(70) Resolución 1984/1947, de 25 de mayo, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

(71) Existe discrepancia doctrinal en cuanto a considerar la inconstitucionalidad del art. 51.5 de la LOGP al manifestar que «Las comunicaciones orales y escritas podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente», ya que el art. 18.3 de la CE dice que «Se garantiza el secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial», de otro lado, téngase en cuenta la STC 183/1994, de 20 de junio. El art. 51.5 de la LOGP establece una suspensión, surgiendo, por parte de la doctrina, la duda de su constitucionalidad debido a la falta de autorización judicial de la injerencia en la libertad y secreto de las comunicaciones. La jurisprudencia constitucional asevera que la comunicación inmediata al Juez de Vigilancia Penitenciaria es un requisito de la legalidad –STC 175/1997, de 27 de octubre SSTC 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre.

caciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente (72), la intervención opera tanto sobre las comunicaciones enviadas como sobre las recibidas (73), ha de cumplir el requisito de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente, así como la de notificación al preso afectado, pero se ha añadido, además, la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (74). En cuanto al término *intervención*, señalada por la Ley Orgánica General Penitenciaria, existe numerosa doctrina jurisprudencial, así el ATS de 2 de febrero de 2010 manifiesta que «la legislación penitenciaria exige, no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción, el supuesto de terrorismo y la orden de la autoridad judicial». Las comunicaciones entre Abogado y clientes terroristas, en un primer momento, el Tribunal Constitucional interpretó la normativa penitenciaria habilitando la suspensión o intervención de las comunicaciones con el Abogado por la Administración penitenciaria, con la sola exigencia de una posterior dación de cuentas a la autoridad judicial –ello en una declaración accidental o de *obiter dictum*– (STC 73/1983, de 30 de julio); cambió su criterio, con posterioridad, exigiendo, en todo caso, la previa autorización judicial, impidiendo así su restricción por mera decisión administrativa (STC 183/1994, de 20 de junio) (75).

Afinando más la cuestión, las comunicaciones son generales, siendo aquellas que se mantiene con familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e Instituciones de cooperación penitenciaria (76), estas porque podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente y las comunicaciones con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, caracterizadas porque no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por

---

(72) Art. 51.2 de la LOGP.

(73) SSTC 106/2001, de 23 de abril, Fj. 7, y 194/2002, de 28 de octubre, Fj. 7, reiterada por la 169/2003, de 29 de septiembre.

(74) SSTC 128/1997, de 14 de julio, Fj. 4; 175/1997, de 27 de octubre, Ffj. 3 y 4; 200/1997, de 24 de noviembre, Fj. 3; 188/1999, de 25 de octubre, Fj. 5; 175/2000, de 26 de junio, Fj. 3. En otro sentido, la STC 106/2001, de 23 de abril, Fj. 6.

(75) REVIRIEGO PICÓN, F., «El secreto de las comunicaciones en los Centros Penitenciarios. Comunicaciones escritas entre reclusos», *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 13, 2005, p. 3. *Vid.*, SSTC 193/2002 y 194/2002, ambas de 28 de octubre, Ffj. 3 y 6.e, respectivamente, que se remiten, en este punto, a la STC 106/2001, de 23 de abril, Fj. 6. SSTEDH, de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras*; de 24 de abril de 1990, casos *Kruslin* y *Huvig*; y de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo*

(76) Art. 51.1 de la LOGP.

orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo (77). El Tribunal Constitucional manifiesta que «hay que advertir que este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere, por ello, suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso del artículo 25.2 de la CE. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, mantenerse preparado para su futura vida en el seno de la sociedad [...]» (78). Las resoluciones de intervención de las comunicaciones no solo han de cumplir los preceptos legales citados, y por tanto el de la motivación prevista en el art. 51.5 de la LOGP, sino, en cuanto medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental, los presupuestos y requisitos exigibles según nuestra reiterada doctrina y que hemos sistematizado de forma genérica en la STC 207/1996 y, con relación al tema que nos ocupa, recientemente en la STC 128/1997» (79). Se debe citar el ATSJ de Madrid 28/2010, de 25 de marzo, en el que declaró ilícitas las medidas de intervención de las comunicaciones entre determinados imputados en el denominado *caso Gürtel* y sus abogados defensores. Con apoyo en el art. 51 LOGP, el auto considera que, no investigándose delitos de terrorismo, estaba vedada toda intervención de las comunicaciones que los imputados presos mantuvieran con sus letrados. En la instrucción se realizó una intervención indiscriminada de comunicaciones con los letrados defensores en la misma causa en la que se acuerda la intervención, que contraviene el indicado art. 51 LOGP. El auto mantiene, también, la ilicitud de dicha concreta intervención que debiera haber requerido una ponderación especial de las razones en las que podía fundarse la posible participación del abogado en los delitos investigados y de la necesidad y proporcionalidad de la medida ya que la intervención afectaba no solo al derecho a la intimidad del abogado sino también al derecho de defensa del resto de los imputados de los que continuaba siendo defensor (80).

No obstante, existen discrepancias en la doctrina constitucional, de un lado, referente a la decisión de si el recluso puede elegir o desig-

---

(77) Art. 51.2 y 5 de la LOGP.

(78) STC 175/1997, de 27 de octubre, Fj. 2, 4

(79) Al respecto, DUEÑAS SANTOFIMIA, J. P., «La intervención de las comunicaciones», *Estudios Jurídicos*, Cuerpo de Secretarios Judiciales, t. I, 2000, pp. 83-111.

(80) LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los reclusos*, cit., pp. 209 ss.

nar a una persona también miembro de la banda armada para el asesoramiento; por un lado, se respondió afirmativamente siempre que se presentara por escrito y en castellano (81) y, por otro, se resolvió negativamente alegando razones de seguridad y buen orden del Centro (82). Es aquí donde surge la cuestión del secreto de las comunicaciones pudiendo afectar a la relación abogado-presos (83).

Debemos advertir que, el artículo 41.1 del RP utiliza el término *tienen derecho*, mientras que es regulado como *derecho* en el artículo 4.2.e) del mismo texto legal. Además, la doctrina es crítica a la hora de indicar que mientras que el artículo 43.1 del RP utiliza el término *derecho*, en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en los textos internacionales el término utilizado es el de *autorizar*, pudiendo advertirse que el derecho a las comunicaciones sea configurado conforme al régimen o tratamiento penitenciario.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha manifestado que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, proyectándose las garantías procedimentales de este complejo artículo 24 sobre las actuaciones que estuvieren dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración (84).

No se debe olvidar que los internos que cumplen penas privativas de libertad en Centros penitenciarios son titulares de todos los derechos constitucionales, ahora bien, sujetos a las restricciones legítimas derivadas de la medida privativa de la libertad. El recluso sin importar su condición o circunstancia está protegido por unos derechos constitucionales que no pueden ser objeto de restricción jurídica durante la estancia en la prisión, a saber, el derecho a la vida, a la integridad personal y a la protección de la salud, a la reeducación y reinserción social.

Desde este punto de vista, en cualquier caso, toda limitación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad debe ser proporcional a la finalidad de la medida privativa de la libertad. Esto hace que se le imponga al Estado, y a las Instituciones penitenciarias, una serie de deberes, garantías y protección para promover la

---

(81) STC 27/2001, de 29 de enero.

(82) STC 55/2006, de 27 de febrero.

(83) Vid., LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; de la misma, *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Universidad de Alicante, San Vicente de Raspeig, 2002.

(84) SSTC 18/1981, de 8 de junio; 37/1995, de 7 de febrero; 65/2002, de 11 de marzo; 114/2004, de 12 de julio, y 316/2006, de 15 de noviembre.

efectividad de los derechos fundamentales del recluso, en función de su relación de especial sujeción con respecto a la Administración (85).

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», en QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F., (coords.), *El nuevo Derechos Penal español*, Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Madrid, 2001.
- ANDREWS, D. y BONTA, J., *The Psychology of Criminal Conduct*, Cincinnati, EE. UU., 4.º ed., Anderson Publishing Co, 2006.
- BATLLE SALES, G., *Derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Valencia, 1972.
- CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008.
- CARRILLO, E., ÁLVAREZ, F., «El crimen: una perspectiva desde los derechos humanos», en *Pensamiento Americano*, 2012, pp. 33-43.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., «La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español», *Poder Judicial*, núm. 28, Madrid, 1992.
- CHRISTIE, N., «Problems of Imprisonment in the World Today», *Monitoring prison Conditions in Europe* (report of a European seminar held in Marly-le Roi, París, 1997).
- DAVID, E., «Reflexions sur la définition et la repression du terrorisme», ed. de L'U. L. B., Bruselas, 1974.
- DUEÑAS SANTOFIMIA, J. P., «La intervención de las comunicaciones», *Estudios Jurídicos*, Cuerpo de Secretarios Judiciales, t. I, 2000, pp. 83-111.
- FARALDO CABANAS, P., «Un Derecho penal de Enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA, P., PUENTE ABA, L. M. y BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 299-340.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997.
- FIELD MANUAL, «Combatting Terrorism» *Headquarters Departments of the Army and the Air Force*. Washinton. December, núm. 100, 1990.
- FRANKL, V., *El Hombre busca su sentido*, Barcelona, 1979.

---

(85) La STC 74/1985, de 18 de junio, es la primera que utiliza el término y la STS de 23 de abril de 1976; *Vid.*, SSTC 120/1990, de 27 de junio; 61/1990, de 29 de marzo; 97/1995, de 20 de junio; 127/1996, de 9 de julio; 60/1997, de 18 de marzo; 129/1995, de 11 de septiembre, Fj. 3; 35/1996, de 11 de marzo, Fj. 2; 60/1997, de 18 de marzo, Fj. 1; 175/2000, de 26 de junio, Fj. 2; 27/2001, de 29 de enero, Fj. 3; 11/2006, de 16 de enero, Fj. 2.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979, pp. 659 ss.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario. (Escritos, 1982-1989)*, Agesa, Madrid, 1989.
- (1995). *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1995.
- GARÓFALO, R., *Criminología, estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión*. Turin: Bocca, 1885.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «Alternativas al sistema carcelario», *Cuadernos de Fundación Encuentro*, 1992.
- (1993). «Penas privativas de libertad y alternativas», La individualización y ejecución de las penas. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 7, 1993, pp. 73-92.
- GONZÁLEZ CURSSAC, J. L., «El derecho penal frente al terrorismo», *Lección Inaugural del curso Académico 2005/2006*, Universidad Jaime I de Castellón, Castellón, 2005.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005.
- HERRERO HERRERO, C., *Criminología (Parte General y Especial)*, Dykinson, 3.º ed., aumentada y actualizada, Madrid, 2007.
- HOWARD, J., *El estado de las prisiones*, «the State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Obsevation, and Account of Some Foreign Prisons», Routledge/Thoemes Press, Londres, 2000.
- JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Cívitas, 2.º ed., Madrid, 2006.
- KAUFFMANN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KRIEGSMANN, N. H., *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917.
- LXXIX ASAMBLEA PLENARIA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL, *Valoración moral del terrorismo en España, de sus causas y de sus consecuencias*, Instrucción Pastoral, Madrid, 2002.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- (2007). «Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista», *La ley Penal*, núm. 41, 2007.
- LÓPEZ CALERA, N., «El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIX, 2002, pp. 51 ss.
- LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*, Tesis Doctoral, Universidad de Alcalá, Madrid, 2011.
- (2012). «Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXV, Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, pp. 253-304.
- (2013). «El art. 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos», *Revista de Estudios Penitenciarios*, In Memoriam del Profesor Francisco Bueno Arús, Ministerio del Interior, Madrid, 2013, pp. 149-166.



- LÓPEZ MELERO, M., (2014). «La cárcel como factor social», *Revista La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 108, mayo-junio, 2014, pp. 130-143.
- (2014). «Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXVII, Ministerio de Justicia, Madrid, 2014, pp. 321-362.
- (2015). *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Edisofer, Madrid, 2015.
- (2016). «Delincuencia Terrorista», Material didáctico. Máster en Ciencias Policiales, IUICP, Alcalá, Madrid, 2016.
- LÓPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Universidad de Alicante, San Vicente de Raspeig, 2002.
- (2003). *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El cumplimiento íntegro de las penas», *Anualidad Penal*, núm. 7, 2003, pp. 195-214.
- MANZANOS BILBAO, C., «Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho», *Hika*, núm. 133, 2002. Disponible en [www.eco.unlpam.edu.ar](http://www.eco.unlpam.edu.ar), última consulta el 28 de noviembre de 2018.
- MAPELLI CAFFARENA, B., «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *Ponencia de las I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983.
- (1983). *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- (1991). «Cárcel y Derechos Humanos», *Revista 7*, disponible en [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org), Barcelona, 1991.
- (2006). «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 8, 2006, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>.
- MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
- (2003). *Derecho penal del enemigo*, Conferencias magistrales, núm. 6, INACIPE, México, 2003.
- NACIONES UNIDAS, Organización de las Naciones Unidas. 88 Asamblea Plenaria: Medidas para eliminar el terrorismo internacional (A/RES/51/210), 1977.
- (1987). Organización de las Naciones Unidas. Asamblea Plenaria: Medidas para eliminar el terrorismo internacional, 1987.
- (2014). Consejo de Seguridad, 2014, S/RES/2178. Disponible en: [http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1454802\\_ES.pdf](http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1454802_ES.pdf).
- NEUMAN, E., «Aspectos penológicos», en NEUMAN, E. y IRURZUN, V. J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, reimpresión, Dalmata, Buenos Aires, 1977.
- PINATEL, J., *Tratado de derecho penal y criminología*. Caracas: Universidad central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974. Vol. III.
- PLATÓN, *Poena medicinalis, Georgias*, en Diálogos, trad. de L. Roig de Lluis, vol. I, 478d, Espasa-Calpe, Madrid, 1998.

- REDONDO ILLESCAS, S., *Manual para el tratamiento psicológico de los delinquentes*. Madrid: Pirámide, 2016.
- REVIRIEGO PICÓN, F., «El secreto de las comunicaciones en los Centros Penitenciarios. Comunicaciones escritas entre reclusos», *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 13, 2005.
- ROBLES MORCHÓN, G., *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas: ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Thomson Civitas, 1.º ed., Madrid, 2007.
- ROMEO CASABONA, C., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986.
- RUIZ MIGUEL, A., «Principio de igualdad y Derecho penitenciario», *Poder Judicial*, núm. 45, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ CONCHEIRO, M.ª T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Icaria, Sociedad y Opinión, Barcelona, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2.ª ed., rev. y amp., Madrid, 2001.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.
- URQUIJO, I., *Gesto por la paz*, disponible en <http://www.gesto.org/prensa-pdf/10-10-18%20A.%20La%20reinsercion.pdf>, última consulta el 9 de diciembre de 2018.

# Una cuestión no resuelta: La naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en España y Perú

DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ

Universidad San Martín de Porres

En homenaje a los 40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria

## RESUMEN

*El estudio y tratamiento de los beneficios penitenciarios, entendidos como mecanismos liberatorios, como medidas o instrumentos normativos que adelantan la libertad, ha presentado divergencias de opinión en la doctrina científica. Esencial entre las posibles visiones y posturas al respecto, es la cuestión de la naturaleza jurídica atribuida a estas instituciones penitenciarias, esto es, su carácter de derecho, gracia, premio o incentivo. En este trabajo se abordará la naturaleza jurídica actual de tales medidas históricamente premiales, desde el enfoque normativo, doctrinal y jurisprudencial en los ordenamientos español y peruano.*

**Palabras clave:** *Derecho penitenciario; Ejecución penal, Naturaleza jurídica; beneficios penitenciarios; España; Perú.*

## ABSTRACT

*The study and treatment of prison benefits, understood as liberatory mechanisms, as measures or normative instruments that advance freedom, has presented divergences of opinion in scientific doctrine. Essential among the possible visions and positions in this regard, is the question of the legal nature attributed to these penitentiary institutions, that is, their character of law, grace, reward or incentive. This paper will address the current legal nature of such historically premial measures, from the normative, doctrinal and jurisprudential approach in the Spanish and Peruvian legal systems.*

**Key words:** *Penitentiary Law; Law enforcement; legal nature; prison benefits; Spain; Peru.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Postura doctrinal y jurisprudencial de la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en España y Perú. 2.1 Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en España. 2.2 La naturaleza jurídica de los Beneficios penitenciarios en el Perú. 2.2.1 La naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios según la doctrina. 2.2.2 La naturaleza del beneficio penitenciario en la doctrina del Tribunal Constitucional y los Acuerdos Plenarios N.º 08-2011/CJ-116 y N.º 02-2015/CJ-116.–3. Fundamentación de la postura personal adoptada.

## 1. INTRODUCCIÓN

El estudio y tratamiento de los beneficios penitenciarios, entendidos como mecanismos liberatorios, como medidas o instrumentos normativos que adelantan la libertad, ha presentado divergencias de opinión en la doctrina científica. Esencial entre las posibles visiones y posturas al respecto, es la cuestión de la naturaleza jurídica atribuida a estas instituciones penitenciarias, esto es, su carácter de *derecho, gracia, premio o incentivo*. En este trabajo se abordará la naturaleza jurídica actual de tales medidas históricamente premiales, desde el enfoque normativo, doctrinal y jurisprudencial en los ordenamientos español y peruano.

Antes de abordar el contenido a desarrollar, es menester resaltar el concepto y fundamento de los beneficios penitenciarios. Estas medidas atenuatorias de la libertad, vienen a ser aquellos instrumentos normativos que, en la historia de la ejecución penal y penitenciaria, y siguiendo el planteamiento de la norma española actual, han servido y sirven para acortar las penas privativas de libertad impuestas o para reducir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión: los denominados *beneficios penitenciarios*. Y según el artículo 202 del Reglamento penitenciario español (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) son beneficios penitenciarios el indulto particular y el adelantamiento de la libertad condicional; mientras que en el Perú, el artículo cuarenta y dos del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo 654 publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 2 agosto de 1991) son beneficios penitenciarios los permisos de salida, la redención de las penas por el trabajo y la educación, la semilibertad, la liberación condicional y la visita íntima.

Hemos de partir, en todo caso, de la base fáctica que nos muestra que de ningún modo se han cumplido en España las penas de prisión

íntegramente, pues cuando existía el fin correccional como oriente de las penas decimonónicas, éstas nunca se extinguieron completamente por los reclusos, precisamente por basarse en una temporalidad maleable, indeterminada, condicionada al tiempo preciso para la corrección entendida entonces como reforma del penado, como asunción de la culpa derivada de un ilícito penal; y, por la misma razón, hoy, los beneficios penitenciarios siguen constituyendo medidas antagónicas de los cumplimientos íntegros o perpetuos. En la actualidad, el viejo fin correccional lo denominamos, desde el prisma constitucional, resocialización, o en la terminología penal, orientación preventivo especial positiva. La idea y fin de esta orientación se comprende hoy en día como un concepto de mínimos, lo que significa, en la práctica, ser el penado capaz de vivir respetando la ley penal tras el cumplimiento de la condena –o, al menos, del tiempo necesario de la misma–, y es por ello y para ello que el Estado destina medios materiales y prevé instrumentos normativos como los *beneficios penitenciarios* para cumplir con aquel trascendente fin constitucional, reflejado en el artículo 25.2 de la Constitución española de 1978 (1). Y en términos del máximo exponente del Derecho penitenciario español, los beneficios penitenciarios constituyen un «elemento regimental tan importante para la buena marcha del establecimiento como el adecuado régimen disciplinario contemplado en el Capítulo inmediatamente anterior, pues el estímulo es clave para lograr también aquella convivencia ordenada en cuyo marco se desenvuelven todas las actividades penitenciarias» (2). Y en términos de su más destacado discípulo, mi maestro Enrique Sanz Delgado, al respecto señala lo siguiente: «La anticipación de la salida de las personas reclusas ha sido un elemento vertebral de los modernos sistemas penitenciarios» (3). No le falta razón, desde un punto de vista práctico, por cuanto nos introduce el rol preponderante de los beneficios penitenciarios dentro del sistema penitenciario.

---

(1) El artículo 25.2 de la Constitución española establece lo siguiente: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la *reeducación y reinserción social*, y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

(2) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*. 2.<sup>a</sup> ed., reimpresión. Civitas, Madrid, 1992, p. 141.

(3) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Los beneficios penitenciarios», en *La Ley Penal*, n.º 8, septiembre 2004, p. 47.

La finalidad a la que apunta nuestra institución –reeducación y reinserción–, de diáfanos criterios preventivo-especiales, cobra sentido en tanto constituyen una herramienta muy útil para los internos, quienes con la esperanza de regresar antes a su entorno social, hacen lo posible por adaptar su conducta (siquiera, en ocasiones, simulada), y poder obtener así un pronóstico favorable de reinserción social. Es por ello, que estas medidas atenuatorias, constituyen un elemento vertebral dentro del sistema, pues, articula todos los componentes (internos, funcionarios, administración penitenciaria) para que caminen en sintonía y direccionados hacia un único fin.

En cualquier caso, lo que en su momento fueron concesiones de la Administración penitenciaria a los internos, entendidas como premios, o mecanismos motivacionales en su persona, recompensas a su buen comportamiento y sujeción a las reglas del establecimiento donde extinguían sus penas, en la actualidad no dependen únicamente de la actividad administrativa discrecional, sino que pueden ser entendidos como respuestas jurídicas con consecuencias favorables, esto es, como derechos a la espera del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, –*previa valoración de la autoridad judicial especializada, personalizada en la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria*–, y así constituyen expectativas de derechos, o para algunos una modalidad de derechos subjetivos. Los *beneficios penitenciarios* son concedidos por los jueces dedicados a la ejecución penal (ex Art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española –en adelante LOGP–), y ello porque estos mecanismos efectivamente recortan el cumplimiento de la pena o adelantan la salida de la prisión. La base, entonces, de tales sistemas liberatorios no solo se encuentra en la Ley, en la Constitución y en la normativa orgánica que regula la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad, como mandato del legislador que plasma la autorización ciudadana vía parlamentaria, sino también encuentran su fundamento en la citada garantía judicial que establece la norma, otorgando tal última responsabilidad al juez.

En síntesis, tales *beneficios penitenciarios* (acortamiento de las condenas redimiendo penas por el trabajo, los indultos particulares, o las modalidades de adelantamiento de la libertad condicional del ordenamiento español), si bien han constituido, históricamente, instrumentos del régimen penitenciario en todo tipo de regímenes políticos que los han incluido en sus ordenamientos, en la actualidad se nutren del fundamento constitucional reinsertador, es decir, aquel fin primordial al que la Constitución y la Ley penal, dirigen las instituciones penitenciarias. Es por ello, que en un Estado Social y Democrático de Derecho, tales expectativas del interno, debieran encontrar su acogida

legal, no solo en normas de carácter administrativo que emita el gobierno de turno (Reales Decretos como lo son los Reglamentos), sino que exigen el amparo orgánico legal para otorgar la seguridad jurídica y la base parlamentaria suficiente que toleren tales mecanismos reductores de las condenas. Y ello porque tales mecanismos motivacionales destinados a conseguir la reinserción de los internos mediante la «promesa» de su otorgamiento, efectivamente supondrán una reducción del tiempo en prisión y la exigencia orgánica legal encontrará su fundamento en la anuencia de la mayor parte del arco parlamentario necesario para las leyes de tal naturaleza, esto es, de la mayoría de la población española que otorga el poder legislativo a sus representantes.

## 2. POSTURA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN ESPAÑA Y PERÚ

### 2.1 Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en España

La naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios ha causado divergencias entre la doctrina científica. La postura mayoritaria española la concibe como *derechos subjetivos supeditados al cumplimiento de determinados requisitos* (4). Esta condición genera una situación de

---

(4) Respecto a la conformación de la doctrina mayoritaria, Vid, entre otros: BUENO ARÚS, F.: «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1, 1989, pp. 51-52; el mismo: «Los beneficios penitenciarios», en VV. AA.: *VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 200; el mismo: «Los beneficios penitenciarios a la luz del Código penal y de la legislación penitenciaria vigentes», en VV. AA. (Cerezo Mir, Suárez Montes, Beristain Ipiña, Romeo Casabona, Eds.): *Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Comares, Granada, 1999, p. 567; FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Beneficios penitenciarios», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /PÉREZ CEPEDA, A. /SANZ MULAS, N./FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Berdugo Gómez de la Torre y Zúñiga Rodríguez, Coords.): *Manual de Derecho Penitenciario*. Colex, Salamanca, 2001, p. 380; el mismo: «La libertad condicional y los beneficios penitenciarios», en FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Beneficios penitenciarios», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /PÉREZ CEPEDA, A. /SANZ MULAS, N. /FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Berdugo Gómez de la Torre, Coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. Tomo IV. Derecho penitenciario. 1.º ed. Justel, Madrid, 2010, p. 228; SANZ DELGADO, E.: «Los beneficios penitenciarios», ob. cit., p. 49; el mismo: «Panorámica del sistema penitenciario español», en *La Ley Penal*. Año IV, n.º 45, enero, 2008, p. 20; el mismo: *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*. Premio Nacional Victoria Kent. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2006,

espera, es decir, se produce una suerte de «expectativa de derechos» (5) por parte del interno, mientras no concurren o se cumplan determinados criterios que justifiquen acertadamente su concesión. Por consiguiente, según esta aproximación, no se trata de un derecho subjetivo absoluto e irrenunciable, que se deba conceder por el simple hecho de estar cumpliendo condena de prisión, sino que su concesión estará supeditada a un juicio de valor normativo por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria (6) (en adelante JVP). Es decir, el JVP valorará la propuesta de solitud, por parte de la Junta de Tratamiento y los Equipos Técnicos de los Centros penitenciarios, que contiene el expediente del interno.

Al configurarse esta institución dentro del catálogo de derechos subjetivos, una lógica consecuencia se deriva en la renuncia de los internos a tales posibilidades (7); o de lo contrario, si sus expectativas no han sido resueltas, permite al interno acudir al JVP en queja, o vía recurso. O recurrir incluso en segunda instancia, ante la Audiencia Provincial, para exigir que la autorización o denegación de los beneficios penitenciarios se adecúe al ordenamiento jurídico (apartado g del art. 76.2 (8) de la LOGP y Disposición Adicional 5.<sup>a</sup>, apartado 3.<sup>o</sup> (9) de la LOPJ).

---

p. 23; GALLEGO DÍAZ, M.: «Acerca de la naturaleza jurídica del adelantamiento de la libertad condicional», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2006, Homenaje al Profesor Bueno Arús, 2006, pp. 86 y ss.; el mismo: «Los beneficios penitenciarios y el tratamiento», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º LXIV, enero, 2011, p. 275; ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J./RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V.: *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. 6.<sup>a</sup> ed. Mad, Sevilla, 2008, p. 365; MIR PUIG, C.: *El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier, Barcelona, 2011, p. 92; RODRÍGUEZ ALONSO, A./RODRÍGUEZ AVILÉS, J.: *Lecciones de Derecho penitenciario*. 4.<sup>o</sup> ed. Comares, Granada, 2011, p. 276; y recientemente, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: «Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios» en *Doctrina y Jurisprudencia Penal. Determinación de penas, ejecución y beneficios*, n.º 25, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, pp. 3-16.

(5) Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A./RODRÍGUEZ AVILÉS, J.: *Lecciones de Derecho...* ob. cit., p. 276.

(6) Vid. BUENO ARÚS, F. «Los beneficios penitenciarios después...», ob. cit., pp. 51-52; el mismo: «Los beneficios penitenciarios a la luz...», ob. cit., p. 567; el mismo: «Los beneficios penitenciarios», en VV. AA.: VI Reunión..., ob. cit., p. 200.

(7) Vid. SANZ DELGADO, E.: *Regresar antes...*, ob. cit., p. 23.

(8) Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia: (...) 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 ofrece a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos».

(9) «Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario».



Aunado a ello, otro argumento que secunda la postura mayoritaria española, se refiere al informe técnico emitido por los equipos multidisciplinarios sobre el pronóstico de futuro del penado, por cuanto, como bien expresa el Catedrático de la Universidad de Sevilla, no es una actividad arbitraria, ni siquiera discrecional, sino que el técnico que lo emite se somete a una metodología predeterminada que puede contrastarse con otros informes (10). Y ello no es ajeno al ordenamiento jurídico, por cuanto es recogido por el Reglamento penitenciario español de 1996, en su artículo 167, cuando señala que tales informes: «deberán expresar criterios que permitan al magistrado sustentar el sentido de la resolución» y «serán supervisados, verificados y refrendados por el jefe del área respectiva y el director del establecimiento».

Por último, los beneficios penitenciarios deben ser considerados derechos por el rol que cumplen en el modelo penitenciario resocializador, esto es, forman parte del modelo de ejecución penal, respaldado desde la Constitución, y por ende, son los límites externos del *ius puniendi* en su fase de ejecución; a diferencia de lo que ocurría en los sistemas retributivos, cuya administración penitenciaria disponía discrecionalmente de estos instrumentos normativos, por cuanto no se encontraban vinculados a ningún otro objetivo que no fuera la disciplina (11).

Empero, no solo la doctrina le ha atribuido esta naturaleza, sino también el propio Reglamento penitenciario español, en su artículo 4 h) lo califica como derechos con los siguientes términos: «(...) 2. En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos: h) Derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación.

Por su parte, la postura minoritaria de la doctrina, anclada en las concepciones del pasado, la concibe como *concesiones gratuitas o premiales de la Administración Penitenciaria* (12). Esta concepción deviene así de la vetusta y ortodoxa práctica penitenciaria, cuya concesión dependía de la discrecionalidad de los órganos facultados para ello (13).

En cualquier caso, compartimos la expresada posición mayoritaria, que concibe a estas medidas gratuitas como *derechos subjetivos supeditados* al cumplimiento de determinados requisitos legales, tal como se explicará *infra*.

(10) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: «Naturaleza jurídica de los...», ob. cit., p. 7.

(11) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: «Naturaleza jurídica de los...», ob. cit., p. 7.

(12) Entre otros, Gallego Díaz considera al indulto particular como una gracia. Vid. GALLEGO DÍAZ, M.: «Acerca de la naturaleza jurídica del adelantamiento...», ob. cit., p. 75.

(13) Vid. SANZ DELGADO, E.: «Los beneficios penitenciarios», ob. cit. p. 49; y recientemente: Regresar antes:..., ob. cit., p. 23.

## 2.2 La naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en el Perú

### 2.2.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS SEGÚN LA DOCTRINA

En el ordenamiento peruano, a diferencia del modelo español, la doctrina es cuasi unánime al señalar que la naturaleza jurídica de los *beneficios penitenciarios* corresponde a la de *incentivos*, esto es, constituyen instrumentos motivacionales para los internos, quienes en aras de obtener su más pronta libertad, activan su predisposición para trabajar, estudiar, seguir el tratamiento individualizado asignado de manera voluntaria, etc.

Entre otros, el otrora Director ejecutivo de Prisiones del Perú y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, señala en su obra, *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*, que estos mecanismos liberatorios son verdaderos *incentivos* concebidos como *derechos expectaticios* del interno. Por tal razón, rechaza las naturalezas jurídicas de *derechos* y de *gracias*. Respecto al primero de los conceptos, enfatiza, que no existe una exigencia de carácter obligatorio a partir de cumplirse los requisitos legales para su concesión; con relación a las *gracias*, no concibe como un acto de condonación o perdón –*a estas medidas atenuatorias*–, como sí lo son, la amnistía o el indulto que pone fin a la condena (14).

En igual sentido, el Profesor Iván Meini Méndez, manifiesta que la naturaleza jurídica de los *beneficios penitenciarios* corresponde a la de *incentivos*. A tal efecto, argumenta que el beneficio precisamente es eso, un beneficio, y no como se pretende hacer creer, un derecho. Precisa que la diferencia semántica entre uno y otro trasciende el plano meramente gramatical. Este autor realiza una diferenciación conceptual entre derecho y beneficio. Señala, que *Derecho* es una pre-

---

(14) Vid. SMALL ARANA, G.: *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*. Grijley, Lima, 2006, p. 68; en el mismo sentido, el actual Presidente de la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte de Justicia de Lima, señala que los *beneficios penitenciarios* constituyen mecanismos legales tendientes a estimular las actitudes reinsertadoras de los penados, por ello, el Estado debería establecer un marco de principios intangibles que a modo de vigas maestras limiten la discrecionalidad de la decisión política respecto de ellos. Vid. BROUSSET SALAS, R.: «Replanteamiento del régimen de acceso a los beneficios penitenciarios de efectos carcelatorios en el Perú», en *Revista electrónica de Derecho penal de la Universidad de Friburgo*, consultado el 15 de diciembre de 2016, en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_37.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_37.pdf), pp. 2 y ss.

tensión oponible a terceros, cuyo reconocimiento y respeto es de obligatorio cumplimiento –y *no le falta razón*–. Por ello continúa señalando que, es la otra cara de la moneda de la obligación. Por ejemplo –*asevera*–, todos tenemos derecho a la vida, al honor, a un juicio justo, al derecho de defensa, etc., de modo que cuando alguien considera vulnerados sus derechos, puede articular los mecanismos jurídicos que estime pertinentes para revertir la situación (por ejemplo, acciones constitucionales, demandas, etc.). *Beneficio* es, desde este punto de vista y por el contrario, una prerrogativa, cuyo titular puede o no ejercer. Su concesión es pues inexigible por parte del eventual beneficiario (15).

Bajo la misma orientación, en el *Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del Modelo Procesal Acusatorio*, expedido por la Dirección General del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, se establece que, los *beneficios penitenciarios* no son derechos fundamentales, pues constituyen una opción político-criminal, a través de la cual un Estado concede o regula estímulos a un condenado con fines resocializadores (16). Secunda su argumento con lo establecido por el Fundamento jurídico n.º 3 de la Sentencia 0842-2003-HC/TC, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú, que a la letra señala lo siguiente: «*los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aún cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables*».

Desde otra perspectiva, minoritaria, el Profesor Ordinario de Derecho penal en la Universidad Católica del Perú, asevera que los beneficios penitenciarios son *derechos* del interno. Argumenta su postura, amparándose en el artículo 139.22 de la norma fundamental, así como en el ar-

---

(15) Vid. MEINI MÉNDEZ, I.: «Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios», en *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, 2004, p. 19. Comparte esta postura, en la doctrina peruana Cabrera Cabrera. Vid. CABRERA CABRERA, M.: *Manual Introductorio de Derecho Penitenciario*. Fecat, Lima, 2007, p. 138.

(16) Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS: *Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio*. 1.ª ed. Editora ABC Perú, Lima, 2012, p. 30.

título II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal peruano, cuyos contenidos coinciden en señalar que del principio de resocialización emana un mandato dirigido a todos los poderes públicos de dispensar al condenado, a nivel legislativo, judicial y penitenciario, las condiciones necesarias para una vida futura al margen de la comisión de hechos punibles. Y continúa añadiendo, que si bien no puede deducirse el reconocimiento de un «derecho a la resocialización» del condenado, si cabe entender que este principio constitucional debe realizarse en sede de ejecución penal mediante los *beneficios penitenciarios* que permiten, desde una perspectiva de prevención especial, que el condenado recupere el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad (17).

Finalmente, Valverde Villar y Peralta Barrios, señalan que la naturaleza jurídica de estas medidas liberatorias, corresponde a una *gracia* o una suerte de *premio* otorgada al interno (18).

### 2.2.2 LA NATURALEZA DEL BENEFICIO PENITENCIARIO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS ACUERDOS PLENARIOS N.º 08-2011/CJ-116 Y N.º 02-2015/CJ-116

El Tribunal Constitucional del Perú (en adelante TC), a través de su jurisprudencia, ha tomado postura acerca de la naturaleza jurídica de estas instituciones penitenciarias. En efecto, como se ha señalado *supra*, el TC, viene afirmando en su reiterada y uniforme jurisprudencia que, en estricto, los *beneficios penitenciarios* no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal. A tal respecto, la Sala Primera del TC del Perú, mediante Sentencia n.º 04792-2009-PHC/TC, de 15 de diciembre de 2010, en su fundamento quinto ha señalado expresamente lo siguiente: «(...) *los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. Y es que, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos a favor de las personas, sino persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, de ahí que puedan ser limitadas. Es en este contexto normativo y*

(17) Vid. CARO CORIA, D.: «Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado», en *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, 2004, pp. 46-47. En el mismo sentido, Vid. con anterioridad. PEDRAZA SIERRA, W./ MAVILA LEÓN, R.: «Situación actual de la ejecución penal en el Perú: Primera aproximación empírica», en *Cuadernos de Debate Judicial*. Vol. 3. Consejo de Coordinación Judicial, Lima, 1998, p. 89.

(18) Vid. PERALTA BARRIOS, M. I./ VALVERDE VILLAR, N.: *El interno y el mundo exterior: beneficios penitenciarios*. Idemsa, Lima, 2004, p. 19.

*jurisprudencial que cuando el juzgador ordinario ampara una solicitud de un beneficio penitenciario en realidad está estimulando a la completa reinserción del penado a la sociedad (...)*».

Para reforzar tal naturaleza asumida en la jurisprudencia, en fecha del 12 de agosto de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, emitió la *Circular sobre la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios* (Resolución Administrativa n° 297-2011-P-PJ). En el primer considerando de dicha Resolución, se vino a señalar que, los *beneficios penitenciarios* son «*incentivos que desde el Estado se conceden a internos(as) para facilitar su readaptación social. Tal como señala el artículo 165° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, (...) sin perjuicio de valorar obvios componentes preventivo-generales asociados a la entidad y naturaleza del injusto perpetrado*».

En el segundo considerando, se reitera la postura ya señalada por las Salas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, en el sentido que los beneficios penitenciarios son *garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuya finalidad es el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, las cuales no implican, en caso alguno, un otorgamiento automático, independientemente de que se hubiese cumplido los presupuestos formales legalmente establecidos*. Asimismo, se señala que estas medidas premiales forman parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba – estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Más adelante, en el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Acuerdo Plenario n.° 8-2011/CJ-116, de 06 de diciembre de 2011, en su fundamento jurídico n.° 8, se ratificó la naturaleza establecida en la Circular señalada *supra*; no obstante, reconoce esta vez, la naturaleza *mixta* de los beneficios penitenciarios con los siguientes términos: «*en su propia configuración confluyen, como es obvio, requisitos objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto a otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado, como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social*». A partir de esta premisa, señala el Acuerdo, puede inferirse que los *beneficios penitenciarios* son derechos subjetivos condicionados del penado, en los que el rol desempeñado por el Juez se muestra capital, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto; y, en especial, en lo relativo al entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos.

Finalmente, en el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, celebrado en septiembre de 2015, se discutió nuevamente sobre diversos aspectos de los beneficios penitenciarios, y entre ellos, la naturaleza jurídica de los mismos. Los fundamentos legales, al respecto, se materializaron a través del Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CJ-116, publicado el 21 de junio de 2016 en el Diario Oficial El Peruano. El fundamento jurídico n.º 9 establece la doble naturaleza de los beneficios penitenciarios como sigue: «Los beneficios penitenciarios, legislativamente, se califican de estímulos, forman parte del tratamiento progresivo y responde a las exigencias de individualización penitenciaria de la pena (artículo 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal). Sin embargo, en puridad, debe calificarlos conforme a la evolución de la doctrina como un derecho subjetivo del mismo, aunque condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos legalmente impuestos, de suerte que su concesión no procede automáticamente; es un modelo de libertad a prueba directamente fundado en las metas resocializadoras». Al igual que el anterior Acuerdo Plenario, en el reciente se establece la naturaleza mixta de los beneficios penitenciarios: *estímulos y derechos subjetivos*; empero, no se explica por qué debiera ser considerado como derecho subjetivo, tan solo se fundamenta en lo desarrollado por la doctrina española.

Por consiguiente, tanto para la *doctrina como para la jurisprudencia peruana* (19), los beneficios penitenciarios constituyen un incentivo, es decir una expectativa de Derecho que se encuentra sujeto a que el beneficiario reúna ciertas condiciones de readaptación, que hagan prever su salida del penal antes del cumplimiento de su condena, y de esta manera no genere un peligro para la sociedad. Sin embargo, como hemos señalado, en la *experiencia española*, la normativa y la doctrina es uniforme, al considerar los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos del interno, pero condicionados al cumplimiento de ciertos requisitos legales.

### 3. FUNDAMENTACIÓN DE LA POSTURA PERSONAL ADOPTADA

Ahora bien, tras revisar los planteamientos de las doctrinas española y peruana, presentamos la postura personal adoptada. Para ello,

---

(19) *Vid.* las siguientes sentencias: n.º 0842-2003-HC/TC, del 04 de febrero de 2005; n.º 2700-2006-PHC/TC; n.º 00033-2007-PI/TC; n.º 2198-2009-PHC/TC.

habrá de traerse de nuevo a colación el citado enfoque *bidireccional* acogido por la doctrina mayoritaria, esto es, sobre la naturaleza jurídica de los instrumentos normativos definidos *ut supra*: ¿Los beneficios penitenciarios son *incentivos* o *derechos*?

Como bien se ha señalado anteriormente, la doctrina mayoritaria peruana asume que los beneficios penitenciarios son incentivos, mas no derechos, bajo el argumento de que si lo fueran, bastaría el solo cumplimiento de determinados requisitos legales para su concesión. No obstante, discrepamos con este enfoque, ya que el hecho de reconocerlos como tales, no significa que automáticamente tengan que concederse por haber reunido lo exigido en la ley penitenciaria. En efecto, nos inclinamos en señalar que la naturaleza jurídica de estas medidas atenuatorias corresponde a la de *derechos*, pero no desde la perspectiva del concepto de derecho absoluto, en tanto demanda su obligatorio respeto y cumplimiento.

Un derecho subjetivo *absoluto* es oponible a terceros, cuya consecuencia genera un deber frente a un número indeterminados de individuos o frente a todo el mundo (*erga omnes*); por ejemplo, no matar, no robar, no interferir con otros en la disposición de su propiedad, son deberes absolutos, es decir implican un deber general de respeto. Son, a contrario, de derechos inherentes, fundamentales; mientras que el derecho subjetivo *relativo* es un derecho al que corresponde únicamente el deber de una persona individualmente determinada (20). A partir de esta definición, que arroja más luz al respecto, confirmamos nuestro enfoque, esto es, la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios corresponde a la de derecho subjetivo, pero no desde la óptica de derecho subjetivo absoluto.

Ahora bien, el problema fundamental, según mi opinión, que ha generado división en la doctrina peruana, tiene su génesis en el catálogo de beneficios penitenciarios, es decir, no todas las instituciones penitenciarias recogidas por el artículo 42 del Código de Ejecución Penal peruano, Decreto Legislativo N.º 654, de 1991, debieran ser consideradas beneficios penitenciarios en sentido estricto. En consecuencia, «no son todos los que están, ni están todos los que son». Con estos términos, el otrora profesor ordinario de la Universidad Pontificia de Comillas, que extrapolamos a la realidad peruana, calificaba la situación del catálogo de los beneficios penitenciarios del ordenamiento español. Lo mismo sucede en el Perú. Por ejemplo ¿la visita íntima debiera ser considerada como beneficio penitenciario desde la perspectiva que lo entiende como incentivo? Por supuesto que no. La

---

(20) Vid. KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y del Estado*. Programa Editorial, México D. F., 2008, p. 100.

visita íntima (*vis a vis*) es un derecho connatural del interno, pues se basa en el mantenimiento de las relaciones familiares no afectadas por el contenido de la condena, que no debiera estar condicionado al cumplimiento de exigencia alguna, salvo excepciones. Así, por ejemplo, si el interno hubiera cometido una falta grave, le correspondería la sanción disciplinaria de aislamiento, durante la cual no podría tener acceso a la visita íntima.

Asimismo, la única diferencia para la concesión de semilibertad o liberación condicional, responde al tiempo de cumplimiento de la pena. La 1/3 parte o la 1/2 de la condena respectivamente, para la generalidad de delitos. Se ha perdido la esencia de cada una de tales instituciones. En sus orígenes, para acceder a la semilibertad, el artículo 27 del Decreto Ley n.º 17581 del 15 de abril de 1969, *Unidad de Normas para la Ejecución de Sentencias Condenatorias*, establecía que el sentenciado podría egresar del penal para efectos de trabajo, retornando luego de la jornada laboral al establecimiento penitenciario. De ello deriva su *nomen iuris*, mitad en libertad, mitad en prisión, lo que le permitía al interno no romper sus contactos con el mundo exterior y así favorecer su futura reinserción. No obstante, actualmente, su concesión se encuentra condicionada, tanto al cumplimiento de la 1/3 parte de la condena, en la generalidad de los delitos, y a las 2/3 partes en determinados delitos según lo dispuesto en las leyes especiales, así como a la exigencia de estar preparado para vivir en libertad. Por ello, certeramente el Prof. Small Arana señala que este beneficio penitenciario se encuentra entre la reclusión y la liberación condicional, es decir en la penúltima fase situada en la etapa de la prueba (21).

Definitivamente, estas pinceladas esclarecen aún más el panorama. La semilibertad y la libertad condicional, al igual que en el ordenamiento español, forman parte del *régimen penitenciario abierto* en el Perú, en consecuencia, no debieran ser consideradas a su vez, como *beneficios penitenciarios*. Si bien, el 3.º y 4.º (semilibertad y libertad condicional respectivamente) se encuentran dentro de un sistema destinado a la futura reinserción social de los penados, su finalidad inmediata, consiste en que el interno no rompa sus contactos con el mundo exterior, de manera que el interno no se sienta excluido, temporalmente, de un modo absoluto de la sociedad (22). Por consiguiente, tales instituciones no debieran ser catalogadas en estricto como beneficios penitenciarios.

---

(21) Vid. SMALL ARANA, G.: *Situación carcelaria en el Perú y beneficios...*, ob. cit., p. 122.

(22) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Relación del interno con la vida exterior y beneficios penitenciarios», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 18, 1982, p. 600.



Los citados planteamientos, tienen como consecuencia la atribución de una naturaleza desdibujada de nuestros mecanismos liberatorios. Máxime, si su estudio se encuentra limitado al campo del Derecho de la Ejecución Penal, sin una visión global del sistema penal como unidad. Es decir, del Derecho penal desde una visión omnicomprendensiva, que engloba a sus manifestaciones, –*derecho penal, derecho procesal penal y derecho de ejecución penal*–, y esta a su vez, dentro de la propia de un Estado social y democrático de Derecho, cuyo papel consiste en preservar la dignidad de la persona humana sin excepción. Desde esta perspectiva, este rol se enfoca en velar por la seguridad de sus ciudadanos, así como resocializar –y devolver a la sociedad– al ciudadano que no ha cumplido determinados códigos de conducta, y por ende, que ha lesionado un bien jurídico protegido por el sistema estatal. Ya que el Estado tiene esa obligación, desprendida de una norma jurídica constitucional, el ciudadano tiene el poder de exigir que su conducta prosocial sea favorecida y su vida reinsertada. Por ello, el ordenamiento ha de brindarles tales mecanismos y herramientas de los que pueden valerse: *los beneficios penitenciarios*. Desde tal concepción global, además de las ya expuestas, reafirmo mi posición en considerar a estas medidas atenuatorias del tiempo de privación de libertad como *derechos* y no como incentivos.

# La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria tras cuarenta años de vigencia. Algunas razones que la justifican

JAVIER NISTAL BURÓN

Director General de Ejecución Penal y Reinserción Social

## RESUMEN

*En este año 2019, se cumplen 40 años de vigencia de la primera de nuestras leyes orgánicas. Su importancia se pone de manifiesto en el hecho de haber sido la primera de las leyes de este rango que se incorporó al nuevo ordenamiento constitucional de 1978. La necesidad de adaptar la garantía ejecutiva de la legislación penitenciaria a las numerosas reformas llevadas a cabo en el Código penal durante este largo espacio de tiempo, especialmente, tras la última del año 2015, hace necesaria una revisión de la Ley orgánica general penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre, en los términos que pretendemos abordar en este artículo.*

**Palabras clave:** *Legislación penitenciaria. Reforma penitenciaria. Formas especiales de ejecución. Prisión permanente revisable. Libertad condicional. Suspensión de la condena.*

## ABSTRACT

*2019 will be the 40th anniversary of the first of our organic laws. The fact that it was the first one of the laws with this rank to be incorporated to the new constitutional order of 1978 underlines its importance. The need to adapt the executive guarantee of the penitentiary legislation to the numerous reforms carried out in the Penal Code during this long period of time, especially after the last one of 2015, requires a revision of the General Penitentiary Organic Law 1/1979 of September 26, in the terms that we intend to address in this article.*

Key words: *Prison legislation. Penitentiary reform. Special execution modalities. Reviewable permanent prison. Conditional release. Sentence suspension.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Adecuación de la garantía ejecutiva a la garantía penal. 1. Un régimen diferenciado de cumplimiento de la condena impuesta a los autores de determinados delitos. 1.1 Para los delitos de terrorismo y/o cometidos en el seno de organizaciones criminales. 1.2 Para los delitos que llevan aparejada una penalidad grave (superior a cinco años). 1.3 Para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. 2. Un nuevo modelo propio de «individualización científica» para la nueva modalidad punitiva de «la prisión permanente revisable». 2.1 En el disfrute de los permisos de salida. 2.2 En el acceso al 3.º grado de tratamiento penitenciario. 2.3 En la suspensión de la ejecución del resto de la pena. 3. Un procedimiento penitenciario específico para la tramitación de la suspensión de la condena. 3.1 Aspectos generales. 3.2 Principales innovaciones en la regulación de la libertad condicional introducidas en la última reforma del Código Penal. 3.2.1 En los presupuestos de aplicación. 3.2.2 En el procedimiento de actuación. 3.3 Consecuencias en la práctica penitenciaria del cambio de naturaleza jurídica de la libertad condicional.–III. Conclusiones.–IV. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

En España, el presente de nuestro sistema penitenciario comienza con una importantísima reforma penitenciaria, que se inicia en la transición democrática de finales de la década de los años setenta del pasado siglo xx, ante las dificultades por las que atravesaba el referido sistema penitenciario en los años 70, tal y como se puso de manifiesto en el Informe de 28 de Marzo de 1978, elaborado por una «Comisión especial de investigación de establecimientos penitenciarios» constituida, al efecto, en el Parlamento español, en el que se hacía referencia a las principales carencias de las que adolecía el sistema penitenciario en aquellos momentos (1). Para solventar esta difícil situación se rea-

---

(1) Estas carencias, según el referido Informe, eran en concreto: las deficientes condiciones de habitabilidad de los edificios, la inadecuada separación interior de los reclusos, las inadecuadas dotaciones sanitarias, la ruptura del interno con el mundo exterior por la falta de una comunicación real con su medio familiar y habitual y la desconexión y dificultad de acceso a los medios de comunicación, la falta de un sistema de enseñanza y formación, las deficientes condiciones laborales de los funciona-

lizaron, en aquellos momentos, una serie de reformas de orden normativo, tanto en el ámbito penitenciario, como en otros sectores del ordenamiento jurídico. Entre las primeras podemos citar, la reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios por la Ley 36/7, de 23 de mayo y la reforma el Reglamento de Servicios de Prisiones del año 1956, por Real-Decreto 2273/77, de 29 de julio –antesala de la Ley orgánica general penitenciaria–. Entre las segundas, podemos referir la reforma de la legislación procesal y penal por la Ley 20/78, de 8 de mayo, que actualizó las cuantías de las penas y agilizó los procesos, acortando la duración de los mismos.

Estas reformas normativas se complementaron con otras tendentes a la modernización de la Administración penitenciaria, mediante la dotación de medios materiales y personales adecuados; de esta forma, se aprobó un Programa de inversiones de 10.500 millones de pesetas en el año 1977 (64 millones de € actuales) para nuevas infraestructuras, se modernizaron los sistemas de gestión mediante la mecanización de la información aprovechando la tecnología conocida y se modificó la estructura organizativa de la Administración penitenciaria para adaptarla a las nuevas exigencias funcionales.

Las consecuencias de estas reformas, pronto empezaron a surtir sus efectos con una política de construcción de nuevos Centros penitenciarios, que mejoraron las condiciones de vida de los reclusos, haciéndolas compatibles con la dignidad humana, reduciendo, en la medida de lo posible, los efectos nocivos del internamiento en prisión. Asimismo, se profesionalizó la función pública, teniendo en cuenta que el elemento humano es el factor primordial para hacer efectiva cualquier reforma de estas características. En este sentido, se llevaron a cabo actuaciones encaminadas a conseguir un incremento de la plantilla funcional y una adecuada selección y preparación técnica del personal penitenciario, entre ellas, la asimilación al resto de los funcionarios civiles del Estado, la mejora de sus condiciones laborales en materia retributiva, así como en cuestiones de horarios laborales.

Estas reformas culminan con la aprobación de la ley orgánica general penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (LOGP), que fue la primera de las leyes orgánicas de la democracia –1/1979– lo que evidencia el marcado carácter simbólico que se le confirió entonces, como el instrumento que con mayor realce podía poner de manifiesto

---

rios, la insuficiencia de medios materiales, la excesiva prolongación del tiempo de la situación preventiva y la escasez de trabajo por los pocos Centros que disponían de Talleres.

el decidido compromiso de la sociedad española con la deficitaria realidad carcelaria de aquellos momentos (2).

Esta nueva ley penitenciaria ofreció un planteamiento progresista y, sin duda, revolucionario en su preocupación por la garantía de los derechos e intereses jurídicos de los reclusos no afectados por la condena y, en defensa de la finalidad resocializadora de la pena, todo lo cual posibilitó una evolución sin precedentes del mundo penitenciario, que se sigue manteniendo hasta nuestros días, pues muchas de las innovaciones introducidas en el cumplimiento de la pena privativa de libertad son y seguirán siendo un referente en un modelo de cumplimiento de la condena, entre ellas: la consagración expresa del principio de legalidad, la implantación de la figura del Juez de Vigilancia penitenciaria, la instauración del tratamiento penitenciario como principal elemento operativo para hacer efectiva la recuperación social del delincuente, la consideración de que el recluso no es un ser separado de la sociedad y la implicación de dicha sociedad en el proceso de recuperación social, del delincuente (3).

Esta legislación ha permanecido, prácticamente, inalterable durante estos de cuarenta años que lleva en vigor –desde el 26 de septiembre de 1979–, pues durante este largo espacio de tiempo, la ley penitenciaria apenas ha tenido algunas pequeñas reformas en su articulado (4). Sin embargo, desde ese ya lejano año 1979, han sido muchas las reformas legales habidas en España que directa o indirectamente afectan a la relación jurídica penitenciaria y que tienen su repercusión en la forma de cumplir la pena privativa de libertad. Empezando por la más importante, que fue la entrada en vigor de un nuevo Código penal en el año 1996, el llamado «Código penal de la

---

(2) Vid. GARCÍA VALDÉS: *Apuntes históricos del Derecho penitenciario español*. Edisofer. Madrid 2014.

(3) Vid. GARCÍA VALDÉS: *La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 68, Fasc./Mes 1, 2015, pp. 63-78

(4) Como han sido las llevadas a efectos por la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, en los artículos 29.2 (periodo de descanso para las internas embarazadas que se igualó al resto de las mujeres) y 38.2 (que rebaja la edad de los niños a 3 años), la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, en el artículo 76 apdo. 2.h), que introduce la figura del Juez Central de Vigilancia penitenciaria, la Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio en el artículo 56 (para cursar estudios a distancia a través de la UNED) y la LO 7/2003, de 30 de junio, en el artículo 72 (aptados. 5 y 6) la más importante de las reformas que, sin duda, ha sufrido la ley penitenciaria, hasta la fecha que regula, por primera vez en el ámbito del cumplimiento de la pena privativa de libertad, la exigencia de reparar el daño material y, en algunos casos moral –terrorismo y delincuencia organizada– causado a la víctima para acceder al régimen de semilibertad que supone el 3.º grado de clasificación penitenciaria.

democracia», (Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre), que desde entonces ha tenido nada menos que 26 reformas (5), la última, la llevada a cabo por la Ley orgánica 1/2105, de 30 de marzo. A estas reformas penales, podemos añadir otras reformas legales que han operado en el ámbito laboral, en el sanitario, en el educativo, en el presupuestario, en el administrativo, en materia de función pública, en materia de extranjería, de protección a la víctima, de cooperación judicial internacional, motivadas muchas de ellas, por la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico interno la normativa europea establecida en las Decisiones Marco de la Unión Europea (EU).

A estas reformas legales debemos añadir los importantes cambios producidos en el perfil de la población reclusa durante estos años, con la aparición de nuevas formas delictivas, como la llamada «corrupción política» y el terrorismo yihadista, los avances tecnológicos, las nuevas aplicaciones informáticas que conllevan a un modelo de administración electrónica, la construcción de unas nuevas infraestructuras penitenciarias, denominadas «Centros tipo», con un modelo funcional polivalente, introducido por el Reglamento penitenciario de 1996 (Real Decreto 190/96 de 9 de febrero), todo lo cual ha conformado hoy un contexto bien diferente del de la España del año 1979, lo que ha movido al Gobierno a someter a la Ley penitenciaria a un proceso de actualización en alguna ocasión (6).

A la vista de estos cambios a los que hemos hecho referencia, deberían ser muchos los aspectos de la relación jurídica penitencia necesitados de una profunda revisión, sin ánimo de ser exhaustivos, entre los más importantes estarían los siguientes:

La necesaria ampliación del ámbito de actuación de la Administración penitenciaria a las penas y medidas alternativas, que tanto protagonismo han adquirido en los últimos años. Y es que la Administración penitenciaria ya no puede ser considerada, exclusivamente, una «Administración carcelaria», pues entre sus cometidos está, también, el dar el debido cumplimiento a un amplio abanico de alternativas a la privación de libertad, que se han ido implementando en nuestro sistema punitivo, reforma tras reforma del Código penal (CP) (7).

---

(5) Desde el año 1996 se ha modificado el Código Penal en veintiséis ocasiones, siendo tres de ellas, las llevadas a cabo por las leyes orgánicas: 15/2003, 5/2010 y 1/2015, reformas de enorme calado.

(6) Ya en el año 2005, se llevó a cabo un proyecto de modificación de la ley penitenciaria, que no llegó a ser discutido en vía parlamentaria.

(7) Son entorno a unas 140 mil resoluciones judiciales al año las relativas a estas penas y medidas alternativas.

Otro de los aspectos que precisa de una revisión sería el de la necesaria precisión de los ámbitos resolutorios en los cuales los Jueces de Vigilancia sustituyen al Juez o Tribunal sentenciador en la ejecución de las penas privativas de libertad, así como la delimitación de competencias entre esta Jurisdicción de vigilancia y la Administración penitenciaria, para evitar conflictos competenciales a través del desarrollo procesal de las funciones atribuidas en la legislación penitenciaria a esta jurisdicción especializada (8). El último intento y el más completo, hasta la fecha, de regular, de una vez por todas, esta materia se produce en el año 1997, con el llamado «Proyecto de ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria», que como expresamente se recoge en su Exposición de motivos, quería dar respuesta a la delimitación de las competencias de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la de los órganos judiciales sentenciadores en lo que afecta a la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad y establecer las normas de procedimiento reguladoras de la actuación de los respectivos Juzgados de Vigilancia penitenciaria (JVP) (9).

Otra de las reformas necesarias de la legislación penitenciaria sería dar cumplimiento al principio de legalidad en ciertos aspectos de la relación jurídica penitenciaria, como es la materia disciplinaria de los reclusos, catalogando por Ley las infracciones disciplinarias de estos, reguladas hasta la fecha, solamente en vía reglamentaria. También sería necesario abordar alguna que otra reforma en esta legislación penitenciaria para ofrecer al interno los medios necesarios para mejorar sus conocimientos y capacidades a través de la inserción

---

(8) Esta jurisdicción de vigilancia penitenciaria comenzó a funcionar en nuestro ordenamiento jurídico en el año 1981, dos años después de la aprobación de la Ley penitenciaria, –septiembre de 1979– cuando por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, se designó a algunos miembros de la carrera judicial –17 en concreto– como jueces de vigilancia penitenciaria

(9) Este Proyecto de Ley fue aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 4 de abril de 1997, a propuesta del Ministerio de Justicia, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, del día 29 de abril de 1997, Serie A 041. Aparece publicado igualmente en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LI, suplemento al número 1797, de 15 de mayo de 1997. El Proyecto en su redacción original establecía, de un lado, que corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, sin perjuicio de las competencias de Juzgados y Tribunales sentenciadores; y de otra parte definía a la Administración penitenciaria como simple interviniente en la ejecución. Esta distribución competencial hizo renacer la ya conocida polémica, sobre la titularidad de la ejecución de las penas privativas, lo que supuso que el Proyecto de Ley no llegase a ver la luz, quedando paralizado, definitivamente, en fase parlamentaria, sin que hasta la fecha se haya vuelto a debatir este asunto, que ahora se pretende retomar con esta iniciativa parlamentaria del Senado a la que hemos hecho referencia.

laboral, con el fin de incrementar sus posibilidades de integración en la sociedad al abandonar la prisión, etc.

De todas las posibles materias objeto de reforma en la legislación penitenciaria y, por razones de extensión de este trabajo, solamente me voy a referir a aquellas que, necesariamente, se derivan de la reforma introducida en el Código penal por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que harán necesaria una adecuación de la garantía ejecutiva penitenciaria a las novedades introducidas en la garantía penal por la referida reforma y que afectan al cumplimiento de la condena.

## II. ADECUACIÓN DE LA GARANTÍA EJECUTIVA A LA GARANTÍA PENAL

La reforma introducida en el Código penal por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorpora importantes novedades en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la condena, entre ellas: la regulación de nuevas formas de ejecución penal para determinados tipos delictivos; la introducción de una nueva modalidad punitiva, como es la denominada «prisión permanente revisable» y, la trasmutación de la naturaleza jurídica de la libertad condicional, que ha dejado de ser una modalidad de cumplimiento de la condena para convertirse en una suspensión de la misma. Estas tres reformas punitivas harán necesario una reforma de la legislación penitenciaria con la finalidad de:

- Establecer un régimen diferenciado de cumplimiento de la condena impuesta a los autores de determinados delitos.
- Determinar un nuevo modelo de «individualización científica» para la nueva modalidad punitiva de «la prisión permanente revisable».
- Regular un procedimiento penitenciario específico para la tramitación de la suspensión de la condena.

### 1. **Un régimen diferenciado de cumplimiento de la condena impuesta a los autores de determinados delitos**

El sistema de cumplimiento de la condena que instauró la ley penitenciaria con la denominación de «*individualización científica*», en los términos previstos en su artículo 72.1 (10), se basa en la diferen-

---

(10) Se denomina sistema individualizado, porque el cumplimiento de la condena se diseña de forma individual para cada interno a través de la clasificación peni-



ciación de distintos grados de tratamiento –1.º, 2.º y 3.º– a los que se accede mediante la correspondiente clasificación penitenciaria y, que se cumplen conforme a unos modelos diferentes de régimen de vida –cerrado, ordinario y abierto– en las distintas clases de Centros penitenciarios previstos en la normativa penitenciaria (11).

Este modelo de cumplimiento de la condena se fija, casi con exclusividad, en la persona del condenado, que tras la valoración de sus características personales y familiares; también las de su entorno social y del medio en que desenvuelve su vida, determinará las posibilidades reales, que desde el punto de vista social tiene para normalizar su vida sin incidir en la actividad delictiva. En esta valoración penitenciaria global del recluso se tiene, también muy en cuenta, el tipo de delito cometido y la duración de la pena que ha de cumplir aquel, pero sin hacer excepciones en cuanto a la tipología delictiva. Sin embargo, el Código penal sí que establece diferencias según el tipo de delito cometido, lo que genera la existencia de importantes excepciones en el régimen de cumplimiento de las penas impuestas a los autores de determinados delitos, dando origen a lo que se denominan formas especiales de ejecución penal, que vienen recogidas en los artículos 36, 78, 78 bis), 90, 91 y 92, del citado Código penal. Todos estos preceptos configuran un régimen diferenciado en el cumplimiento de la condena para determinados delitos, que se viene a complementar con el protagonismo que la víctima ha asumido en la ejecución penal, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, que regula el Estatuto de la víctima del delito (12).

Estas excepcionalidades en la ejecución penal, según la tipología delictiva, previstas en el Código penal afectan al cumplimiento de la condena impuesta en los delitos de terrorismo y/o cometidos en el seno de organizaciones criminales; también en el caso de los delitos que llevan aparejada una penalidad grave –superior a cinco años– y en

---

tenciaria y se califica de científico, porque está basado en las ciencias de la conducta y se aplica por especialistas en las mismas: psicólogos, educadores, criminólogos etc.

(11) Las distintas clases de Centros penitenciarios regulados en el Título primero de la Ley penitenciaria (arts. 7 a 14).

(12) La ley 4/2015, de 27 de abril (BOE 28-4-2015) que regula el Estatuto de la víctima del delito introduce, entre sus numerosas novedades, una modificación sustancial en el régimen del cumplimiento de las penas privativas de libertad, en cuanto que permite que las víctimas tengan intervención en este ámbito, al conferirles la posibilidad de impugnar determinadas decisiones que les afectan. Esta intervención activa de la víctima en el cumplimiento de la condena, inexistente hasta la fecha, puede interferir en las decisiones que afectan al modo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, lo que podría afectar a la realización del objetivo resocializador del penado, que tiene atribuido como objetivo principal la pena privativa de libertad en el artículo 25.2 de la Constitución española.

el caso de los de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en los términos que vamos a exponer a continuación.

### 1.1 EN LOS DELITOS DE TERRORISMO Y/O COMETIDOS EN EL SENO DE ORGANIZACIONES CRIMINALES

Es esta tipología delictiva la que, sin duda, tiene un régimen de mayor diferenciación con el régimen general de cumplimiento y donde más se acentúan las excepciones a dicho régimen general, lo cual por otra parte es lógico, pues esta actividad delictiva no deja de ser una forma de criminalidad caracterizada por su alta peligrosidad y por su nocividad social, que llega a suponer una amenaza para la seguridad y la libertad de los ciudadanos y los valores del propio Estado (13).

Las excepcionalidades que esta tipología delictiva presenta con el régimen general de ejecución penal son varias. Empezamos por la que se derivan de la aplicación de los beneficios penitenciarios sobre los límites concursales del artículo 76 del CP, que siendo posible, tienen un régimen de ejecución diferenciado, puesto que los autores de estos delitos deberán cumplir, en todo caso, 4/5 partes de la condena para acceder al 3.<sup>er</sup> grado penitenciario y las 7/8 partes para acceder a la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional, según lo dispuesto en el artículo 78.2, apartado segundo del CP (14).

Con esta forma especial de ejecución penal, el legislador pretende activar una respuesta penal más efectiva para los autores de estos delitos de terrorismo y/o delincuencia organizada, por las razones anteriormente apuntadas. Sin embargo, este régimen diferenciado de ejecución penal no termina en esa mayor carga retributiva que la pena tiene para terroristas y delincuencia organizada, sino que también se produce con la exigencia de ciertos requisitos adicionales para poder acceder a esos «beneficios penitenciarios» que suponen acortamiento de la estancia en prisión. Así, para acceder al 3.<sup>er</sup> grado penitenciario, como régimen más flexible que permite hacer al penado una vida de semilibertad y/o para acceder a la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional, se les exige a los autores de estos delitos, tras la reforma introducida en la ley penitenciaria y en el Código

---

(13) Vid. GARCÍA VALDÉS: «La legislación antiterrorista española», en *La Ley Penal*, núm. 74, 2010.

(14) Sin duda, la exigencia de que los autores de estos hechos delictivos abandonen los fines y medios de la organización criminal se puede entender como un signo inequívoco de reinserción social y de respeto a la norma penal.

penal por la Ley orgánica (LO) 7/2003, mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de los responsables de la actividad terrorista, 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 (15).

Aún existen otras excepcionalidades en el régimen de ejecución penal para los delitos de terrorismo y/o cometidos en el seno de organizaciones delictivas, una de ellas que está muy relacionada con el nuevo papel otorgado a la víctima en la ejecución penal por el Estatuto de la víctima de delito, introducido por la Ley 4/2014 de 27 de abril, cual es la posibilidad de impugnar directamente la decisión del Juez de vigilancia penitenciaria prevista en el artículo 78.2 apartado segundo CP, relativa a que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo para la libertad condicional se refieran al límite concursal y no a la suma de todas las penas impuestas, cuando la víctima lo fuere, precisamente, por estos delitos.

Otra excepcionalidad es que en estos delitos –terrorismo y/o cometidos en organización delictivas– no es posible acceder a la suspensión de la condena y concesión de la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes, en los términos previstos en el artículo 91 del CP, y tampoco acceder al adelantamiento cualificado de este plazo de 2/3 partes en la cuantía de 90 días como máximo por cada año de cumplimiento efectivo en prisión, una vez cumplida la mitad de la condena (16), pues de la concesión de estos adelantamientos están, expresamente excluidos los miembros de organizaciones terroristas y delincuencia organizada, como también quedan excluidos de la suspensión de la condena los autores de los mismos, aunque sea la primera vez que entran prisión a cumplir una condena no superior a 3 años, una vez cumplan la mitad de la misma (art. 90.8 CP), posibilidad

---

(15) Estas circunstancias se podrán acreditar mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, así como una petición expresa de perdón a las víctimas del delito. Además se acreditarán por los informes técnicos que expresen que el penado está realmente desvinculado de la organización terrorista, del entorno y de las actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean.

(16) Si se acredita la realización continuada de tareas laborales culturales u ocupacionales y la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación.

que sí que tienen los autores de otro tipo de delitos en los que concurran las circunstancias apuntadas de la primariedad delictiva y de la penalidad inferior de tres años (17).

## 1.2 EN LOS DELITOS QUE LLEVAN APAREJADA UNA PENALIDAD GRAVE (SUPERIOR A CINCO AÑOS)

Es el artículo 63 de la Ley penitenciaria el que enuncia, con carácter general, las variables que la clasificación penitenciaria debe tomar en cuenta para la asignación de un determinado grado de tratamiento al penado –1.º, 2 y/o 3.º– y que son: la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno; la duración de la pena y medidas penales; el medio al que probablemente retornará el penado y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. Como vemos, una de las variables que se tienen en cuenta en la clasificación penitenciaria es la duración de la condena que ha de cumplir el penado, es decir, la gravedad de la misma, como elemento que ha de ser valorado, conjuntamente, con los restantes a la hora de hacer un juicio de ponderación adecuado (18). Y aunque la extensión de la pena impuesta no goza de preeminencia sobre los restantes valores, ello no significa que pueda ser legítimamente ignorada (19), en este sentido, el artículo 36.2 CP, establece un régimen especial de cumplimiento de la condena en aten-

---

(17) La posibilidad de suspender la condena a los penados que ingresan por primera vez en prisión una vez cumplida la mitad de su pena, si esta es menor de 3 años, está prevista en el apartado 3.º del art. 90 del CP, introducido en la última reforma del CP, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

(18) Cabe destacar que el artículo 63 de la Ley penitenciaria incorpora también como variable a tener en consideración la relativa a los recursos, facilidades o dificultades existentes en cada caso y momento para el éxito del tratamiento. Esta es una variable que no depende de la voluntad o disposición del penado, sino de los medios con que cuenta la Administración Penitenciaria en cada caso, propios de ella, bien procedentes de la comunidad.

(19) Esta última variable –la duración de la pena– es uno de los aspectos que más debate suscita. Hay autores que entienden que la gravedad y duración de la pena no deben ser tomados en consideración al efectuar la propuesta de clasificación de un interno, pues hacerlo supondría sobreponer las exigencias de prevención general a la finalidad constitucional de reeducación y reinserción social. Tal interpretación, a mi juicio, no resulta convincente, pues no cabe duda que el legislador ha optado claramente por introducir la gravedad de la pena como elemento relativamente importante en el proceso valorativo que precede a la decisión de clasificación penitenciaria; lo contrario hubiera sido negar la evidencia de que la pena de prisión debe tener un contenido aflictivo mínimo, acorde con una correcta interpretación del principio de proporcionalidad de las penas.

ción a dos criterios diferenciados, uno anudado exclusivamente a la duración de la condena impuesta y el otro en concurrencia con el tipo de delito cometido. Esta excepcionalidad en el cumplimiento de la condena según la duración de la pena impuesta y/o el tipo de delito cometido es lo que se denomina «periodo de seguridad» en la ejecución penal (20).

Este periodo de seguridad se introdujo como novedoso en nuestro Código penal en la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003. El precepto determinó importantes polémicas, derivadas de su imposición a penas individuales o a sumas aritméticas de condenas, en cuanto excedieren de 5 años, habiéndose impuesto la tesis de la individualidad de la pena; más polémica aún fue la cuestión de su aplicabilidad retroactiva a penas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2003, lo que se zanjó por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 748/2006, que determinó su aplicación a delitos cometidos tras la entrada en vigor de la LO 7/2003 (21).

La reforma del Código penal introducida por la LO 5/2010, modificó de manera sustancial el artículo 36.2 CP, distinguiendo dos supuestos: el de imposición facultativa por el Tribunal para cualquier delito sancionado con una pena grave (22) y el de imposición obligatoria, por efecto de la ley, para determinados delitos sancionados con dicha pena grave (23). La última reforma del CP, por LO 1/2015,

(20) Concepto importado del sistema de ejecución penal francés.

(21) En el entendimiento de que la ausencia de una disposición transitoria expresa en sentido contrario determinaba esta solución, aun cuando puede esgrimirse en contra que el principio de legalidad en materia penal establece la exigencia de predeterminación normativa a las conductas infractoras –art. 1 CP– y a las medidas penales sancionadoras –art. 2 CP–, pero no se extiende a la predeterminación normativa de la ley procesal de enjuiciamiento y de ejecución, ni a las leyes penitenciarias de ejecución administrativa –art. 3 CP–, con lo que su aplicación a penas impuestas con anterioridad no entraña una aplicación propiamente retroactiva, sino aplicación de una ley vigente posterior con efectos inmediatos (retrospección).

(22) En este sentido el art. 36.2. I CP establece que «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta».

(23) A este respecto se refiere el art. 36.2-II del Código Penal, que establece que «en cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. c) Delitos del artículo 183 d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

mantiene el mismo criterio diferenciador –facultativo/obligatorio– según los supuestos referidos (24).

En cualquier caso, para estos supuestos susceptibles de aplicación del periodo de seguridad, se contempla la posibilidad facultativa del Juez de Vigilancia penitenciaria de restablecer el régimen general de cumplimiento; esto es, la posibilidad de la clasificación en tercer grado antes de tener extinguida la mitad de la condena, tal y como se establece en el art. 36.2, párrafo tercero CP (25). Esta decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá ser recurrida directamente por las víctimas que lo fueran de alguno de los siguientes delitos: de homicidio, de aborto del artículo 144 del Código Penal, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo y de trata de seres humanos, en los términos establecidos en el artículo 13.1 a) de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima (como ocurre en el supuesto ya analizado del art. 78.2 CP).

### 1.3 EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

En el apartado 3 del reformado artículo 90 del CP, por la LO 1/2015, se incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados primarios, es decir, a aquellos que cumplen su primera condena en prisión, siempre y cuando hayan sido condenados a una pena corta –que no supere los tres años–. En estos casos, se adelantaría la posibilidad de suspender la condena y obtener la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena (26).

---

(24) En relación con este precepto –art. 36.2 CP– conviene señalar que la ley no establece los parámetros determinantes por el Tribunal sentenciador de este régimen especial de cumplimiento, pero las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales en general y, de las sentencias en particular, determinan que su imposición habrá de ser motivada. A este respecto parece que debe jugar un papel relevante la peligrosidad criminal del reo, pero además pueden considerarse factores tales como la especial índole del delito cometido y las circunstancias personales de éste.

(25) Artículo 36.2, párrafo tercero CP, conforme al cual «el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

(26) Esta modificación refleja el sentido general de la reforma que lleva a cabo la LO 1/2015, en el sistema de penas que, por una parte, introduce mecanismos e instituciones que pretenden ofrecer una respuesta contundente a los delincuentes multirreincidentes y, de otra parte y de un modo compensatorio, ofrece también nuevas

Este régimen favorable para la delincuencia primaria no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual del Título VIII del CP, que comprende los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, y los relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. Esta diferenciación parece razonable por el rechazo social que este tipo de actividad delictiva genera y por el alto índice de reincidencia que se da en la misma.

Pero aún tiene esta tipología delictiva otro régimen diferenciado de ejecución penal y es que según lo dispuesto en el artículo 13.1.c) del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015), las decisiones del Juez de Vigilancia penitenciaria relativas al levantamiento del periodo de seguridad que posibilitan la clasificación en tercer grado, aunque no se tenga extinguida la mitad de la condena (art. 36.2 CP), así como las decisiones de aplicar los beneficios penitenciarios sobre el límite concursal y no sobre la totalidad de las penas impuestas (art. 78.2 CP) y también la concesión de la libertad condicional podrán ser impugnados por la víctima en este tipo de delitos.

En resumen, no cabe duda que todas estas excepciones a las que hemos hecho en estas tres tipologías delictivas, conllevan un régimen especial de cumplimiento de las penas impuestas para esta clase de delitos, que el legislador ha querido diferenciar, claramente, del régimen general de ejecución penal que corresponde a otros delitos tipificados y sancionados en el Código penal, que no tienen esta naturaleza, que será necesario abordar en una futura reforma de la legislación penitenciaria.

## 2. Un modelo propio de «individualización científica» para la nueva modalidad punitiva de «la prisión permanente revisable»

La introducción en el Código Penal de esta nueva modalidad punitiva denominada –prisión permanente revisable– constituye un cambio cualitativo, que se puede valorar de histórico en nuestro ordenamiento penal (27). Ahora bien, teniendo en cuenta que en un sistema punitivo

---

posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción, quedando de alguna forma compensado el mayor rigor punitivo que pueda introducir esta reforma del Código penal, en la medida en que se promueve la suspensión de la condena y la aplicación de la libertad condicional a penados cuyo rango de peligrosidad es de menor entidad.

(27) Vid. GARCÍA VALDÉS: *Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias. Contra la cadena perpetua* / coord. por CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE;

nunca se puede separar la pena del modo de cumplirla –ni en la forma ni en la duración– el cumplimiento de esta nueva modalidad punitiva va a tener una especial trascendencia, también, en el ámbito del derecho penitenciario, pues va a exigir de unas normas propias que constituirían todo un compendio específico de esta rama autónoma del derecho para los condenados a la nueva pena, particularmente, en tres aspectos concretos de la relación jurídica penitenciaria: el disfrute de los permisos de salida, el acceso al 3.º grado de tratamiento penitenciarios y en la suspensión del resto de la condena impuesta.

## 2.1 EN EL DISFRUTE DE LOS PERMISOS DE SALIDA

Los permisos constituyen uno de los instrumentos más eficaces del moderno tratamiento penitenciario para el logro de la finalidad última de la pena privativa de libertad –la resocialización del recluso– en la que, sin duda, inciden positiva y directamente. Su finalidad es, básicamente, preparar al recluso para su futura vida en libertad y, ello, manteniendo una relación de este con el mundo exterior que evite, en la medida de lo posible, un proceso de desocialización, que pudiera tener consecuencias negativas en el cumplimiento del fin principal asignado a la pena privativa de libertad. Pero no es solo esta la finalidad de los permisos de salida, cumplen también otras muchas, cuya valoración se incardina dentro del contexto general de la ejecución de la pena privativa de libertad en su configuración de sistema individualizado (28).

En el caso de las penas de duración determinada, el sistema penitenciario prevé dos clases de permisos de salida: los ordinarios y los extraordinarios (29). Por lo que se refiere al objeto de este trabajo, nos interesan solamente los primeros –los ordinarios– que son salidas desde veinticuatro horas hasta siete días para internos clasificados

---

LUIS ALBERTO ARROYO ZAPATERO (ed. lit.), JUAN ANTONI LASCURAÍN SÁNCHEZ (ed. lit.), MERCEDES PÉREZ MANZANO (ed. lit.), 2016, pp. 171-178

(28) Entre las finalidades concretas de los permisos de salida podemos enumerar las siguientes: estimular la buena conducta, adquirir un sentido de responsabilidad, comprobar si el interno puede asumir mayores cuotas de confianza, permitir al interno estar presente en los acontecimientos familiares, lo cual fortalecerá los lazos familiares, reducir las tensiones propias del internamiento, indicar en qué medida tiene superada la relación con la droga, factor principal en la mayoría de los casos de la actividad delictiva, comprobar que la evolución positiva del interno es real y no solo aparente y ser un factor para determinar posibles progresiones de grado.

(29) Los permisos extraordinarios son las salidas por alguna circunstancia especial de las reguladas en la normativa penitenciaria: enfermedad grave de algún familiar, fallecimiento, alumbramiento de la esposa, etc.



en 2.º o 3.º grado de tratamiento (30). Son requisitos necesarios para el disfrute de los permisos ordinarios –además de la referida clasificación en 2.º o 3.º grado de tratamiento penitenciario– no observar mala conducta y haber extinguido, al menos, la 1/4 parte de la condena/s, sin perjuicio de la necesidad de que concurren ciertas exigencias, que podemos calificar de subjetivas y, que de forma genérica, vienen establecidos en el artículo 156.1 del Reglamento penitenciario (RP), como aquellas que puedan denotar, que por la peculiar trayectoria delictiva del interno, su personalidad anormal, 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 recluso desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad, o de su programa individualizado de tratamiento (31).

En las penas de «prisión permanente revisable», se mantiene este instrumento de resocialización –los permisos de salida–, con todas y cada una de las exigencias de tipo objetivo y subjetivo a las que hemos hecho referencia, con una pequeña diferencia en cuanto al requisito de la temporalidad, pues se cambia la exigencia de extinción de la 1/4, establecido como requisito objetivo para las penas de duración determinada, por un espacio de tiempo que es de 8 años en los supuestos generales y de 12 años para el caso de que el penado a una pena de «prisión permanente revisable» lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del CP (32). Teniendo en cuenta la directriz de temporalidad de la 1/4 parte establecida en la normativa penitenciaria para la concesión de permisos de salida ordinarios en las penas de duración determinada (33), se constata que para el cálculo del cumplimiento de la referida

---

(30) Los internos clasificados en el primer grado de tratamiento no pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios.

(31) Estas exigencias subjetivos se concretan en aspectos tales como: la clase de delitos cometidos, la repercusión social de estos, los antecedentes delictivos, la pena impuesta, el tiempo que lleva extinguido en relación con el que le resta de cumplir, la fecha de cumplimiento de las 3/4 partes, la relación con la drogas, el apoyo familiar, posibles causas pendientes, participación en actividades del Centro, trayectoria global, grupo social en el que se va a integrar, disponibilidad económica, gusto por el trabajo, equilibrio de personalidad, arraigo social en España para los internos extranjeros, el uso hecho en anteriores permisos de salida, cualquier otra circunstancia indicadora del uso que el interno pueda hacer del permiso o de la probabilidad de no reintegrarse del mismo.

(32) Delitos de terrorismo.

(33) En el artículo 154.1 RP Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

cuarta parte de la condena, en el caso de la «prisión permanente revisable», se ha tomado como referencia la cifra de 32 años, para el supuesto general –8 años es la 1/4 de 32 años– y de 48 años para los delitos vinculados con la actividad terrorista –12 años es la 1/4 de 48 años– (34). Esta previsión especial para el régimen de los permisos de salida, que exceptúa lo establecido en el artículo 47 de la ley penitenciaria, requerirá realizar las correspondientes adaptaciones en dicha norma penitenciaria.

## 2.2 EN EL ACCESO AL 3.<sup>er</sup> GRADO DE TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Para las penas de duración determinada, el sistema de «*individualización científica*» instaura un modelo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, que se fundamenta en un elemento básico, cual es la clasificación penitenciaria en grados, a la que podemos conceputar como la resolución de la Administración penitenciaria más decisiva en el referido modelo. Uno de los grados de esta clasificación es el 3.<sup>er</sup> grado, que se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad (35). Especialmente, se aplica este grado de clasificación a los internos que se encuentran en las últimas etapas del cumplimiento de sus condenas y que se hallan más preparados para reiniciar su vida fuera de la prisión –en sociedad–. No cabe duda, que una variable muy importante para decidir este grado de clasificación –el 3.<sup>er</sup> grado– es la duración de la pena, pues la misma ha de tener un contenido aflictivo mínimo, acorde con una correcta interpretación del principio de proporcionalidad –a delito grave pena grave (36). En el caso de la «prisión permanente revisable» que por su naturaleza es una pena de duración indeterminada, para la clasificación en 3.<sup>er</sup> grado penitenciario, se establecen dos especificidades, que no tienen las penas de duración determinada.

La primera, de tipo formal, se exige que la clasificación en 3.<sup>er</sup> grado sea autorizada, en todo caso, por el Tribunal sentenciador, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos

---

(34) Desconocemos cuál ha podido ser el baremo que ha utilizado el legislador para establecer estos espacios de tiempo, aunque, en todo caso pensamos, que dicho baremo denota que el principal propósito de la medida, no sería otro, que el de endurecer el régimen de cumplimiento de la prisión permanente, teniendo en cuenta la gravedad de la tipología del delito que ha llevado consigo la imposición de esta pena –la de prisión permanente revisable–.

(35) Artículo 102.3 Reglamento Penitenciario.

(36) Este fue el sentido de la introducción en nuestro sistema de ejecución penal del denominado «periodo de seguridad», por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio.

el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. De esta forma, mientras que para las penas de duración determinada, basta la notificación al Ministerio Fiscal, cuando la decisión de la Administración penitenciaria sea la de esta clasificación del interno en 3.<sup>er</sup> grado (37), si la pena es la de «prisión permanente», esa notificación actual al Ministerio Fiscal, se sustituye por una previa autorización previa del Tribunal sentenciador (38).

La segunda especificidad es de tipo temporal, será necesario que hayan transcurrido para esta clasificación en 3.<sup>er</sup> grado, unos plazos de cumplimiento efectivo de condena, que van de un mínimo de 15 años hasta los 32 años, dependiendo de si la pena de «prisión permanente revisable» es la única pena y/o coincide con otras, según sea la naturaleza y duración de estas.

Estas dos especificidades para el acceso al 3.<sup>er</sup> grado en la nueva modalidad punitiva de la «prisión permanente revisable» –la formal y la temporal– va a exigir una adecuación de la normativa penitenciaria en la importante materia de la clasificación penitenciaria.

### 2.3 EN LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL RESTO DE LA PENA IMPUESTA (39)

Los requisitos para el acceso libertad condicional (suspensión de la condena) en las penas de duración determinada vienen regulados en el Código Penal, siendo según su artículo 90, que el interno se encuentre clasificado en 3.<sup>er</sup> grado de tratamiento penitenciario, que haya extinguido las 3/4 partes de la condena o condenas impuestas, que haya observado buena conducta y una valoración positiva del Juez de

---

(37) Artículo 107 RP. Todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo previsto en el artículo 103.7, se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su adopción.

(38) Esta exigencia de la previa autorización judicial supone una judicialización de la ejecución de la nueva pena –prisión permanente– en un grado más intenso que el resto de las penas, donde la intervención del poder judicial es siempre en segunda instancia, para fiscalizar las decisiones de la administración penitenciaria, que ésta puede tomar en materia de cumplimiento de la condena de forma discrecional.

(39) La libertad condicional pasa a ser regulada en la reforma proyectada del Código Penal, como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta. Esta nueva concepción de la libertad condicional como la suspensión de una condena, que se ha cumplido parte de la misma en prisión, rompe con una filosofía tradicional de la que nació, en su día, como el último estadio del sistema progresivo y, que como tal, se ha venido manteniendo desde el siglo XIX en nuestro ordenamiento jurídico.

vigilancia penitenciaria sobre la capacidad del interno para respetar la ley penal, que no es otra cosa que «pronosticar», en la medida de lo posible, si dicho interno va a cometer o no nuevos delitos en el periodo de libertad condicional

Estos requisitos en las penas de duración indeterminada son semejantes, con dos diferencias, la primera que los plazos determinados de extinción de la condena van desde el mínimo de 25 años hasta los 35 años en el caso de los delitos de terrorismo –art. 572.2.1 CP–; la segunda, que la valoración positiva sobre la capacidad del interno para respetar la ley penal, en estas penas de duración indeterminada recae sobre el Tribunal sentenciador en lugar del Juez de vigilancia penitenciaria, lo que viene a constituir un *plus* de judicialización, como ocurría en el caso del 3.<sup>er</sup> grado.

Como en el caso de la clasificación en 3.<sup>er</sup> grado, también estas especificidades de la pena de «prisión permanente revisable» deberán ser incorporadas a la normativa penitenciaria.

### 3. Un procedimiento penitenciario específico para la tramitación de la suspensión de la condena

#### 3.1 ASPECTOS GENERALES

La libertad condicional en nuestro ordenamiento jurídico es la consecuencia necesaria de la finalidad perseguida por las penas privativas de libertad, consistente en la reeducación y reinserción social del delincuente –art. 25.2 CE–. La ley penitenciaria la considera el 4.<sup>o</sup> grado del sistema penitenciario (art. 72 LOGP), que se completa con los otros tres grados de clasificación previstos en la normativa penitenciaria –1.<sup>o</sup>, 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup>– (40).

---

(40) Bien es cierto, que este denominado 4.<sup>o</sup> grado presenta dos notables diferencias con los otros tres. La primera diferencia, es que el denominado 4.<sup>o</sup> grado se cumple en total libertad –lo cual no deja de ser una paradoja, que una pena de privación de libertad se cumpla, precisamente, estando libre–. La segunda, es que para acceder a este 4.<sup>o</sup> grado, obligatoriamente, se debe de pasar previamente por el 3.<sup>er</sup> grado, cosa que no ocurre con ninguno de los otros grados del sistema. Precisamente, estas diferencias conceptuales han planteado no pocas dudas sobre la naturaleza de la institución de la libertad condicional, donde doctrinalmente han existido posicionamientos para todos los gustos. Un sector considera que es un beneficio penitenciario que consiste en la posibilidad de cumplir en libertad el último periodo de la condena –se sigue cumpliendo la condena, aunque se esté en libertad–. Otro sector, cree que es únicamente un medio alternativo al cumplimiento tradicional, junto con la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad –estas últimas aplicables antes de la ejecución–. Por último, otro sector entiende que es una especie de

La libertad condicional se introdujo en España por Ley de 23 de Julio de 1914, siendo incorporada a los Códigos penales de 1928, 1932 y 1944, en aplicación de un sistema penitenciario gradual y científicamente individualizado, teniendo posteriormente cobijo en los artículos 98 y 99 del Código Penal, que fue publicado mediante decreto 3096/1973 de 14 de Septiembre, conforme a la entonces vigente Ley 44/1971 de 15 de noviembre (41). Nuestro ordenamiento jurídico actual regula esta institución, esencialmente, en el Código Penal, en los artículos 90 a 92, fijando los supuestos y condiciones en que la misma es aplicable. Estos preceptos deben de relacionarse con el articulado, también concerniente a dicha institución, que se recoge en nuestro ordenamiento penitenciario, en concreto, en los artículos 67, 72, 74, 75.2 y 76.2 b) de la Ley penitenciaria y en los artículos 192 a 201, 202.2, 203, 204, 205 y 273 h) del Reglamento Penitenciario.

Como ya hemos anticipado, dentro de las múltiples modificaciones introducidas en el Código penal por la LO 1/2015, una de ellas fue la de dar a la libertad condicional la naturaleza de suspensión de la condena, de esta forma, la libertad condicional dejó de ser una figura autónoma –al igual que va a suceder con el instituto de la sustitución de penas– y pasó a convertirse en una modalidad de la suspensión condicional de la pena, declinando su actual naturaleza de último grado del sistema penitenciario, que tiene establecido actualmente en el artículo 72.1 de la Ley penitenciaria (42).

### 3.2 PRINCIPALES INNOVACIONES EN LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL INTRODUCIDAS EN REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Este nuevo régimen jurídico de la libertad condicional, que implica un profundo cambio de naturaleza jurídica para esta institución, pues no podemos olvidar que la libertad condicional se identifica ahora con una institución –la suspensión– que pretende evitar el ingreso de una persona en prisión, mientras que la libertad condicional, tradicionalmente, lo que pretende es anticipar la salida de prisión, no afecta tanto

---

«libertad a prueba», pues durante este tiempo la persona está bajo supervisión de los servicios sociales penitenciarios.

(41) *Vid.* GARCÍA VALDÉS: Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir / coord. por JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, pp. 1065-1074.

(42) Artículo 72.1 LOGP «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código penal».

a sus presupuestos de aplicación, que siguen siendo, básicamente, los mismos como al procedimiento de su tramitación.

### 3.2.1 *Innovaciones en los presupuestos de aplicación*

La nueva regulación de la libertad condicional como modalidad de suspensión de condena prevé hasta siete tipos distintos de libertad condicional, a saber: la libertad condicional básica a las 3/4 partes de la condena; la libertad condicional adelantada a las 2/3 partes; la libertad condicional cualificada de 90 días de adelantamiento sobre las 2/3 partes, por cada año efectivo a partir de la mitad de la condena; la libertad condicional a la mitad de la condena para penados primarios; la libertad condicional de los terroristas y delincuencia organizada (todas ellas reguladas en el art. 90 del CP); la libertad condicional de los septuagenarios y enfermos incurables, que no exige tiempo de extinción de condena (regulada en el art. 91 del CP) y la libertad condicional de los condenados a la nueva pena de «prisión permanente revisable» a los 25 años, como mínimo, de extinción de la condena (regulada en el art. 92 del CP), en los términos que ya hemos explicado.

Las innovaciones introducidas en los presupuestos de aplicación de estas modalidades de libertad condicional en la reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 1/2015, han sido las siguientes:

En la libertad condicional básica, la supresión del informe pronóstico final del artículo 67 LOGP, que estaba previsto en el anterior artículo 90.1 del CP, estableciendo, en su lugar, como criterios fundamentadores de la decisión del Juez de vigilancia penitenciaria para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena, una valoración positiva sobre la capacidad del interno para respetar la ley penal, que no es otra cosa que «pronosticar», en la medida de lo posible, si el interno va a cometer o no nuevos delitos en el periodo de libertad condicional (43).

En la libertad condicional adelantada a los 2/3 de la condena, se introduce un matiz, cual es que las actividades laborales, culturales u ocupacionales durante el cumplimiento de la condena se hayan desarrollado bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de las circunstancias personales relacionadas con la actividad

---

(43) La valoración del Juez de Vigilancia penitenciaria se hace sobre criterios tales como: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración delictiva, 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.

delictiva previa del recluso. Este es un criterio más flexible y adecuado que el anterior, que demandaba, de forma imperativa, la continuidad en las actividades realizadas por el interno (44).

Se introduce una modalidad privilegiada de libertad condicional aplicable a los penados primarios, es decir, a aquellos que cumplen su primera condena en prisión, siempre y cuando hayan sido condenados a una pena corta –que no supere los tres años de duración–. En estos casos, se adelantaría la posibilidad de obtener la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena (45).

En la libertad condicional de septuagenarios y enfermos incurables, se introduce la diferencia entre la situación de «enfermo muy grave con padecimientos incurables» y de «enfermo terminal en peligro inminente de muerte», pues mientras que al «enfermo muy grave con padecimientos incurables» el único requisito que se le dispensa para la suspensión de la ejecución del resto de la condena y la concesión de la libertad condicional es el del cumplimiento del tiempo mínimo exigible –3/4, 2/3 partes de la condena o en su caso, la mitad–, lo que supone el penado deberá cumplir el resto de los requisitos –3.º grado, buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social– (46). Sin embargo, cuando se trata de un enfermo terminal en peligro inminente de muerte, se puede prescindir de cualquier requisito, ya que, por un lado, el propio deterioro de la salud hace prácticamente imposible que el sujeto vuelva a delinquir y, por otra parte, resulta absurdo plantearse la reinserción social de quien está a punto de morir.

### 3.2.2 *En el procedimiento de tramitación*

Los aspectos más afectados por el cambio de naturaleza jurídica de la libertad condicional son los aspectos procedimentales de la nueva figura jurídica de la suspensión, tales como: la iniciación del expediente de suspensión, la concesión, la denegación, la revocación y la remisión definitiva de la pena (apartados 5 a 7 del art. 90 del CP).

---

(44) Pues bien puede ocurrir que este no pueda mantener esa continuidad exigida para el adelantamiento de su libertad por causas que no le son imputables –traslado de Centro penitenciario, carencia de actividades, etc.

(45) Este régimen favorable para la delincuencia primaria no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexual, lo cual parece también razonable por el rechazo social que este tipo de actividad delictiva genera y por el alto índice de reincidencia que se da en la misma. Tampoco es aplicable a los condenados por delitos de terrorismo

(46) Aunque la clasificación en tercer grado, en estos supuestos, se considere meramente instrumental. Esto significa, que si el interno está clasificado en primero o segundo grado, se le progresa de grado por la Administración penitenciaria no para que lo disfrute, sino simplemente para que no exista obstáculo legal alguno en orden a la concesión de la libertad condicional.

En cuanto a la iniciación del expediente de la suspensión. El apartado 7 del artículo 90 del CP, posibilita que la tramitación del expediente de libertad condicional se inicie a instancia del interesado, cuando hasta ahora la iniciativa de la solicitud estaba en las exclusivas manos de la Administración penitenciaria. Esta iniciativa exclusiva estaba amparada, legalmente, en las competencias que la Ley penitenciaria atribuye al Juez de vigilancia en su artículo 76.1 b), que expresamente dice que le corresponde a este resolver las propuestas de libertad condicional de los penados (47).

La verdad es que nada obsta, en la teoría, para que el expediente de libertad condicional se inicie también a petición del interno, en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 4.2.j) del RP, que le permite al interno formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, defensor del pueblo y ministerio fiscal, así como dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Capítulo V del Título II de este Reglamento. Sin embargo, en la práctica, la duda es saber cómo debe actuarse en el caso de que el interno considere que debe salir en libertad condicional y la Administración penitenciaria considere que dicho interno no debe hacerlo y, por tanto, no inicie el expediente de libertad condicional.

La solución pasa por la arbitrar un procedimiento administrativo específico para que los internos puedan acudir, a iniciativa propia, en solicitud de su libertad condicional ante el Juez de vigilancia, diferenciado los casos en los que los solicitantes reúnen los requisitos objetivos –3.º grado, 3/4 o espacio de tiempo exigido– o no los reúna, en cuyo caso ya la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, prevé, en este sentido, que en el caso de que la petición no fuera estimada, el Juez o Tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada.

---

(47) Esas propuestas no podían hacerse de otra forma que a instancia de la Administración penitenciaria, que es quien dispone del expediente del interno y conoce el momento cuando este reúne los requisitos para la concesión de la libertad condicional, particularmente, el de haber extinguido las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena o el espacio de tiempo exigido en otras modalidades de libertad condicional, pues los requisitos subjetivos de valoración del informe «pronóstico final» quedaban a criterio del propio Juez de vigilancia. Sin embargo, pese a lo dispuesto en el citado artículo 76.1 b) de la LOGP y en el propio artículo 194 del RP, que expresamente establece que la Junta de Tratamiento deberá iniciar la tramitación del expediente de libertad condicional, esta reforma del Código penal, habilita a que el expediente se inicie de oficio por el Juez de vigilancia a petición del penado.



En cuanto a la concesión de la suspensión. La suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional puede quedar supeditada al cumplimiento de los deberes y obligaciones que se establecen en el artículo 83 del CP, al que se remite la regulación establecida en el apartado 5.º del artículo 90 del CP. Con la remisión a este precepto se enfatiza en su grado máximo la transmutación de la naturaleza jurídica de la nueva concepción de la libertad condicional (48). En este apartado 5.º del artículo 90 del CP, también se prevé que el Juez de vigilancia pueda modificar estos deberes u obligaciones impuestos originariamente, acordando la imposición de otros distintos o incluso el alzamiento de los inicialmente acordados, igual que ocurre en los casos que estas cautelas se hayan tomado en la evitación de la entrada en prisión, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas inicialmente, una vez vistos los informes que le presenten al Juez de vigilancia las instituciones encargadas del control y seguimiento de estas obligaciones (49).

En cuanto a la denegación de la suspensión. El apartado 4 del artículo 90 del CP, también es novedoso y responde, sin duda, a la nueva naturaleza de la libertad condicional, ya que es similar a la exigencia que se establece en el artículo 86.1 d) del CP, como motivo para el Juez o Tribunal revoque la suspensión de la pena acordada en su día. Del mismo modo, que Juez o Tribunal sentenciador puede recovar la decisión de no meter en la cárcel a quien se le ha concedido la suspensión de la condena; el Juez de vigilancia puede acordar no suspender la ejecución de la condena y no conceder la libertad condicional al penado que hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este apartado 4.º se añade, también como

---

(48) El artículo 83 del CP, recoge, de forma expresa, hasta 8 deberes o prohibiciones y, de forma genérica, habilita a que el Juez o Tribunal sentenciador (el de Vigilancia penitenciaria en el caso de la libertad condicional) pueda establecer los deberes que estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Esta discrecionalidad del Juez constituye, sin duda, un acierto, pues el dinamismo inherente a toda intervención tratamental encaminada a la resocialización del infractor demanda cierta flexibilidad y adecuación a la evolución personal del mismo.

(49) Que viene atribuido este seguimiento, en unos casos, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en otros, a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria

novedoso, que el Juez de vigilancia puede denegar la libertad condicional, también, 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 el afectado, si se trata de alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II del CP (50).

Parece acertada la cautela de poder denegar la libertad condicional a los autores de estos delitos, siempre y cuando la medida se individualice y no se generalice, pues la resocialización también se cumple para los condenados por delitos relacionados con la «corrupción política», dado que la misma se puede objetivar a través de variables tales como, que el autor del delito asuma que su conducta criminal supuso un grave atentado contra los valores cívicos básicos de la sociedad, que el autor desarrolle planteamientos autocríticos, tomando conciencia del mal causado y que manifieste, objetivamente, sinceros sentimientos de culpa y de arrepentimiento y, sobre todo, que haga frente a la responsabilidad civil reparando todos los daños causados y devolviendo el dinero del que se apropió indebidamente. Ahora bien, no sería acertado, que por la introducción de esta cautela, la pena se cumpliera de una forma distinta porque el penado es un político, un banquero, un empresario o un personaje público, para que el castigo tenga, exclusivamente, una función «ejemplarizante», que no ejemplar, pues estaríamos caminando hacia un «derecho penitenciario de estatus», donde la forma de cumplir la pena se vincula al colectivo al que pertenece quien ha cometido un delito, haciendo que la pena tenga, en estos casos, una finalidad exclusivamente de venganza, de expiación o de retribución con el objetivo de satisfacer, momentáneamente, a los ciudadanos alarmados por las actividades ilegales de ciertas personas.

En cuanto a la revocación de la suspensión. Dentro de este apartado n.º 5 del artículo 90 del CP, se regula la posibilidad de que el Juez de vigilancia revoque la suspensión del resto de la pena y la libertad

---

(50) Se trata de los delitos contra la Administración donde se engloban todos aquellos que se denominan coloquialmente como de «corrupción política», fenómeno que ha generado, en los últimos tiempos, un elevado clima de preocupación en la sociedad española, hasta llegar a convertirse, según todas las encuestas, en uno de los principales problemas del país y el que, sin duda, más indigna a los ciudadanos. A ello ha contribuido, a buen seguro, el hecho de que la mayoría de estos casos tengan un alto impacto público, que atrae la inevitable atención mediática, que suscita cada caso en particular. Ello determina que se demande, a toda costa, la ejemplaridad del castigo para los autores de estos delitos, por el rechazo social que ocasionan cuando son cometidos por personas que deberían ser modelos a seguir por su condición de personajes públicos a quienes, precisamente por esta condición, se les exige un mayor grado de probidad.

condicional concedida 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 inicial adoptada (51). En el punto n.º 6 del artículo 90 del CP, se regulan los efectos que la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la condena pueden tener, que no son otros, que dar lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. Consecuencia natural de la identificación de la libertad condicional con la suspensión de la condena es que el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento, cosa que no ocurría ahora, que salvo para los terroristas, el tiempo pasado en libertad condicional se computaba como tiempo de extinción de condena (52).

En cuanto a la remisión de la pena suspendida y concesión de la libertad definitiva. Se echa de menos que dentro de la regulación procedimental no se haga referencia expresa en este reformado artículo 90 del CP a la remisión de la pena una vez cumplido el plazo de suspensión con las condiciones establecidas, es verdad que la remisión genérica que en el n.º 5 de este precepto (art. 90 CP) se hace al artículo 87 del CP, serviría para entenderlo (53).

Todas estas reformas, necesariamente, han de suponer una adaptación de la normativa penitenciaria que aborde las consecuencias que en la práctica penitenciaria pueden conllevar.

---

(51) En todo caso, se echa de menos en este precepto que al Juez de vigilancia no se le permita, a la hora de revocar la libertad condicional, valorar la gravedad del incumplimiento de los deberes u obligaciones impuestas al liberado, como así ocurre cuando se trata de la revocación de la suspensión regulada en el nuevo artículo 86 del CP, aunque es de suponer que la remisión genérica que se hace a este precepto –art. 86 CP– en el n.º 5.º del artículo 90 del CP, permita esta actuación del Juez de vigilancia, que de esta forma quedaría facultado a no revocar la concesión de la libertad condicional si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones impuestos no hubiera tenido carácter grave o reiterado y, en su lugar, imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas; y/o prorrogar el plazo de suspensión.

(52) Queda derogada, por lo tanto, la regla del cómputo del tiempo pasado en libertad inserta en el anterior artículo 93.1 del CP que en ocasiones ha generado un injustificado beneficio al liberado infractor.

(53) Que queda redactado como sigue: «1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena».

### 3.3 CONSECUENCIAS EN LA PRÁCTICA PENITENCIARIA DEL CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

La diferencia de naturaleza jurídica entre lo que era la libertad condicional y lo que ahora es la suspensión de la condena va a tener sus consecuencias, inevitablemente, en la práctica penitenciaria, pues la nueva caracterización de la libertad condicional lleva consigo la aplicación de las reglas sobre cómputo del plazo de suspensión (art. 82.2 CP), prohibiciones y deberes a las que se puede condicionar (art. 83 CP), posibilidad de modificación de las condiciones por alteración sobrevenida de las circunstancias (art. 85 CP) y revocación de la suspensión (art. 86 CP), y de remisión de la pena (art. 87 CP), que aunque son todas trasladables al sistema de suspensión de la ejecución del resto de la condena, no todas tienen un fácil encaje en la libertad condicional.

En primer lugar, el cómputo del plazo de suspensión de ejecución del resto de la pena previsto en el punto n.º 5 del reformado artículo 90 del CP, que será de dos a cinco años y que en todo caso no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento. Ante esta redacción, se deduce que el plazo puede ser igual o superior a esa parte de pena pendiente, por lo que cabrían dos opciones interpretativas: ceñirse a la pura literalidad de ambos preceptos y considerar que a partir de dos años de condena el plazo de libertad condicional se corresponde con la parte remanente de condena, en la medida en que no está previsto otro plazo superior, o entender que el plazo de dos a cinco años previsto en el nuevo artículo 81 del CP, para las penas privativas de libertad no superiores a 2 años se aplica por extensión a las penas de duración igual o superior a dos años. En ambos casos, la regulación propuesta conduce a la grave consecuencia de perjudicar a los condenados a penas de menor duración, pues será en ellas donde se producirá el fenómeno de que el plazo de suspensión pueda exceder la duración de la pena restante (54).

En segundo lugar, considerar la libertad condicional como una modalidad de la suspensión permite aplicar la nueva regla de que el tiempo transcurrido en libertad condicional no sea computado como tiempo de cumplimiento de la condena. Esta medida que es razonable va a plantear ciertos problemas en dos casos que pueden provocar el reingreso en prisión del liberado condicional, sin tener revocada aun

---

(54) Como quiera que no resulta coherente que el mayor rigor cargue sobre las penas cortas, quizá convendría establecer como regla que el periodo de suspensión sea, en todo caso, igual al periodo de pena pendiente de cumplimiento, lo que mantendría la actual proporcionalidad del sistema.

la libertad condicional. El primero, cuando durante el periodo de libertad condicional el interno reingrese en el Centro penitenciario para extinguir una condena firme impuesta por hechos anteriores a la fecha de concesión de la libertad condicional. El segundo, cuando el reingreso en prisión se produzca como consecuencia del dictado de un auto de prisión preventiva provocado por su participación presunta en un nuevo delito. En ambos casos y dado que, en tanto en cuanto, no exista sentencia firme la libertad condicional no puede revocarse, habrá que proceder a la suspensión de la libertad condicional concedida, con las dificultades que esto puede conllevar para hacer los nuevos cálculos de condena.

En tercer lugar, el cambio consistente en la falta del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional podría plantear graves problemas prácticos desde la perspectiva de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, problemas particularmente difíciles de solucionar en un sistema que gravita sobre una unidad de ejecución que puede englobar penas impuestas en diversas condenas y por hechos cometidos también en distintos momentos temporales. Este tema no queda solucionado en la Disposición transitoria segunda de esta reforma (LO 1/2015) (55).

### III. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos terminar este trabajo haciendo tres reflexiones sobre las tres cuestiones que deberían ser valoradas en la revisión del modelo de cumplimiento de la condena que regula nuestra Ley penitenciaria.

La primera, en cuanto al régimen diferenciado de cumplimiento de la condena impuesta a los autores de determinados delitos. Será preciso aunar los fines de prevención especial perseguidos por la pena con los fines de la prevención general y la retribución para determina-

---

(55) Estas dificultades y otras muchas que, seguramente, irán apareciendo en el hacer diario de la práctica penitenciaria se van a producir, porque la reducción a un denominador común de dos instituciones tan distintas –la suspensión condicional y la libertad condicional– es muy dificultoso. No podemos olvidar que mientras que en la libertad condicional la pena se ejecuta, normalmente, en una porción considerable de tres cuartos o dos tercios del total, –en sentido estricto, es una forma de ejecución de la pena– con la finalidad de producir en el penado el correspondiente efecto intimidativo y resocializador; por el contrario, en la suspensión condicional no se ejecuta pena alguna, pues el objetivo de esta institución es, precisamente, el de evitar el ingreso en prisión

das categorías de delitos, cuyos autores requieren la necesaria búsqueda de la conjunción de la reinserción con el incremento de la seguridad ciudadana como garantía de los principios de proporcionalidad y seguridad.

La segunda, la mayor severidad del nuevo modelo penitenciario individualizado para la pena de «prisión permanente revisable» no debe chocar, frontalmente, con el fundamento resocializador a perseguir en el cumplimiento de esta pena, puesto que el cumplimiento de penas largas de prisión no conlleva, necesariamente, una merma en las actividades tratamentales.

La tercera, la transmutación de la libertad condicional en suspensión de la condena, no puede quedar confinado en el ámbito del Código Penal, sino que debe proyectarse, necesariamente, en una reforma simultánea de la Ley penitenciaria, al menos en lo que respecta a los artículos. 17.3, 67, 72.1 y 3 y 76.2, b y c), lo que conllevará, inevitablemente, también la reforma reglamentaria correspondiente, concretamente, del Título VIII del Reglamento penitenciario (artículos 192 a 206).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, FRANCISCO JAVIER; FERNÁNDEZ ARÉVALO, LUIS; HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, MIGUEL FRANCISCO: *Código Penitenciario* Editorial Aranzadi, S. A 2012.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Derecho penitenciario* 4.<sup>a</sup> Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, LUIS; NISTAL BURÓN, Javier: *Derecho penitenciario* Editorial Aranzadi, S. A. 2016.
- FERRER GUTIÉRREZ, Antonio: *Ley General Penitenciaria su Reglamento y Disposiciones Complementarias*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2011.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Apuntes históricos del Derecho penitenciario español*. Edisofer. Madrid 2014.
- «La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 68, Fasc./Mes 1, 2015, pp. 63-78.
  - «La legislación antiterrorista española», en *La Ley Penal*, núm.74, 2010, p. 4.
  - *Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir / coord. por JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, 2002, pp. 1065-1074.
  - «Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de vigilancia en la legislación penitenciaria española», en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 107, 2014, p. 9.

- GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias. Contra la cadena perpetua* / coord. por CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE; LUIS ALBERTO ARROYO ZAPATERO (ed. lit.), JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ (ed. lit.), MERCEDES PÉREZ MANZANO (ed. lit.), 2016, pp. 171-178.
- MESTRE DELGADO, Esteban; GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Legislación penitenciaria*. Editorial Tecnos, S. A. 17.ª Edición 2015.
- MIR PUIG, Carlos: *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad (con jurisprudencia constitucional, criterios y resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria y resoluciones de las audiencias provinciales)* Editorial Atelier 2012.
- MONTERO HERNANZ, Tomás: *Legislación penitenciaria comentada y concordada*. Editorial La Ley Actualidad 2012.
- NISTAL BURÓN, Javier: *El sistema penitenciario español de un vistazo*. Editorial Grupo Criminología y Justicia, 2016.

# Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma

PUERTO SOLAR CALVO

Jurista de Instituciones Penitenciarias  
Doctora en Derecho

## RESUMEN

*La LO General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1978 (LOGP) fue un hito normativo de muy difícil superación. Su contenido, revolucionario para la época, sigue sacudiendo la conciencia de quien se aproxima a su estudio por su apuesta inquebrantable en la recuperación social de quien ha cometido un delito, pero no por ello ha abandonado su esencia de ser humano. El siguiente trabajo trata de exponer cómo interpretaciones de la norma penitenciaria basadas en el caduco concepto de relación de sujeción especial impiden que los contenidos de la LOGP alcancen su potencialidad máxima, dificultando enormemente su finalidad última: permitir una evolución integral e individual de los internos, en tanto ciudadanos autónomos capaces de respetar la ley penal.*

*Palabras clave: Relación de sujeción especial, principio de legalidad, principio de non bis in ídem, restricciones regimentales, fichero FIES, interpretación del art. 25.2 CE, concepto de tratamiento, nuevo paradigma.*

## ABSTRACT

*The Spanish Penitentiary Law of 1978 was an extraordinary normative achievement. Its revolutionary statements are the prove of its believe in the social recuperation of the inmates. This paper tries to expose how the old concept of special administrative relation has acted as external limit for some of the contents of the Penitentiary*



*Law, also limiting its final aim: the personal evolution of inmates as citizens capable of living according to the Penal Code.*

Key words: *Special administrative relations, principle of law, principle of non bis in idem, penitentiary restrictions, FIES file, interpretation of art. 25.2 CE, concept of treatment, new parameters.*

SUMARIO: 1. La Relación de sujeción especial como vía para la limitación de derechos.–2. Ámbitos concretos del medio penitenciario afectados por el concepto de relación de sujeción especial. 2.1 El régimen disciplinario. 2.2 La dudosa legalidad de las limitaciones regimentales del art. 75.1 RP. 2.3 La encrucijada normativa del fichero FIES tras la STS de 10 de marzo de 2009.–3. Incidencia tratamental de un sistema que se contradice.–4. Propuestas para un necesario cambio de paradigma.–5. A modo de epílogo. La STS 222/2019, de 21 de febrero sobre los gastos de salud–6. Bibliografía.

## 1. LA RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL COMO VÍA PARA LA LIMITACIÓN DE DERECHOS

El concepto de relación de sujeción especial tiene su cuna en Alemania, siendo en este país donde encuentra su justificación inicial y evolución histórica. El vasallaje y los vínculos de fidelidad que los reyes entablaban con sus soldados, oficiales y sirvientes constituyen su antecedente. Se trata de relaciones en las que lo oficial y lo personal se confundían, de manera que quienes así se unían al rey dependían de él enteramente. La época absolutista, si bien objetiva y despersonaliza las relaciones y vínculos entre los que sirven al rey y este, conserva esas relaciones de especial vinculación para determinado personal al servicio del monarca. Es posteriormente, en la época de la monarquía constitucional alemana, cuando se perfila definitivamente el concepto de relación de sujeción especial.

Al igual que en otros países, la transición alemana del Estado absoluto a la monarquía constitucional persigue dotar a los ciudadanos de mayores libertades frente a un Estado que se había manifestado omnipresente. Combinando los principios democrático y monárquico, dibuja un sistema en el que el rey pasa a someterse a las decisiones del parlamento, aunque conservando un cierto espacio de gobierno. Espa-

cio que en Alemania se manifiesta de modo más acentuado como vía para cimentar la unidad nacional. En este contexto y dado que las leyes sólo podían emanar del parlamento, los actos que emanan del rey en su parcela de gobierno se consideran al margen de lo jurídico, siendo meras actuaciones administrativas exentas de control judicial. A través de los mismos, se permite una mayor celeridad en la ejecución de sus decisiones, siendo sus destinatarios naturales los funcionarios, los soldados, y posteriormente, como consecuencia de la idea de Estado policía, los internos en centros penitenciarios (1).

Posteriormente, el advenimiento del Estado de Derecho marca un giro importante en el concepto, pues la capacidad de gobierno del rey deja de estar legitimada y en consecuencia, todas las actuaciones estatales han de venir referidas a una previa habilitación legal. En este sentido, y precisamente relativa al ámbito penitenciario, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972 supone un hito al proclamar que: «los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario solo pueden ser limitados mediante o en base a una ley». La resolución se refería a un interno que consideraba vulnerado su derecho a la libertad de expresión porque las cartas que enviaba eran intervenidas en virtud de una norma administrativa. El Alto Tribunal alemán estimó sus argumentos y determinó que, con independencia del contexto relacional en que nos encontremos, los derechos fundamentales solo pueden limitarse a través de una ley (2).

Esta resolución dio además el impulso que la doctrina alemana necesitaba para adaptar el concepto de relación de sujeción especial a los postulados del nuevo sistema político. Conforme a la doctrina de ULE que acabó imponiéndose, se distinguen *las relaciones de base* y *las de funcionamiento*. Las primeras, son aquellas que regulan aspectos que suponen la manifestación de un derecho fundamental. En estos casos, la Administración únicamente puede afectar tal derecho si la relación de sujeción especial se infiere de la Constitución, su limitación se realiza en base a una ley y con ella se persigue un fin público que la Administración tiene encomendado. Todo ello bajo los parámetros de necesidad y proporcionalidad, encontrándose los actos admi-

---

(1) Acerca de sus orígenes, LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53 y ss., con referencias a LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1876; JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher Grundlage*, Freiburg/ Br., 1887, quienes introducen la expresión alemana de *besonderes Gewaltverhältnis*.

(2) RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, p. 455.

nistrativos dictados en aplicación de la ley aludida bajo el más riguroso control judicial. Por su parte, las relaciones de funcionamiento son aquellas referidas a aspectos meramente organizativos, técnicos o internos de la Administración y necesarios para su correcto funcionamiento. Éstas, bajo la justificación de que la Administración necesita de mecanismos de actuación rápidos que no pueden esperar a la promulgación de una ley que los encuadre, tienen la peculiaridad de que pueden regularse a través de reglamentos independientes de la ley. De nuevo, estas normas han de ser medio para alcanzar los objetivos de la Administración que los aplica, pero a diferencia del supuesto anterior, la afectación de derechos fundamentales está excluida (3).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, la introducción del concepto de relación de sujeción especial en nuestro país tiene lugar en los años sesenta de la mano de Gallego Anabitarte y en una de sus acepciones más restrictivas, producto de la plena aceptación del Estado de Derecho. En este sentido, el autor señala que «el principio de legalidad debe regir en las relaciones especiales de sujeción como consecuencia de la decisión jurídico-constitucional del Estado de Derecho» (4).

Sin embargo, tan prometedor afirmación no constituyó obstáculo para el inicio de una corriente jurisprudencial que flexibilizaba la vigencia de los derechos fundamentales y sus garantías en el marco de la relación de la Administración y los internos en centros penitenciarios (5). Y ello a pesar de la promulgación de la LOGP que venía más

---

(3) Profundizan en su estudio, GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1994, *passim*. Sobre la aplicación del concepto al medio penitenciario, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 76-81. De manera menos crítica que los anteriores, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 489-491.

(4) GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», *Revista de administración pública*, n. 34, 1961, p. 50.

(5) Exponen los vaivenes jurisprudenciales al respecto, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la Jurisprudencia del TS», *La Ley*, n. 1968, 13.05.88, pp. 989 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *EPyC*, n. 16, 1993, pp. 301 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», *EPyC*, n. 19, 1996, pp. 129-135; ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 410-415.

bien a alumbrar el camino contrario. Destacan en este punto diversos pronunciamientos del TC al respecto. Así, la STC de 18 de junio de 1985 refiere que «es claro que el interno en un centro penitenciario está respecto de la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquella una potestad sancionadora disciplinaria» (6).

Veamos las consecuencias concretas que la pervivencia de este concepto como instrumento interpretativo ha supuesto para la aplicación de la LOGP y su desarrollo reglamentario.

## 2. ÁMBITOS CONCRETOS DEL MEDIO PENITENCIARIO AFECTADOS POR EL CONCEPTO DE RELACIÓN DE SUJECIÓN ESPECIAL

### 2.1 El régimen disciplinario

El TC interpreta que el art. 25.1 CE determina una reserva de ley relativa o limitada para el procedimiento administrativo sancionador, siendo posible la colaboración reglamentaria en la definición de los ilícitos y sanciones disciplinarias (7). De acuerdo con ello, el art. 27 de la Ley 40/2015, tal y como hacía el art. 129 de la anterior Ley 30/92, determina que solo son infracciones administrativas las previstas como tales en una ley, permitiendo en su apartado 3 el desarrollo de las mismas en disposiciones reglamentarias si introducen «especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más concreta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

Sin embargo, en contra tanto del criterio del TC, como del art. 27 de la Ley 40/2015, el art. 42 LOGP determina que «los internos no serán corregidos sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley», siendo los

---

(6) STC 74/1985, de 8 de junio.

(7) SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2 y 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1. En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho Penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 80; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 20-24.

arts. 108, 109, 110 RP de 1981, que se mantiene vigente en lo que a régimen sancionador se refiere, los que efectivamente determinan las infracciones disciplinarias (8).

Como vemos, la formulación del principio de legalidad que realiza la legislación penitenciaria no sólo es insuficiente, sino incluso de dudosa constitucionalidad respecto de la reserva de ley en esta materia (9). La concurrencia de la relación de sujeción especial o, al menos, su reminiscencia, ha ocasionado que esa permitida adaptación del principio de legalidad en el ámbito sancionador penitenciario se haya transformado en una limitación inaceptable de garantías (10). Es más, a pesar de que fue el TC en la Sentencia 2/1987, de 21 de enero, el que dio el visto bueno a regulación de las infracciones, basándose en la naturaleza especial de la relación Administración-interno y «el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la autodeterminación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución», lo cierto es que la situación actual no se adecua a su jurisprudencia más reciente que, en sintonía con la normativa expuesta, permite la graduación de las garantías sancionadoras pero no su supresión (11).

---

(8) Durante la tramitación parlamentaria de la LO 13/1995, de 18 de diciembre, de modificación de la LOGP, se intentó la introducción en el articulado de la Ley del listado detallado de las infracciones disciplinarias. Sin embargo, que la propuesta naciera cuando el texto se encontraba en el Senado provocó su rechazo al considerarse una modificación sorpresiva carente del debate previo necesario. El juego político impidió una evolución necesaria. Lo sorprendente es que ese catálogo no fuera incluido posteriormente en el RP de 1996, si no para cumplir con el mandato del art. 25.1 CE, sí al menos para adaptar el catálogo de faltas a la realidad penitenciaria. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 671.

(9) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 309. Igualmente, analizan de manera crítica la situación, LADRON PIJUÁN, L., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998, pp. 145 y ss.; PÉREZ YÁÑEZ, E. M., en «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario», en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998, pp. 161-188.

(10) TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 221. Detalla las consecuencias de la débil asunción penitenciaria del principio de legalidad, MATA Y MARTÍN, R. M., «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *RGDP*, n. 14, 2010, pp. 21 y ss.

(11) Así, la STS 61/1990, que en su FJ 8 señala: «Una cosa es, en efecto que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derecho fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtuali-

Esta adecuación al principio de legalidad que reclamamos está lejos de ser una mera adaptación formal a las exigencias de determinadas garantías jurídicas. La misma tendría efectos prácticos fundamentales para el estatus jurídico de los internos al corregir errores del régimen sancionador repetidamente señalados por la doctrina (12). En primer lugar, dotar de carácter legal al catálogo de infracciones disciplinarias serviría para lograr una redacción más depurada del mismo en términos de adecuación a principios jurídicos básicos en materia sancionadora, asumidos tanto por la Ley 30/92 como por la actual Ley 40/2015 (13). A la par, el resultado sería más acorde a la realidad penitenciaria. En la actualidad, aplicar el RP de 1981 a estos efectos,

---

dad. No se puede relativizar un principio sin riesgo a suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción».

(12) ASCENCIO CANTISÁN, H., «Régimen disciplinario y procedimiento sancionador», *REP*, n. extra, 1989, pp. 30 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 371, quienes reclaman: «la reforma del art. 42 LOGP en términos tales que formulen una nueva sistematización del actual catálogo de infracciones disciplinarias de los reclusos, que giren básicamente en considerar como faltas muy graves aquellos actos que entrañen violencia contra las personas o pongan en riesgo su integridad, como faltas graves aquellas conductas que entrañen ataques verbales contra las personas o daños dolosos respecto de las cosas, y como faltas leves los restantes comportamientos infractores de los deberes de los reclusos protagonizados por estos».

(13) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315. Igualmente, el AJVP de Pamplona de 05 de octubre de 2007, *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, SG. II. PP., Madrid, 2015, pp. 674-675. En el sentido que referimos, De León Villalba señala como principales errores sistemáticos de la regulación del régimen penitenciario los siguientes: tratamiento normativo idéntico de conductas de diversa gravedad (autoría y mera participación en el art. 108 a) y formas perfectas e imperfectas de ejecución en el art. 108 e); frecuente uso de conceptos jurídicos indeterminados como faltar grave o levemente a los funcionarios (arts. 109 a) y 110 a); la desproporción del castigo de algunas conductas cuya tipicidad ha quedado anticuada como «atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia» (falta muy grave del art. 108 i), o el «organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento» (falta grave del art. 109 g); y finalmente, la utilización de la analogía *in malam partem* en el art. 110 f), que continúa castigando «cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los artículos 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo», a pesar de que el art. 27.4 de la Ley 40/2015 y, específicamente para el ámbito sancionador penitenciario, el propio art. 232.1 RP de 1996 proscriben la aplicación analógica.

no solo resulta anticuado sino, en muchas ocasiones y por los mismos tipos que contempla, ridículo (14).

En segundo lugar, la tipificación legal de las infracciones en términos de proporcionalidad y necesidad, ayudaría a corregir determinados excesos actuales en relación a la propia finalidad y ámbito de aplicación del régimen sancionador. A nuestro entender, en contra de los arts. 41.1 y 231.1 RP que determinan como finalidad del régimen disciplinario «garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada», el art. 231.2 RP convierte en principio general lo que el RP de 1981 permite para algunas de las conductas que tipifica –en concreto, los arts. 108 b), 109 a) y 110 a) (15)-. Esto es, posibilita castigar con carácter general conductas acaecidas en el exterior de los centros penitenciarios que se encuadren en cualquiera de las infracciones previstas. De acuerdo con el mismo, «el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos (...) tanto dentro de los Centros penitenciarios como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que se realicen». Ello a pesar de la escasa vinculación de los supuestos de hecho cometidos en el exterior del centro con la finalidad que el apartado del mismo precepto (16) y en contra, por tanto, de los principios de proporcionalidad y necesidad de toda actuación sancionadora (17).

---

(14) SOLAR CALVO, P., «Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma», *Diario La Ley*, 2010, n. 7440, 07 de julio de 2010, pp. 2-3, repasa las diferentes infracciones y sus deficiencias desde el punto de vista de los principios de la potestad sancionadora. Más recientemente, con ALONSO MARTÍNEZ, S., «La necesidad de reforma del régimen disciplinario en prisión», *Diario La Ley*, n. 9198, 16 de mayo de 2018.

(15) De acuerdo con el art. 108 b), se considera falta muy grave: «Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquellos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos». Infracción que encuentra réplica en los arts. 109 a) y 110 a en forma de infracción grave y leve.

(16) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315, va más allá y señala la dificultad de vincular algunas faltas cometidas en el interior de la prisión con la seguridad y la convivencia en el centro como sucede en el caso del art. 110 b) que castiga la «desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimental y de la ordenada convivencia».

(17) Son múltiples las resoluciones judiciales que avalan esta postura. Entre otras, el AJVP de Lugo de 16 de octubre de 2012, *Jurisprudencia Penitenciaria 2012*, SG. II. PP., Madrid, 2013, p. 361; el AJCV de 31 de marzo de 2013, y los Autos del JVP de Ciudad Real de 25 de febrero de 2013 y 16 de diciembre de 2013, *Jurisprudencia Penitenciaria 2013*, SG. II. PP., Madrid 2014, pp. 643-647; Autos del JVP de

A su vez, superando el ámbito propio del principio de legalidad, si la norma asumiera esta postura jurisprudencial, se evitaría también gran parte la confrontación que se da entre régimen disciplinario y el principio *non bis in ídem*. Tal y como reconoció el AAP Granada de 20 de enero de 2003, para el caso de un quebrantamiento de permiso, restringir la respuesta estatal al ámbito penal y entender que no concurre menoscabo del orden y la seguridad del establecimiento, evita la habitual duplicidad sancionadora (18).

Y es que, en cuanto al principio *non bis in ídem*, tanto el art. 25.1 de la CE como el anterior art. 133 de la Ley 30/92 y el ahora vigente art. 31 de la Ley 40/2015, contemplan la vigencia del mismo en el ámbito del derecho sancionador administrativo, infiriéndose igualmente su aplicación al derecho disciplinario penitenciario del art 232.1 RP. Sin embargo, la concurrencia habitual de pena y sanción por un único hecho cometido en un establecimiento penitenciario, bien merece que estudiemos la situación. Máxime si, como señala Mapelli Caffarena, «nuestra Administración, con una considerable potestad sancionadora, ha hecho siempre una interpretación muy restrictiva de esos criterios con el fin de hacer compatibles los dos órdenes sancionatorios» (19).

El TC, en desarrollo interpretativo del art. 25 CE, pasó por una primera etapa en que negaba la aplicación del *non bis in ídem* al ámbito del derecho administrativo sancionador. Se apoyaba para ello en el concepto de relación de sujeción especial antes analizado (20).

---

Ciudad Real de 10 de junio de 2015 y JVP de Zaragoza n. 2 de 19 de agosto de 2015, *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, SG. II. PP., Madrid, 2016, pp. 381-385. Sustenta esta postura, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 326

(18) *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, SG. II. PP., Madrid, 2015, pp. 483-484.

(19) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 30. A pesar de que nos referimos a nuestro contexto jurídico, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 442-444, exponen la situación desde el punto de vista del Derecho Comparado, mostrando la disyuntiva en que se encuentran los diferentes estados a la hora de elegir imponer una infracción administrativa, una sanción penal, o ambas.

(20) Como recogen las SSTC 2/1981, de 30 de enero, 77/1983, 3 de octubre, 94/1986, de 8 de julio y 76/1990, de 26 de abril: «El principio *non bis in ídem* no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, donde está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25.1 CE. Dicho principio impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración del “*ius puniendi*” del Estado, y por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones



El esperado giro llega con la STC de 10 de diciembre de 1991 en que el Alto Tribunal establece un límite fundamental a las relaciones de sujeción especial (21). Esta última interpretación del art. 25.1 CE es la que definitivamente recogió la Ley 30/1992, y la que la Ley 40/2015 mantiene, al prohibir la duplicidad penal y administrativa con identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Sin embargo, frente lo anterior, el Reglamento Penitenciario paraliza en 1996 y para el concreto ámbito de la actuación sancionadora de la Administración Penitenciaria, la línea de actuación iniciada por el Alto Tribunal. Ello a través de su art. 232.4 que permite que, de hecho, continúe la aparentemente insalvable duplicidad sancionadora. Conforme al mismo, «aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad o el buen orden regimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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».

Y es que, a pesar de que analizadas una por una, algunas de las infracciones de los arts. 108, 109 y 110 RP puedan alejarse de los fines que las justifican (22), lo cierto es que, tal y como acabamos de ver, el art. 231.1 RP establece como finalidad de la potestad sancionadora la salvaguarda de la seguridad y orden en los centros penitenciarios. De manera que, si lo determinante para excusar la aplicación del *non bis in idem*, lo constituye una cualidad esencial, intrínseca y defi-

---

administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivados de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración».

(21) RTC 1991/234. «La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa (...) para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección».

(22) DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315.

nitória de todas las infracciones, lo que hace el precepto referido no es más que una declaración de intenciones con poco contenido (23).

Además, si atendemos a la vertiente procesal del principio *non bis in ídem*, la situación jurídica de los internos no mejora, incumpléndose garantías básicas de protección de los mismos. El resultado es que, como se recoge y da por bueno el AAP León de 12.11.14, las sanciones se impongan y cumplan mucho antes de haber recaído la resolución penal relativa a los mismos hechos. Más allá de lo anterior, es bastante cuestionable que el RP no prevea específicamente las consecuencias que en el orden sancionador pueda tener una sentencia penal absolutoria cuando hubieran concurrido ambas esferas de castigo, siendo los órganos judiciales quienes suplen a la norma en su función (24). A su vez, lo expuesto se vuelve aún más oneroso si tenemos en cuenta que por la propia lógica del sistema de individualización científica, a las consecuencias penales y penitenciarias derivadas de la comisión de uno de los hechos tipificados por el RP de 1981, se suma la valoración tratamental que la conducta realizada merece y que aleja la posibilidad de acceso por parte del interno a la trayectoria de reinserción –permisos y tercer grado– durante el tiempo en que las sanciones no se hayan cancelado (25).

Como vemos, si al abordar el principio de legalidad era el TC el que ha permitido y justificado el estado actual de la situación con una flagrante vulneración del mismo, en el caso del *non bis in ídem*, parece más bien que es el propio legislador el que a través de un cambalache

---

(23) RENART GARCÍA, F., *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002, p. 65; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 228; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 329. DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 113-114; RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 468-469; finalmente, este último autor con PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *La Mediación Penal y Penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008.

(24) RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, p. 469.

(25) De acuerdo con el art. 157.2 RP para el caso de los permisos: «Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese 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». CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 293-294 analiza las diferentes consecuencias penales, penitenciarias y valorativas en cuanto a futuras salidas –la tabla de variables de riesgo (TVR) incluye anteriores quebrantamiento como factor de riesgo– que se derivan de este supuesto concreto, concluyendo que: «como se puede comprobar la vulneración del principio *ne bis in ídem* es evidente».

jurídico ha estancado cualquier evolución en tal sentido. La amplitud de los conceptos de orden y seguridad utilizados por el RP permiten a quienes ejecutan la pena promover una lluvia de consecuencias jurídicas por un mismo hecho de un modo que debiera estar sólo puntualmente justificado (26). En definitiva, la aplicación de los principios informadores de la potestad sancionadora general para la potestad disciplinaria penitenciaria, tal y como el art. 232.1 RP prevé, se reduce a una mera fantasía jurídica, atrasando la adaptación del régimen sancionador penitenciario a los principios del Estado de Derecho (27).

En este contexto normativo, y a pesar de quedar pendiente una modificación de la LOGP y el RP acorde a las exigencias de los principios jurídicos expuestos, es de aplaudir el esfuerzo de la Administración Penitenciaria por reconducir en la medida de sus posibilidades y con carácter práctico, la situación descrita. Así, la Orden de Servicio 1/2019, de 24 de enero, sobre infracciones cometidas fuera del establecimiento, establece como criterio de actuación para las Comisiones Disciplinarias de los diferentes centros penitenciarios, la ausencia de castigo de las conductas que los internos lleven a cabo en el exterior de los mismos. Con ello se procura no sólo depurar la aplicación del régimen disciplinario en el sentido antes descrito, sino tratar a los internos como auténticos ciudadanos de pleno derecho, en igualdad de condiciones con los ciudadanos libres en lo que a las consecuencias de sus actuaciones fuera del establecimiento se refiere (28).

## 2.2 La dudosa legalidad de las limitaciones regimentales del art. 75.1 RP

A las deficiencias del régimen disciplinario se suman otras, producto de mecanismos de restricción de derechos fundamentales de los reclusos, de parecida envergadura en cuanto a consecuencias, pero de

---

(26) Especialmente crítico con la norma en relación a las diferentes carencias detectadas, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA ROFRÍGUEZ, L. (COORDS.), FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 293.

(27) La nula modulación de garantías jurídicas tan fundamentales provoca contradicciones internas dentro de la configuración del propio procedimiento sancionador. En este sentido, de qué sirve prever la posible intervención de abogado en dicho procedimiento, tal y como prevé el art. 242.2 i) RP, si el estatus jurídico de los internos administrados carece de las bases más fundamentales y necesarias para hacerlo suficientemente sólido y potente frente al ejercicio de las competencias de la Administración.

(28) SOLAR CALVO, P., «¿Se debe castigar lo que sucede más allá de la prisión?», en *Legal Today*, 27 de marzo de 2019.

mucha menor talla jurídica, si cabe, en cuanto al respeto de garantías y determinación de procedimientos para su aplicación. En concreto, nos referimos al art. 75 RP, que regula lo que han dado en denominarse limitaciones regimentales. En su apartado primero refiere como tales las destinadas a proteger la persona del interno, las que devienen por razones de seguridad y orden del establecimiento y por último las derivadas del grado de clasificación de cada recluso. Dada su peculiaridad, el segundo párrafo del precepto expone con mayor profusión el procedimiento a través del que, a solicitud del interno, se determinan esas limitaciones ad hoc. De acuerdo con la norma, «1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación. 2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia».

Si las limitaciones propias del grado de clasificación se explican por sí mismas y son recordatorio de las del régimen penitenciario ligado al grado de tratamiento correspondiente, el supuesto de autoprotección ofrece aún menos dudas en cuanto a legitimidad. El mismo supone un mecanismo de protección favorable al interno y normalmente en sintonía con su voluntad. Sin embargo, la aplicación de limitaciones regimentales por razones de seguridad y orden del establecimiento origina una importante controversia jurídica.

Y es que, en la práctica, el art. 75.1 RP se traduce en la existencia de un tipo de aislamiento al margen de los regulados en la LOGP –aislamiento propio del primer grado, aislamiento como sanción disciplinaria y aislamiento como medio coercitivo (29)–, que, si bien puede tener mejores condiciones en cuanto a horas de patio o posibilidad de participar en actividades tratamentales, dependiendo de lo que el Director del Centro determine, también puede llegar y de hecho llega, a ser idéntico al impuesto por sanción o en concepto de medio coercitivo. Pero todo ello sin aplicación del sistema de garantías previsto para estos casos y completamente al margen de los procedimientos establecidos en la LOGP para los mismos. El RP se inventa, al margen

---

(29) Sobre los diferentes tipos de aislamiento, su concreta finalidad y justificación, *vid.* SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», en *Diario la Ley*, n. 8154, Sección Doctrina, 20 de septiembre de 2013, pp. 1-6.

de cualquier habilitación legal para ello, una nueva forma de aislamiento regimental indeterminado en contenido y sin procedimiento suficientemente acotado de aplicación o control (30).

Por tanto y de nuevo, estamos en presencia de otro mecanismo de restricción de derechos fundamentales de los internos cuya regulación adolece de defectos que lo sitúan muy por debajo de lo jurídicamente exigible. Desde el punto de vista del principio de legalidad, y en contra del art. 25.1 CE, se permite la imposición de una medida de aislamiento en celda sin ningún tipo de habilitación legal para ello y a pesar de implicar las mismas limitaciones que el aislamiento en celda impuesto en concepto de sanción disciplinaria (31). A su vez, en términos de tipicidad normativa, carece del más mínimo acotamiento jurídico aún de carácter orientativo de cara a determinar lo correcto de su aplicación y permitir la corrección de arbitrariedades. Su contenido y duración dependen enteramente de lo que el Director del centro penitenciario establezca. En palabras de Baras González, el art. 75.1 RP «(...) no cumple a nuestro entender las prescripciones de los principios capitales del Derecho Penitenciario y de la ejecución penal como son los de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica» (32). Por último, en cuanto a garantías procedimentales de aplicación, la norma guarda absoluto silencio, siendo suficientes la decisión del Director y la mera puesta en conocimiento judicial para que la medida pueda llevarse a cabo (33). Ello sin que la comunicación a la autoridad judicial sirva en ningún caso de convalidación de la medida. Aún pudiendo recaer resolución contraria a su utilización, el aislamiento en sí ya se

---

(30) Especialmente críticos con las paradojas jurídicas que el precepto genera, RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 273-277; MALDONADO CANITO, P. J., «Limitaciones regiminales y medidas de protección personal», *CDP*, n. 3, mayo 1998, pp. 23-32.

(31) ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006, pp. 182 y ss. Por su parte, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 140, apunta que: «Esta fórmula abierta sería necesario limitarla por la propia LOGP dado que nos encontramos en un ámbito en el que debe imperar y gobernar el principio de la legalidad y en el que tan comprometido se ven los derechos fundamentales de la persona». En la misma línea, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 23, incluye este precepto entre aquellos que estando regulados en el RP debieran estarlo en la LOGP. Y es que, como recuerda MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 28, para el principio de legalidad aplicado al medio penitenciario: «Una eventual restricción de derechos de los condenados recogida *ex novo* por un reglamento, sin ningún tipo de cobertura en la ley, no respetaría el principio de legalidad.»

(32) BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 142.

(33) SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, p. 7.

habrá producido cuando la misma se reciba, siendo incluso probable que, para entonces y por su carácter perentorio, la aplicación del mismo ya haya cesado (34).

La paradoja es tal que, mientras que para la aplicación de la sanción de aislamiento el art. 42.4 LOGP exige «que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o que este reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro», el art. 75.1 RP permite aplicar un tipo de aislamiento prescindiendo de tal requisito (35). Más allá de ello y a pesar de la incongruencia que supone, es jurídicamente posible, y habitualmente sucede, que una medida de aislamiento como restricción regimental se prolongue durante un periodo de tiempo superior al de los catorce días previstos para el aislamiento en celda, sin que sea necesaria para su aplicación la aprobación previa del JVP (36). Destaca el supuesto que aborda el AJVP de Las Palmas de Gran Canaria de 23 de julio de 2009, en que la aplicación del art. 75.1 RP se había concretado en una medida de aislamiento de más de mes y medio de duración –del 03.11.08 al 19 de enero de 2009 (37)–. Por todo ello, parte de los JJVP consideran que la aplicación del aislamiento en virtud del art. 75.1 RP supone ejecutar una sanción de manera encubierta y al margen de los procedimientos establecidos para ello (38). De hecho, de imponerse posteriormente

---

(34) BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 141, señala una deficiencia importante de nuestro sistema de jurisdicción penitenciaria. El mismo decae en estos supuestos de protección perentoria en el momento en el mismo momento en que no contempla la existencia de un JVP de guardia, ni se ha previsto su sustitución por el Juez de Guardia del lugar de ubicación del centro penitenciario.

(35) MALDONADO CANITO, P. J., *CDP*, 1998, p. 26; RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, p. 276.

(36) En concreto, el JVP n. 2 Madrid en Auto de 12 de enero de 2009: «(...) si se impusiera el aislamiento vía art. 75.1 RP bastaría una orden de Dirección, pudiéndose eludir así tanto el expediente sancionador como el límite temporal de los catorce días cuyo control compete al Juez (arts.76.2 d), 42.2 a) LOGP y 253.1 RP)».

(37) *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, SG. II. PP., Madrid, 2010, pp. 351-353.

(38) Autos del JVP n.2 Madrid de 3 de julio de 2006, 12 de enero de 2009, 19 de febrero de 2009 y 02 de octubre de 2009, y Auto del JVP n.1 Madrid de 02 de febrero de 2009, disponibles en su mayoría en *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*, DG. II. PP., Madrid, 2007, pp. 209-211 y *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, ob. cit., pp. 345-355. Respalda esta postura, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 327, donde refiere que: «por respeto al principio de legalidad, las restricciones regimentales impuestas por el Centro por motivos de seguridad no pueden coincidir con las sanciones previstas legalmente ni con los medios coercitivos ya que no gozan de las mismas garantías, lo que supone una referencia clara al art. 75.1 RP que recoge limitaciones regimentales que sólo necesitan autorización del Director y que carecen de límites temporales, debiéndose exigir una aplicación restrictiva, especialmente cuando se impone de oficio y no a petición del interno».

sanción por los hechos que dieron lugar a la restricción regimental, suele abonar el tiempo de aislamiento como si de una medida cautelar se tratara (39).

### 2.3 La encrucijada normativa del fichero FIES tras la STS de 10 de marzo de 2009

En el análisis de las relaciones de sujeción especial y sus consecuencias normativas no puede faltar la obligada referencia al fichero de control de internos de especial seguimiento (FIES) (40). Más si cabe, debido a la actualidad que ha alcanzado gracias a la STS de 17 de marzo de 2009 que, a pesar de la modificación operada en el RP a consecuencia de la misma, mediante RD 419/2011, de 25 de marzo, sigue poniendo en entredicho la legalidad de su regulación actual (41).

La creación del fichero FIES se debe a la Instrucción 21/96, de medidas de seguridad para internos de especial seguimiento, sustituida, aunque en términos muy similares, por la Instrucción 6/2006 y, más recientemente, por la Instrucción 12/2011 (42). En ellas se establecen los grupos de internos que componen el fichero, las medidas de

(39) De acuerdo con esta postura, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 141, identifica la aplicación de estas limitaciones regimentales con una extensión de las medidas cautelares del art. 243 RP, así: «el art. 75 RP ha sido entendido en la práctica penitenciaria como la habilitación para aplicar una medida cautelar cuando el destinatario de la misma ha cometido presuntamente un acto que comprometa la seguridad y el buen orden del centro, mientras se dispone una posible regresión a primer grado, en el caso de que sea precedente».

(40) Destaca el análisis que realiza CERVELLÓ DONDERIS, V., «Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES», en *La Ley Penal*, n. 72, 2010, pp. 1 y ss., tras la STS de 17 de marzo de 2009. Igualmente, sobre el nacimiento –íntimamente relacionado con régimen cerrado–, evolución y estructura del fichero; de la misma autora, 2016, pp. 221 y ss. De forma amplia, destaca especialmente su dureza e ilegalidad, RÍOS MARTÍN, J. C., «Los ficheros de internos de especial seguimiento», *CDP*, n. 3, mayo 1998, pp. 3-22. A su vez, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES-1 (CD)», *EPyC*, n. 23, 2001-2002, pp. 7-58, quien refiere la incompatibilidad del fichero y las medidas de seguridad que implica con los arts. 15 y 25.2 CE y relaciona su existencia con la *cultura de la emergencia* y la configuración de un *derecho penal de la seguridad* que han acabado impregnando las práctica penitenciarias.

(41) STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5, núm. de recurso 9576/2004, de 17 de marzo.

(42) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., de internos de especial seguimiento, medidas de seguridad.

control a las que van a ser sometidos y la finalidad y consecuencias de todo ello (43).

En cuanto a su naturaleza, las Instrucciones referidas definen el fichero como un instrumento meramente administrativo con finalidad interna de control. Así, conforme a la Instrucción 12/2011, el fichero FIES «tiene carácter administrativo y los datos que almacena están referidos a situación penal, procesal y penitenciaria» (44), siendo «una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario, que asegura una rápida localización de cualquier dato sin que, en ningún caso, prejuzgue la clasificación de los internos, vede su derecho al tratamiento, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente les venga determinado» (45). Por tanto, se trata de un fichero destinado al exclusivo fin de permitir un mayor seguimiento de los internos en él contemplados, sin que ello pueda fundamentar decisiones acerca de su régimen de vida.

De acuerdo con ello y hasta el momento, la postura de la jurisprudencia en torno al FIES había sido mayoritariamente respetuosa con el sistema instaurado, respaldando la legalidad de un fichero que, en apariencia, no establece limitaciones los derechos de los internos más allá de lo que la LOGP y el RP contemplan (46). En aplicación de la doctrina de ULE (47), la naturaleza de estas instrucciones se consideraba de carácter organizativo y efectos internos orientados a ayudar el mejor cumplimiento de la labor de retención y custodia encomendada

---

(43) Expone su estructura y defiende la necesidad del fichero, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Seguridad en los centros penitenciarios», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 297-300; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 648-654. En contra de su existencia, RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 651-658.

(44) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., de internos de especial seguimiento, medidas de seguridad, p. 2.

(45) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., ob. cit., p. 2.

(46) BUENO ARÚS, F., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010*, CGPJ, Madrid, texto refundido y depurado a mayo de 2010, p. 20: «No existe ningún régimen penitenciario especial distinto de los regímenes ordinarios, abierto o cerrado a los que se refiere la Ley Orgánica General Penitenciaria. El régimen cerrado debe diferenciarse claramente del aislamiento en celda, por cuanto no constituye una sanción permanente, y el art. 10 de la LOGP debe aplicarse restrictivamente por su carácter excepcional. A los internos denominados por la administración penitenciaria FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento) incluidos en el grupo 1.º RE, les será de aplicación como mínimo y en todo caso, el régimen establecido en el art. 46 del RP, con las actividades y limitaciones específicamente contenidas en dicho precepto». Esto es, se daba el visto bueno al fichero reconduciendo su contenido a los regímenes de cumplimiento previstos en la LOGP.

(47) GARCÍA MACHO, A., 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1994.



a la Administración (art. 1 LOGP). Destacan en este sentido, los autos de 08 de enero de 2009 y 23 de enero de 2009 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en que, tras repasar uno por uno las limitaciones de derechos alegadas en queja por el interno –en concreto y siendo la queja más habitual, la intervención de comunicaciones escritas y telefónicas y la realización de cacheos personales y requisas de celdas–, se defiende la plena legalidad del fichero, al referir que esas limitaciones están permitidas por la propia LOGP y adoptadas en su función (48).

Pero no es hasta años más tarde, mediante la STS de 17 de marzo de 2009, cuando se provoca un vuelco en la tendencia jurisprudencial mayoritaria. Tras años de lucha judicial, la asociación «Madres contra la droga» consigue que se declare nula la Instrucción 21/1996, e incidentalmente, por similitud y coherencia material, la propia Instrucción 6/2006. Lo anterior no solo en lo referente a las comunicaciones de convivencia como ya había hecho el Tribunal a quo (49), sino en todo aquello en que la Instrucción establece limitaciones de derechos con carácter general para los internos incluidos en el fichero FIES y con independencia de que tales restricciones se encuentren o no dentro del margen permitido por la ley. Con ello, el TS determina de forma novedosa tres aspectos fundamentales: considera que la Instrucción 21/1996 regula la restricción de derechos para un colectivo de internos concreto, que con ello, trasciende la finalidad de los reglamentos meramente administrativos, y que, por todo ello, su categoría jurídica no se adecúa a la relevancia de su contenido, infringiendo la reserva de ley (50).

---

(48) De modo más genérico, el Auto del JVP n. 3 de Madrid de 23 de abril de 2009 legitima la Instrucción 21/1996, DG. II. PP., en tanto que reglamento de organización y valida el contenido y finalidad del fichero FIES desde el punto de vista de la normativa específica en Protección de Datos. En el mismo sentido, los Autos de la Sección 5.ª de la AP de Madrid de 11 de enero de 2002 y 10 de febrero de 2004, la AP de Jaén de 15 de febrero de 2002, y la AP de Ciudad Real de 15 de marzo de 2005. Finalmente, el TC que desestimó recurso de amparo por la inclusión en fichero FIES en la sentencia de 08 de julio de 2006. *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, ob. cit., pp. 314-316.

(49) La Sentencia de la Audiencia Nacional de 01 de marzo de 2004 declaró nulo de pleno derecho el apartado de la Instrucción 21/1996 relativo a las comunicaciones de convivencia pues excedían a la baja lo permitido por la LOGP. Así, mientras que el art. 45.6 RP permite que las comunicaciones de convivencia tengan un máximo de duración de seis horas, la Instrucción situaba ese máximo en tres. La Instrucción 6/2006, y de ahí su parecido con su predecesora, se elaboró principalmente para corregir esta extralimitación.

(50) En contra de esta interpretación jurisprudencial, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Sentencia del y Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las Instrucciones y

Como vemos, la STS se sitúa en las antípodas de la postura judicial mayoritaria en relación al fichero FIES, dando validez jurídica a los argumentos tradicionalmente sostenidos por los internos incluidos en el mismo. Primero, que la pertenencia al fichero tiene consecuencias en los derechos y deberes de los internos. Segundo, que la relación de sujeción especial no puede justificar en ningún caso que la regulación de dichos derechos y deberes se lleve a cabo en normas con rango de instrucción. Toda una revolución jurisprudencial que, sin embargo, ha traído menos consecuencias jurídicas de las que hubieran sido previsibles y deseables.

El radical cambio jurisprudencial que marca la referida STS motivó la modificación del RP y la nueva Instrucción 12/2011. Ambas en un intento por adaptar la normativa sobre fichero FIES a los nuevos y rigurosos estándares que el TS había establecido. En cuanto a la modificación reglamentaria, además de una modificación menor en el apartado 2 del art. 6 RP (51), se añade un apartado 4 al art. 6 (52). Por su parte, se redacta un art. 65 del RP/1996 sobre «Medidas de seguridad interior» (53).

Sin embargo, el resultado normativo sigue sin ser del todo satisfactorio. Los nuevos arts.6.4 y 65.2 RP crean una habilitación regla-

---

Órdenes de Servicio de la Administración Penitenciaria», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n. 7269, 26 de octubre de 2009. A favor, BENÍTEZ YÉBENES, J. R.

*El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017, pp. 168-169.

(51) En adaptación a la entonces vigente LO 15/99, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos, el nuevo precepto establece: «La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros se efectuará de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal y sus normas de desarrollo».

(52) «La Administración Penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y orden de los establecimientos, y la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda».

(53) «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 señalada 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 apartado primero del art. 71.3 RP. Al fin señalado en el apartado anterior, la Administración Penitenciaria podrá constituir grupos especializados de funcionarios».

mentaria para la nueva Instrucción 12/2011 que, sin embargo, tal y como concluyó el TS, debiera tener rango legal (54).

Ni el RP, ni mucho menos las instrucciones, son normas suficientes para establecer por sí solas el fichero FIES. En general, no podemos decir que la inclusión de un interno en el fichero conlleve la aplicación automática de un nuevo régimen de cumplimiento. Sin embargo, partir de una norma que divide a los internos en grupos facilita que se adopten medidas generales y cuasi automáticas para sus miembros (55). La propia Instrucción 12/2011 se contradice cuando admite que «la individualización de dichas circunstancias – las personales del penado– puede satisfacerse con la concurrencia de rasgos comunes a los pertenecientes a un colectivo concreto o a una organización (STC 141/1999, de 22 de julio)» (56).

Por tanto, la pertenencia al fichero FIES se traduce en mayores restricciones regimentales para los grupos de internos en que se divide. Y de nuevo, a pesar de la mayor parte de las restricciones se adoptan dentro los límites que marcan la LOGP y el RP (57), la dinámica de mayor celo que se establece en torno al fichero y los internos que lo componen, provoca que en ocasiones la propia Instrucción 12/2011 se extralimite. Así, cuando determina que «periódicamente y por estrictas razones de seguridad, serán cambiados de celda. Dichos cambios no se efectuarán con una periodicidad inferior a dos meses, salvo que

---

(54) En el mismo sentido, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Reforma del Reglamento Penitenciario en el laberinto», en *Diario La Ley*, n. 7543, Sección Doctrina, 10 de enero de 2011. El autor es contrario a la interpretación que realiza el TS sobre el hecho de que la pertenencia al fichero FIES implique una restricción de derechos más allá de las que se derivan de la propia aplicación de la normativa penitenciaria. No obstante, una vez establecida dicha interpretación, no queda otra opción que proceder a su regulación en una norma con rango de ley. En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 178, donde refiere que: «Es en la LOGP y no en el RP donde con precisión deben recogerse aquellas normas de las que pueda derivarse un riesgo para los derechos fundamentales del penado». Igualmente, en «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», *Eguzkilore*, n. extraordinario 12, 1998, pp. 101-102.

(55) RÍOS MARTÍN, J. C., *CDP*, 1998, p. 16; RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, p. 659.

(56) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., ob. cit., p. 4.

(57) ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Diario La Ley*, 2009, sigue la interpretación de la AN en su Sentencia de 01 de marzo de 2004 antes mencionada, considerando que la Instrucción 12/2011 no establece limitaciones regimentales más allá de las previstas por la LOGP y el RP. Sin embargo, a nuestro entender, el exceso de las instrucciones es más sutil, pues por su propia estructura y dinámica de funcionamiento, sí que acaba suponiendo una forma determinada de aplicar la normativa penitenciaria, tanto en términos de régimen, como con incidencia en el tratamiento.

existan motivos concretos para hacerlo de modo inmediato» (58). Con ello, se introduce una medida limitadora desde el punto de vista regimental, prevista en el nuevo art. 65.1 RP, pero respecto de la que, a diferencia de lo que sucede con recuentos, cacheos y requisas, no existe habilitación legal alguna (59).

Más allá de lo anterior, y por ese halo de peligrosidad que se presupone a sus miembros, lo cierto es que la inclusión en el fichero también acaba teniendo consecuencias en la valoración tratamental que se pueda hacer respecto de determinadas salidas. En definitiva, no sólo se favorece la aplicación general de mayores medidas de seguridad para los internos FIES, sino también su exclusión del inicio de la trayectoria de reinserción (60). Como acertadamente apunta Cervelló Donderis, «aunque actualmente ya no se trate de una clasificación (de hecho puede ser FIES quien no está en primer grado y viceversa) sino de una base de datos para disponer de mayor información sobre las circunstancias penales, procesales y penitenciarias de determinados grupos de reclusos, todavía siguen vigentes las denuncias sobre su improcedencia e ilegalidad por ser un régimen encubierto sin la debida autorización judicial que permite un endurecimiento similar al régimen cerrado. Además preocupa la utilización que se puede hacer de estos datos para la posterior denegación de permisos o comunicaciones y que en definitiva suponga una restricción de derechos sin la debida cobertura legal, aunque al menos ahora el RP ya los regule» (61).

Desde nuestro punto de vista, sería conveniente plantear modificaciones legales orientadas a dar cobertura a la problemática que trata-

---

(58) Instrucción 12/2011, SG. II. PP., ob. cit., p. 12.

(59) A pesar de que la STC 89/2006, de 27 de marzo, determina que la celda que ocupa un interno en un centro penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término —«tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público»—, el Alto Tribunal reconoce en esa y otras sentencias (STC 283/2000, de 27 de noviembre) que «es innegable que la celda de un centro penitenciario es un ámbito de intimidad para su ocupante, un espacio apto para desarrollar vida privada, en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión». Por tanto, cualquier medida regimental que afecte la permanencia o el desenvolvimiento del interno en la misma afecta al derecho fundamental a la intimidad, debiendo contar con habilitación legal para ello.

(60) Aunque en minoría, así lo han destacado algunas resoluciones como el AJVP n. 3 de Madrid de 14 de julio de 1995 antes mencionado y, especialmente, el AAP de Madrid n. 571/1997 al destacar que: «raro será que el control adecuado y especial seguimiento no afecten cuando menos a la vida regimental y probablemente también a la vigilancia y al propio sistema de clasificación».

(61) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 233. En sentido similar, RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 663-664.

mos. De manera que, al margen de cualquier configuración grupal, se habiliten instrumentos legales que, concurriendo determinadas circunstancias personales, permita una intensificación de las medidas de seguridad sobre aquellos internos en los las mismas concurren. Y ello, repetimos, en función de las características que en ese momento dado manifiesten individualmente y no por su pertenencia a un grupo establecido en un fichero configurado tan al margen de la ley (62). A su vez, aplicar en esta materia tan sensible la técnica jurídica más depurada acabaría con las especulaciones que genera su tratamiento normativo actual de carácter formal meramente interno. Prescindir de los grupos FIES como tal estructurados y rescatar de cara al público la norma que se propone acallaría las discusiones tan estériles que acompañan la situación actual y desenfocan el objetivo de la verdadera peligrosidad que muchos de los internos FIES suponen (63). En palabras de Arribas López: «(...) a nuestro juicio, sería necesario no ya proceder a una modificación del RP/1996, sino a iniciar el camino de una reforma de la propia LOGP que, después de una profunda reflexión y valoración, terminase de una vez por todas con la polémica generada con respecto al FIES y la adopción de medidas de seguridad más intensas sobre determinados internos» (64).

En este contexto normativo, y en tanto se producen las modificaciones legales necesarias en el medio penitenciario, la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de los derechos digitales, supone una excelente oportunidad para reconducir el uso del fichero en los términos que la STS de 17 de marzo de 2009 plantea. Tal y como se infiere de los arts. 2, 22 y, especialmente, la DT cuarta de dicha norma, los datos personales relativos a la ejecución de sanciones penales se excluyen del ámbito de aplicación de esta norma. Por tanto, se equipara el régimen de tratamiento de datos por parte de la Administración Penitenciaria, de forma transitoria y en tanto no se implemente la Directiva (UE) 2016/680, al régimen de los conocidos como ficheros policiales del art. 22 LO 15/99 vigente a estos efectos. De acuerdo con el art. 23.1 LO 15/99 que determina el régimen jurídico de este tipo de ficheros: «1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior podrán denegar el acceso, la rectificación o cancelación en

---

(62) RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, 2016, pp. 664-666, exponen mecanismos ya existentes en la normativa penitenciaria que permitirían alcanzar la finalidad que el fichero se propone, de manera más garantista y adecuada a la finalidad penitenciaria.

(63) En este sentido, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 143-144.

(64) ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Diario La Ley*, 2011, p. 10.

función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando».

Siendo esto así y considerando especialmente el contexto normativo antes expuesto en el que se encuentra el fichero FIES, la LO 3/2018 y, a través de ella, la LO 15/99, pueden aportar un encaje de legalidad al mismo en tanto se implementa la Directiva (UE) 2016/680 sobre ficheros policiales mediante una norma de rango legal específica. Así, tomando como criterios tanto de inclusión como de limitación de los antiguos derechos ARCO, los del art. 23 LOPD antes transcrito –la «defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando»–, podremos reconducir el uso del fichero FIES a lo que es estrictamente necesario. De este modo, teniendo en cuenta las consecuencias limitadoras tanto regimentales como tratamentales que la inclusión en el fichero conlleva, y que han sido reconocidas por algunos JJVP y por el TS en su sentencia de 2009, su uso no sólo respondería al principio de minimización propio de la normativa en protección de datos, sino que, por esas limitaciones que implica, se adaptaría al estándar normativo de la legalidad que el TS reclama, aunque éste venga referido a una norma no penitenciaria, sino específica sobre protección de datos (65).

### 3. INCIDENCIA TRATAMENTAL DE UN SISTEMA QUE SE CONTRADICE

El análisis llevado a cabo muestra una construcción de garantías jurídicas ad hoc para los internos en centros penitenciarios que nada o poco tiene que ver con la que sustenta las garantías habituales para el resto de los ciudadanos. A su vez, ello nos da idea de cómo el concepto de relación de sujeción especial sigue justificando la situación jurídica diferenciada que de facto se produce. Mapelli Caffarena refiere que «en el reconocimiento del condenado como miembro de pleno derecho de la comunidad jurídica (art. 25.2 CE) hay todavía

---

(65) SOLAR CALVO, P., «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*, n. 9365, 25 de febrero de 2019, pp. 6-8; de forma más resumida, «Límites al Fichero FIES en la nueva LO de Protección de Datos. Una oportunidad para el cambio», en *Legal Today*, 15 de marzo de 2019.

grandes dosis de formalidad. Cuando los principios generales pasan a ser desarrollados por las normas especiales e interpretados por los tribunales se observa cómo sufren un proceso de debilitamiento». En este sentido, «la relaciones especiales de sujeción corren el peligro de convertirse en una especie de legitimación global que puede emplearse por la administración penitenciaria tanto para resolver según sus propias necesidades aspectos no contemplados por las normas penitenciarias como hacer de ellas interpretaciones más estrictas o extensivas. Su propia indeterminación favorece su uso como una auténtica teoría del poder en un ámbito particularmente frágil y en donde los riesgos de lesiones graves e irreversibles a los derechos fundamentales son evidentes» (66).

La incidencia de esta situación en la finalidad de la labor penitenciaria es sutil y ha sido poco abordada, pero no por ello es menos relevante. Si de acuerdo con el art. 25.2 CE y el art. 1 LOGP, el objetivo principal de la pena privativa de libertad es la reeducación y reinserción social de los condenados como ciudadanos responsables y autónomos, la situación que describimos conlleva ciertas contradicciones internas que hacen mella en el logro de dicho objetivo.

En primer lugar, resulta un tanto falaz, que el sistema penitenciario exija a los internos el respeto a sus normas, siendo ese mismo sistema el que no respeta sus derechos y garantías jurídicas fundamentales. A su vez, se trabaja en la reinserción en términos de igualdad, cuando el sistema constantemente les está recordando que son distintos. Con ello, y en contra de los principios más básicos del tratamiento, se genera la idea de un microcosmos penitenciario, altamente favorable a la *prisionización*, pero que dificulta enormemente la adaptación posterior al mundo exterior normalizado, reforzando dos conductas negativas los internos. De un lado, su enfrentamiento institucional, en la medida en que consideran que la situación jurídica en la que se hallan es injusta. De otro, una especie de indefensión aprendida, conforme a la que los internos aprenden que con independencia de cualquier conducta que realicen, de cualquier mejora tratable que lleven a cabo, siempre van a ser tratados de manera diferente al resto de los ciudadanos. Algo así como si sus esfuerzos no fueran a servir realmente para avanzar en lo que a mejora vital y personal se refiere (67).

En definitiva, la pervivencia del concepto de relación de sujeción especial y sus consecuencias en el ámbito penitenciario no solo genera

---

(66) MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, pp. 88 y 95-96, respectivamente.

(67) SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, pp. 11-12.

una situación de facto injusta, sino que justifica conductas del todo contraproducentes a los fines de responsabilidad y autonomía que la norma penitenciaria pretende.

Como acertadamente refiere Mapelli Caffarena, «Estos y otros ejemplos de desmesura penitenciaria no sólo llaman la atención porque se hacen contra la propia ley, sino porque lejos de toda lógica jurídica, se hacen contra aquellos mismos derechos que se pretenden promocionar para asegurar las metas de la institución» (68).

Todo ello con implicaciones globales que afectan al conjunto del sistema de cumplimiento que incumple el mandato del art. 25.2 CE en dos de sus premisas: se aleja de su finalidad eminentemente resocializadora, a la par que restringe los Derechos Fundamentales de los internos más allá del mandato de la ley y el sentido del fallo condenatorio.

Siguiendo al mismo autor, «a modo de resumen, consideramos que la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta del Estado. Incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea dicha teoría para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales. Sin embargo, en relación con el sistema penitenciario la relación especial de sujeción traspasa el marco disciplinario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulados o esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato constitucional. Por estas razones, el empleo aquí de esta teoría se torna si cabe más grave y criticable. Una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de supremacía de la Administración. La Administración Penitenciaria solo está legitimada a restringir los Derechos Fundamentales que no pueden ejercerse en un estado de privación de libertad. Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los Derechos Fundamentales restringidos por la imposición de la pena» (69).

---

(68) MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, pp. 89.

(69) MAPELLI CAFFARENA, B., *EPyC*, 1993, pp. 325-326. Igual de crítico con la situación, destaca su incompatibilidad con el éxito del tratamiento penitenciario y su objetivo de reinserción, TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 323-333.



#### 4. PROPUESTAS PARA UN NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA

Ante esta situación, los cuarenta años de la promulgación de la LOGP, pueden ser un buen motivo de reflexión para el necesario cambio de paradigma que reclamamos. Desde nuestro punto de vista, dos aspectos fundamentales son necesarios para ello. En primer lugar, avanzar en la interpretación del art. 25.2 CE en el sentido marcado por el propio texto al que pertenece. Esto es, considerar la reinserción como un derecho subjetivo de los internos y no un mero mandato al legislador (70).

Como acertadamente señala Téllez Aguilera, «la apuesta porque el interno es un ciudadano como otro cualquiera sujeto a la Administración por una relación jurídica cuyo marco jurídico viene encabezado por el art. 25.2 del texto constitucional e integrado por una serie de derechos que no pueden ser limitados por una vetusta teoría decimonónica, permitirá desterrar esa tan arraigada como errónea creencia de que el recluso es un ser inerte, sometido a la Administración, la cual, siguiendo un «mandato del legislador» dirige su actuación desde parámetros reinsertadores. Reconocer la existencia de un auténtico derecho a la reinserción social del delincuente, sin miedos infundados ni ambages, se torna una asignatura pendiente, que una vez superada permitiría concebirlo como un sujeto activo que exige la realización de sus derechos y no un mero sujeto pasivo de la bondad y misericordia de la Administración» (71).

En segundo lugar, y derivado de lo anterior, reconocer a los internos su derecho a la reinserción, ayudaría a adelgazar el concepto de tratamiento y trabajar por su diferenciación de lo que supone el mero cumplimiento regimental de la normativa interior de un establecimiento. En palabras de Gallego Díaz, «al haber incorporado el RP 1996 un concepto de tratamiento distinto –más amplio y formativo– del que profesa la LOGP y, en consecuencia, una mayor difusión y porosidad entre régimen y tratamiento, las actividades de régimen pueden tener al mismo tiempo la consideración de actividades de tratamiento y lo que en principio tendría que ser un derecho constituye al mismo tiempo un deber del interno» (72). Ello a su vez con tres con-

---

(70) Sobre los motivos que han conducido a esta interpretación, PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 288-291.

(71) TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, pp. 326 y 334.

(72) Como señala GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 117-118.

secuencias básicas. De un lado, el contenido del tratamiento tendría una calidad superior (73). De otro, el régimen recuperaría su auténtica dimensión y las restricciones de libertad que conlleva la propia condena dejarían de concebirse como actividades intrínsecamente buenas, eminentemente destinadas a lograr el bienestar de los internos mediante el tratamiento. Finalmente, el tratamiento, al desligarse del régimen, desplegaría su verdadera condición de actividad voluntaria, tal y como determina el art. 112 RP (74).

En el sentido que defendemos, la Doctrina Vinter (Sentencia de 09 de julio de 2013 Gran Sala TEDDHH), asume el pensamiento generalizado en la doctrina europea sobre la separación de fines que deben considerarse a la hora de imponer la pena en sentencia de aquellos que deben regir en sentido estricto en la fase de ejecución penitenciaria de la pena de prisión. Si en la sentencia se consideran los fines retributivos y preventivos de la pena, tanto en sentido general como especial, la entrada en prisión supone que el único fin legítimo que ha de determinar el régimen de cumplimiento es el de la reinserción. De este modo, la diferenciación entre el estatus de condenado (estatus durante el proceso) y el estatus de penado (estatus durante la ejecución), como sucede nítidamente en Alemania, es la única que posibilita elevar los estándares de respeto de los derechos fundamentales de los internos. Entre ellos, especialmente, el derecho a la reinserción, pero también en relación con otros derechos y garantías como hemos analizado.

De acuerdo con esta línea, Landa Gorostiza señala que «Alemania bien podría erigirse en un modelo inspirador donde la estricta separación del estatus de condenado y de estatus de penado han sentado las bases sobre las que un activo tribunal Constitucional ha ido elevando los estándares de respeto de los derechos fundamentales –y el de reinserción– en el ámbito de las prisiones ya desde la década de los años 70 del siglo pasado. El camino entonces iniciado parece que comienza a ser asumido –y generalizado– de forme paulatina por la doctrina emergente del TEDDHH. Deberíamos entonces preguntarnos si, al margen de la –por desgracia remota– posibilidad de que el legislador español obrara en consecuencia corrigiendo los excesos y desviaciones señaladas, no es ya tiempo de que el TC español tome cartas en el asunto y revise un estándar «esclerotizado» de reinserción, en que este es reconocido simplemente como un fin más entre otros en la fase de

(73) TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, p. 335.

(74) TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 47, apuntan como «una de las graves contradicciones internas de nuestra legislación penitenciaria, convertir en columna vertebral del sistema de cumplimiento y en fin del régimen penitenciario un elemento del que el interno puede disponer».

ejecución lo que, de hecho, sirve un expediente de control de las decisiones de la AP en este terreno débil e inane, y que acaba por relegar a España en este sector de actividad en los vagones de cola de un tren europeo que, aquí sí que para bien, ya puso a su cabeza la locomotora alemana hace más de 30 años» (75).

## 5. A MODO DE EPÍLOGO. LA STS 222/2019, DE 21 DE FEBRERO, SOBRE LOS GASTOS DE SALUD

Finalizamos el presente trabajo con la relevante y reciente resolución del TS sobre la responsabilidad de la Administración Penitenciaria de abonar los gastos médicos de todos los internos, sin distinguir por su condición de asegurados. Su análisis muestra hasta qué punto el tan denostado concepto de relación de sujeción especial puede condicionar, aun hoy en día, y al margen de los restantes supuestos normativos destacados, la solución jurídica que en un supuesto de hecho y en relación con los internos, finalmente se adopta. De nuevo, sobre la base de este concepto y a pesar de las contradicciones que ello conlleva, se construye un espacio jurídico para los internos, específico y separado del que les corresponde como ciudadanos.

En este sentido, el TS, de acuerdo con el Tercer Fundamento de Derecho, apunta que: «(...) Nuestra solución –que, adelantamos, coincide con la de la sentencia recurrida– parte de dos consideraciones, derivadas de la normativa que más arriba se ha transcrito –arts.207, 208 y 209 RP–: la primera, que la protección integral de la salud del interno es un deber que se impone a la administración penitenciaria, a cuyo cargo tiene a una persona vinculada a ella por una evidente relación de sujeción especial; la segunda, que no hay un solo precepto legal o reglamentario que disponga que el coste de la asistencia sanitaria (cuando es dispensada a los presos fuera del establecimiento y por medios ajenos a la institución penitenciaria) deba ser sufragado por el titular de la institución sanitaria que presta dicho servicio».

Frente a ello, el brillante voto particular emitido por el magistrado Maurandi Guillén, parte de una postura argumental diferente con resultados opuestos a la resolución que se comenta. En lugar de tener en cuenta la existencia o no de la tan discutida relación de sujeción

---

(75) LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y TEDDHH», en LANDA GOROSTIZA, J. M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coord.), *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 67.

especial del interno con la Administración Penitenciaria, asume como normativa básica la del común de los ciudadanos beneficiarios del Sistema de Seguridad Social. De este modo, « puede concluirse que las atenciones o servicios sanitarios dispensadas por el SNS podrán ser reclamadas, reconociendo en ellos la condición de usuario privado, a los sujetos jurídicos o entidades siguientes: (1) a las personas físicas que, a solicitud de ellas mismas, hayan recibido directamente la asistencia sanitaria; (2) a los sujetos o entidades sanitarias que actúan como usuarios indirectos del SNS, por actuar en relación con personas físicas frente a las que asumieron el compromiso de dispensarles asistencia sanitaria encuadrable en una relación de derecho privado y, ante las dificultades de hacerlo con sus propios medios derivaron a aquellas hacia el SNS y solicitaron de este que efectuara esta dispensa; y (3) que estos últimos resultan encuadrables en el supuesto de terceros obligados que enumera el apartado 7.c) del anexo IX al que se remite el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre».

Por todo ello: «La toma en consideración de estos mandatos permite, a su vez, estas conclusiones: 1) El deber de asistencia sanitaria a los internos que, por ser afiliados a un Régimen de la Seguridad Social, merezcan la condición de usuarios con derecho a la asistencia sanitaria de los Servicios de Salud, podrá ser cumplido por la Administración penitenciaria trasladando a esos internos al correspondiente Servicio de Salud; y así debe ser considerado en aplicación de lo establecido en el apartado dos del artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y esta asistencia sanitaria deberá correr a cargo del Servicio de Salud según lo que se razonó con anterioridad. 2) En lo que hace a la asistencia sanitaria que por parte de la Administración Penitenciaria se reclame en cualquiera de los Centros del Sistema Nacional de Salud (SNS) para internos no afiliados en el sistema de Seguridad Social, dicha Administración Penitenciaria tendrá la condición de usuario privado indirecto del SNS; y, en consecuencia, el correspondiente Servicio de Salud podrá exigir y facturar el importe de la asistencia dispensada».

Desde nuestro punto de vista y como ya hemos adelantado, la clave del conflicto, el diferente enfoque de las posturas en choque, radica en la utilización, de nuevo, del concepto de relación de sujeción especial para dirimir el cómo y hasta dónde de los derechos de los internos. Si atendemos al art. 25.2 CE, los internos cuentan con los mismos derechos que los ciudadanos libres en tanto esto sea compatible con el cumplimiento de la condena de privación de libertad. Sin embargo, en la interpretación normativa, de forma prácticamente constante, situamos por encima su condición de internos antes que su

condición de meros ciudadanos privados de libertad. Ello provoca que, en la resolución de una controversia jurídica sobre la determinación de sus derechos, acudamos primero a la normativa penitenciaria, aunque, como sucede en el caso expuesto, solo alcance rango reglamentario, antes que a la normativa general de carácter legal.

Como resultado de este proceder, la resolución brevemente comentada alcanza un fallo que no solo establece un régimen específico dentro de la normativa sobre Seguridad Social, sino además contrario a la normativa básica cuyo análisis aborda. Como se refiere en su texto: «la disposición adicional sexta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, prevé la transferencia a los órganos autonómicos de salud, mediante real decreto y en el plazo de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigor de dicha ley, de los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias, que pasarán a integrarse en aquel Sistema conforme al método de traspasos establecido estatutariamente» (76). Esto es, a pesar de que está previsto que la sanidad penitenciaria se incorpore al sistema general transferido a las Comunidades Autónomas, la lógica jurídica de la relación de sujeción especial sigue justificando, por mayoría, el régimen específico de cobertura de los internos en centros penitenciarios.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J./ RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006.
- ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Seguridad en los centros penitenciarios», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 263-302.
- ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Reforma del Reglamento Penitenciario en el laberinto», *Diario La Ley*, n. 7543, Sección Doctrina, 10 de enero de 2011.
- «La Sentencia del y Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las Instrucciones y Órdenes de Servicio de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n. 7269, 26 de octubre de 2009.

---

(76) Se profundiza en LACAL CUENCA, P. SOLAR CALVO, P., «STS 222/2019, de 21 de febrero, sobre gastos sanitarios en prisión. De nuevo, la relación de sujeción especial», en *Diario La Ley*, n. 9406, 02 de mayo de 2019.

- ASENCIO CANTISÁN, H., «Régimen disciplinario y procedimiento sancionador», *REP*, n. extra, 1989.
- BARAS GONZÁLEZ, M., «El régimen penitenciario», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 125-149.
- BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA ROFRÍGUEZ, L. (Coords.), FERNÁNDEZ GERCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES-1 (CD)», *EPyC*, n. 23, 2001-2002.
- BUENO ARÚS, F., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010*, CGPJ, Madrid, texto refundido y depurado a mayo de 2010.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES», *La Ley Penal*, n. 72, 2010.
- «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», *EPyC*, n. 19, 1996.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en De Vicente Martínez, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 303-342.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», *Revista de administración pública*, n. 34, 1961.
- GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013.
- GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la Jurisprudencia del TS», *La Ley*, n. 1968, 13.05.88.
- LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «STS 222/2019, de 21 de febrero, sobre gastos sanitarios en prisión. De nuevo, la relación de sujeción especial», *Diario La Ley*, n. 9406, 02.05.19.
- LADRON PIJUÁN, L., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en Landa Gorostiza, J. M. (Dir.), Garro Carrera, E., Ortuba y Fuentes, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-71.

- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho Penal», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, p 59-88.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994.
- MALDONADO CANITO, P. J., «Limitaciones regimentales y medidas de protección personal», *CDP*, n. 3, mayo 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.
- «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», *Eguzkilore*, n. extraordinario 12, 1998.
- «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *EPyC*, n. 16, 1993.
- MATA Y MARTÍN, R. M., «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *RGDP*, n. 14, 2010.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 255-293.
- PÉREZ YÁÑEZ, E. M., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n. 1, 1998.
- RENART GARCÍA, F., *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002.
- RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABETIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *La Mediación Penal y Penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2008.
- RÍOS MARTÍN, J. C., «Los ficheros de internos de especial seguimiento», *CDP*, n. 3, mayo 1998.
- SOLAR CALVO, P., «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», *Diario La Ley*, n. 9365, 25 de febrero de 2019; de forma más resumida, «Límites al Fichero FIES en la nueva LO de Protección de Datos. Una oportunidad para el cambio», *Legal Today*, 15 de marzo de 2019.
- «¿Se debe castigar lo que sucede más allá de la prisión?», *Legal Today*, 27 de marzo de 2019.
- «Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma», *Diario La Ley*, 2010, n. 7440, 07 de julio de 2010.
- con ALONSO MARTÍNEZ, S., «La necesidad de reforma del régimen disciplinario en prisión», *Diario La Ley*, n. 9198, 16 de mayo de 2018.

- con LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», *Diario la Ley*, n. 8154, Sección Doctrina, 20 de septiembre de 2013.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 323-338.
- VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.



# JURISPRUDENCIA PENITENCIARIA

## Ley Penitenciaria y Tribunal Constitucional (Un estudio sobre la doctrina constitucional en materia penitenciaria)

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Magistrado  
Doctor en Derecho

### RESUMEN

*Como complemento a los artículos doctrinales realizados por los cuarenta años de la Ley Penitenciaria que en este núm. se homenajea, se estudia aquí el reflejo que durante dicho periodo ha tenido dicha ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, realizando así una detallada exposición de la misma, siguiendo para ello la propia sistemática de la Ley.*

*Palabras clave: Derecho penitenciario. Ley Penitenciaria. Tribunal Constitucional. Jurisprudencia constitucional.*

### ABSTRACT

*As a complement to the doctrinal papers written on the occasion of Spanish Penitentiary Law's 40th Anniversary, celebrated in this issue; we will here mindfully analyze and present how the so-said law, mirrored on the Case-Law of Spanish Constitutional Court within those decades, following for that purpose the Law's structure.*

*Key words: Penitentiary Law. Spanish Penitentiary Law. Constitutional Court of Spain. Constitutional Case-Law.*

A lo largo de los cuarenta años de vigencia de la Ley Penitenciaria que en este núm. homenajeamos, se ha ido consolidando de forma

paralela la doctrina que sobre la misma ha emanado del Tribunal Constitucional. Y es que desde su entrada en funcionamiento en el año 1980 (la primera resolución, un Auto, data de 11 de agosto de dicho año), nuestro Garante Constitucional ha dictado, en efecto, un elevado número de sentencias, cerca de doscientas, en las que, desde la STC 29/1981, de 24 de julio, ha ido perfilando el anclaje constitucional de los principales institutos de nuestro Derecho penitenciario.

Es por ello que, como complemento a los estudios precedentes, vamos a continuación a realizar un detallado recorrido por la citada doctrina constitucional, sistematizando su exposición por materias y en correlación con la exposición articulada que realiza la Ley Penitenciaria, lo que entendemos facilita al lector su consulta, quien asimismo podrá encontrar referencias a la unificación de doctrina que en materia penitenciaria ha realizado el Tribunal Supremo y a las resoluciones dictadas estos años por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

## 1. LOS FINES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y DE LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA (ART. 1 LOGP)

Como es bien sabido el artículo 25.2 de la Constitución española dispone que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social» y en la misma línea, si bien con una mayor precisión, el artículo 1 de la Ley Penitenciaria señala que «Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados», previsiones estas que, con alguna ampliación (la referida a la asistencia social dispensada a los «familiares» de los internos), reitera el Reglamento penitenciario en su artículo 2.

Pues bien, es lógico que fuera sobre esta trascendental declaración de principios, auténtico «frontispicio normativo» de nuestro sistema penitenciario, sobre la que se iniciara la fijación de doctrina constitucional a su respecto, siendo de ello paradigmático que en una temprana resolución como fue el ATC 15/1984, de 11 de enero, se dijera que «Esta compleja argumentación, de la que resulta la imprecisión que el Ministerio Fiscal denuncia, arranca de una premisa totalmente incorrecta, esto es, la de que, cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de

libertad no alcanzará a lograr la reeducación o la reinserción social del penado, se infringe un derecho fundamental de este. La incorrección de tal premisa resulta de la indebida transformación en derecho fundamental de la persona de lo que *no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos* aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes penales» (FJ único). Por su parte, el ATC 486/1985, de 10 de julio, hablaba de «Lo que dispone el artículo 25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social» (FJ 2.º). Esta doctrina, que se ha recogido en sucesivos Autos hasta la actualidad (AATC 303/1986, 780/1986, 352/2008... y último ATC 4/2019, de 29 de enero) ha encontrado natural acomodo en un nada insignificante núm. de Sentencias, señalando ya al respecto la trascendental STC 2/1987, de 21 de enero (FJ 2.º) que «el artículo 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación». A este pronunciamiento seguirán otros, en donde se sigue subrayando que el artículo 25.2 de la CE (y art. 1 LOGP) *no consagra ningún derecho constitucional a la reinserción social* (cosa distinta es el derecho al tratamiento penitenciario recogido en el artículo 2 apartado d del Reglamento penitenciario). En este sentido, pueden verse las SSTC 19/1988, de 16 de febrero (FJ 9.º), 28/1988, de 23 de febrero (FJ 2.º), 150/1991, de 4 de julio (FJ 4.º), 79/1998, de 1 de abril (FJ 4.º), 137/2000, de 29 de mayo (FJ 3.º), 115/2003, de 16 de junio (FJ 4.º), 299/2005, de 21 de noviembre (FJ 2), 23/2006, de 30 de enero (FJ 2.º), 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 14.º), 160/2012, de 20 de septiembre (FJ 3.º) y STC 128/2013, de 3 de junio (FJ 3.º), en donde se subraya que, no obstante ello, es un «mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, *que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes*».

Junto a lo anterior, la misma doctrina constitucional ha venido afirmando que el artículo 25.2 CE *tampoco establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad*, siendo en este sentido digno de mención que el artículo 1 LOGP hable de «*fin primordial*». Así pues, «de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad», doctrina

recogida en las SSTC 19/1988, de 16 de febrero (FJ 9.º), 150/1991, de 4 de julio (FJ 4.º), 25/2000, de 31 de enero FFJJ 4.º y 7.º), 8/2001, de 15 de enero (FJ 3.º), 163/2002, de 16 de septiembre (FJ 4.º), 167/2003, de 29 de septiembre (FJ 6.º), 202/2004, de 15 de diciembre (FJ 3.º), 299/2005, de 21 de noviembre (FJ 2.º), 320/2006, de 15 de noviembre (FJ 4.º) y STC 160/2012, de 20 de septiembre (FJ 3.º), siendo por ello que esta última nos recuerda que, al hilo de lo que ya se decía en la STC 120/2000, de 10 de mayo (FJ 4.º), «el mandato que establece el artículo 25.2 CE opera 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». Es por ello que *la prevención general también se alza como una de las finalidades de las penas privativas de libertad*, y así, por ejemplo, en relación a la posible suspensión condicional de una pena se ha dicho que «dado que esta institución afecta al valor libertad personal en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE, hemos exigido la ponderación judicial de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (SSTC 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3.º y 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4.º).

## 2. SOMETIMIENTO A LA LEGALIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA (ART. 2 LOGP)

Dispone el artículo 2 de la Ley Penitenciaria que «La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales» (el art. 3.1 del Reglamento hace referencia solo al sometimiento «a la Constitución y a la ley»). Este natural principio, incardinable con el mandato constitucional consagrado en el artículo 9.3 de la CE, tiene, no obstante, en el ámbito penitenciario unas «notas singulares» y ello debido a que el Tribunal Constitucional, desde la temprana STC 74/1985,

de 18 de julio, vino a calificar la relación jurídica penitenciaria, esto es, la que une al interno con la Administración penitenciaria que nace con el ingreso en un centro penitenciario y se extingue con la libertad definitiva, dentro de la siempre polémica categoría de «relaciones de especial sujeción» (o de «sujeción especial»), señalando al respecto, sin ambages, que «Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una *relación de sujeción especial*» (FJ 2.º), lo que viene a suponer en definitiva una «cierta *modulación de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad*» (STC 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 3.º), al permitir un mayor protagonismo al reglamento ejecutivo, como acontece, como más abajo veremos, en cuanto a la «capacidad administrativa de autoordenación» a la hora de tipificar las infracciones administrativas.

Así pues, abundando con más detalle en la citada catalogación, la STC 57/1994, de 28 de febrero, afirma que (FJ 3.º): «En cuanto a la naturaleza de las relaciones jurídicas que con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre la Administración Penitenciaria y las personas recluidas en el mismo, no puede ponerse en duda, pese a la indeterminación del concepto de relación especial de sujeción, que aquel internamiento origina, según tiene declarado este Tribunal en diversas resoluciones (SSTC 74/1985, fundamento jurídico 2.º; 2/1987, fundamento jurídico 4.º; 120/1990, fundamento jurídico 6.º), una relación jurídica de esa naturaleza y así se desprende del artículo 25.2 CE El interno, como hemos señalado en la STC 2/1987, 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 status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres* (fundamento jurídico 2.º). Esa relación de sujeción especial, que en todo caso debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 6.º; 137/1990, fundamento jurídico 4.º), origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso. De ese entramado destaca, a los efectos que a este amparo interesa, de un lado, la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial, entre otras, la retención y custodia de los internos (art. 1 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria) de garantizar y velar –como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [arts. 18, 22.3, 26 d), 29.2, 36.3, 41.1, 43.4, 45, 51, LOGP; 80, 139.5, 182 c), 183.3, 139.4, 104, 112.4, 123, 254, 89 y 97, 121, 76 RP]– por la segu-

ridad y el buen orden regimental del centro. Y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento [arts. 4 b) LOGP, 7 b) RP]. La retención y custodia de los internos constituye, por lo tanto, una de las finalidades de la institución penitenciaria, lo que se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad».

Esta misma doctrina la reitera el Tribunal Constitucional en resoluciones posteriores, como la STC 35/1996, de 11 de marzo (FJ 2.º), si bien que, siendo las relaciones de sujeción especial sometidas por cierto sector doctrinal, en el que nos incluimos desde hace más de dos décadas, a una profunda crítica, es observable que en determinadas sentencias la citada catalogación ha sido sustituida por otras menos definitorias, como acontece en la STC 83/1997, de 22 abril, al referirse simplemente a las «*peculiaridades del internamiento*» (FJ 2.º), cuando no, pese a ser invocada por las partes en sus escritos, es simplemente omitida en su fundamentación jurídica (así en STC 161/2016, de 3 de octubre), y cuando no obstante se acude a ella, se deja bien claro que ello «*no implica la eliminación de los derechos fundamentales del interno*» (STC 192/1996, de 26 de noviembre, FJ 2.º), pues «el segundo inciso del artículo 25.2 CE («El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria»), incorpora una cláusula de garantía que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I CE; bien que aquí «con las modulaciones y matices» recogidas en dicho precepto constitucional ... es decir, de aquellos [derechos fundamentales] que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (STC 11/2006, de 16 de enero, FJ 2.º y las que en ella se citan; asimismo, SSTC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 27/2001, de 29 de enero, FJ 3.º, 140/2002, de 3 de junio, FJ 5.º y 128/2013, de 3 de junio, FJ 3.º).

Y es que, en efecto, en este sentido ya señalaba la STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 6.º) que «Aunque el *concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso* (STC 61/1990), no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y

así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo artículo 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, 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. Esta relación de especial sujeción, que *debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales*, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas». Y abundando en ello, veinte años después, seguirá el Tribunal Constitucional insistiendo, sosteniendo así en la STC 171/2013, de 7 de octubre FJ 2.º que «cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración penitenciaria, y que esta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica general penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el artículo 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, *pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena*; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo ‘respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena’ (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos». La interpretación restrictiva de la relación de especial sujeción penitenciaria ha llevado, asimismo, a vetar su «exportación por analogía» a otro tipo de relaciones jurídicas, como las que se producen con el ingreso

de un detenido en una comisaria de policía (STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.º).

### 3. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL INTERNO (ARTS. 3 A 6 LOGP)

En los artículos 3 a 6 de la Ley Penitenciaria (desarrollados fundamentalmente en los arts. 4 y 5 del Reglamento penitenciario), encontramos la regulación que integra el núcleo duro de lo que podríamos denominar el estatuto jurídico del interno, siendo lo más definidor de este el catálogo de derechos y deberes que la legislación penitenciaria le reconoce e impone.

Y lógicamente, el primer conjunto de derechos garantizados al recluso viene conformado por *el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud*, que la Administración penitenciaria debe garantizar (la Administración penitenciaria «velará», dice el artículo 3.4 de la Ley Penitenciaria). En este sentido, el principal conflicto que al respecto ha tenido que afrontar el Tribunal Constitucional, como es bien sabido, ha sido el dar respuesta a si la alimentación forzosa de los internos que se colocan en *huelga de hambre*, realizada al amparo de la posición de garante que tiene la Administración respecto de los derechos a la vida y salud de los mismos, vulnera o no sus derechos fundamentales. Y para ello ha sentado una sólida doctrina cristalizada en cuatro sentencias de los años 1990 y 1991; las SSTC 120/1990, de 27 junio, 137/1990, de 19 julio, 11/1991, de 17 enero, y 67/1991, de 22 marzo.

En la STC 120/1990 (a la que siguen las SSTC 137/1990, de 19 de julio, 11/1991, de 17 de enero, y 67/1991, de 22 de marzo), se expone que (FJ 6.º): «Con esa huelga de hambre reivindicativa y su oposición a recibir asistencia médica, los miembros del grupo en cuestión colocan a la Administración ante la alternativa de revocar la medida administrativa contra la cual dirigen su protesta o presenciar pasivamente su muerte, planteando así un conflicto que esencialmente se produce entre el supuesto derecho de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad hasta el extremo, incluso de ocasionar su propia muerte, sin injerencia ajena alguna, y el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia, que le impone el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria». Ante ello, y para resolver el citado conflicto desde la óptica constitucional, el Tribunal Constitucional partirá de subrayar la catalogación de «relación de especial sujeción» que une al interno con la Administración peniten-



ciaria (al respecto nos remitimos a lo dicho más arriba), para desde dicha atalaya afirmar que (FJ 7.º): «El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985). Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, *no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte* y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. Además, aunque se admitiese la tesis de los recurrentes, tampoco podría apreciarse que, en el caso contemplado, se produce vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto 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*. (...). Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto 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; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger. Por consiguiente, todo lo que dejamos expuesto nos conduce a la conclusión de que, des(le la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en este no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege.

Y en cuanto a la supuesta conculcación del *derecho a la integridad física*, señala la misma sentencia (FJ 8.º): «Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no solo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional. A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que solo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º; 2/1982, fundamento jurídico 5.º, 110/1984, fundamento jurídico 5.º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos funda-

mentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º) 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» (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse. En aplicación de esta doctrina, procede examinar si la asistencia médica que autoriza la resolución recurrida viene justificada en la protección de derechos o valores constitucionalmente reconocidos y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquellos a los que se impone. Y aquí debemos recordar que, según dejamos expuesto, la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que esta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el artículo 3.4 de la LOGP, que es la Ley a la que se remite el artículo 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas.

*Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida. Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985). Por otro lado, la necesidad de cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un Centro penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y salud, como bienes también constitucionalmente prote-*

gidos, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la justifica, *permitiéndola tan solo en el momento en que, según la ciencia médica, corra «riesgo serio» la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno».*

Tan solo precisar, que en la STC 11/1991, de 17 de enero, el Tribunal Constitucional descarta que sea él el competente para establecer el momento y forma de llevarse a cabo la alimentación forzosa, señalando al respeto FJ 4.º que «establecer el momento y la forma en que haya de procederse de manera coactiva para evitar riesgos intolerables para la vida del interno, no es algo que corresponda hacer a este Tribunal, dado que ello supondría una clara injerencia en la competencia propia de la Administración Penitenciaria y, en su caso, de los órganos judiciales establecidos al efecto».

En lo referido a la posibilidad de calificar a la alimentación forzosa de los huelguistas como *tortura o trato inhumano o degradante*, se precisa (FJ 9.º de la comentada STC 12/1990) que: «El propio artículo 15 de la Constitución prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; pero esta prohibición no puede estimarse que haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre. «Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (...). No otra es, por lo demás, la acepción que, en el concreto ámbito penitenciario, cabe dar a los términos «cruel, inhumano o degradante» que utiliza, para prohibir sanciones disciplinarias a los internos que tengan ese carácter, el artículo 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, e invocadas por los recurrentes, ni otro es tampoco el alcance que, respecto de los tratos inhumanos o degradantes, tiene la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos que el artículo 6 de la LOGP establece. Por ello, y también con referencia al medio carcelario, este Tribunal tiene dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que

suele llevar aparejada la imposición de condena» (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4.º; 89/1987, fundamento jurídico 2.º), daño implícito en la misma que está excluido del concepto de tortura (art. 1.1, in fine, de la Convención contra la tortura cit., de 1984). *De acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el artículo 15 CE, la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en si misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante. El hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte. Ambos hipotéticos reproches han de ser, sin embargo, también desechados, el primero de ellos, porque ya la resolución impugnada *excluye expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla* y el segundo, porque el propósito de la medida no es el de provocar el sufrimiento, sino el de prolongar la vida».*

Hemos de recordar que la proscripción de los tratos inhumanos y degradantes tiene expresa acogida en la letra de Ley Penitenciaria, concretamente en el artículo 6, cuando afirma que: «Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra», y que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido muy precisa a la hora de perfilar los contornos de lo que se ha de entender por trato inhumano y degradante en el ámbito penitenciario, haciéndolo no solo al hilo de la intervención forzosa con los huelguistas de hambre, en los términos antes señalados, sino también en referencia a otros ámbitos. Y así, se parte de que (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4.º) «la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la

pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena»; en definitiva, «debemos recordar que hemos calificado de tratos inhumanos o degradantes a aquellos que denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 4.º). Y por ello, se ha negado, por ejemplo, que tal trato pueda ser utilizado para adjetivar la existencia de una sanción disciplinaria cual es el *aislamiento en celda*, y ello a la luz de las condiciones y garantías previstas por el Ordenamiento penitenciario (especialmente, arts. 42 y 43 de la Ley) para su ejecución (limitación temporal, proscripción de celdas negras o de castigo al deber cumplirse la sanción en celdas de análogas características al resto de celdas, previsiones de supervisión médica, derecho a paseo diario....) (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2.º). Por los mismos motivos, se ha entendido que en modo alguno puede entenderse trato inhumano o degradante la *privación de visitas íntimas*, pues «Que la sexualidad sea parte importante de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinente, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal como aquí es el caso, pues, aunque las formulaciones generales utilizadas por la recurrente llevan a veces a olvidarlo, ha de tenerse siempre en cuenta que la negativa (o negativas) a permitir visitas íntimas aflige solo a los reclusos sometidos al régimen del artículo 10 LOGP, que, según el propio precepto, no puede extenderse más allá del tiempo necesario para que desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su aplicación (...). La privación de libertad, como preso o como penado, es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2.º). Y en la misma línea, se ha negado la consideración de trato inhumano o degradante a la *obligación de obtener de un interno una muestra de orina* ordenada judicialmente, y ello, por la respetuosa forma en que la misma fue obtenida: «en el que la previsión de que el interno se desnudara por completo antes de suministrar la muestra de orina tenía por objeto comprobar que no llevaba consigo nada que pudiera alterar el poste-

rior resultado del análisis de orina y, desde luego, no entrañaba que hubiera de producirse ningún contacto corporal con el recluso, sino solo que este se desnudara para posteriormente, dotado de una bata o albornoz, pasar a una habitación y proporcionar la muestra de orina. A la vista de ello no se desprende que la orden impartida al recurrente en amparo –ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados– hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el artículo 15 CE. Lo que conduce a la desestimación, en este punto, de la queja del recurrente de amparo» (STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 4.º *in fine*).

Por supuesto que en la jurisprudencia constitucional se han abordado las espinosas relaciones que *otros derechos*, como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o el derecho al trabajo, tienen con el régimen penitenciario, siendo que para su estudio nos remitimos a lo que más abajo expondremos a la hora de estudiar la regulación específica de cada uno de los principales elementos regimentales, tales como el principio celular o la intervención de las comunicaciones. No obstante, hacemos a continuación referencia a algunas sentencias que entendemos dignas de mención en este apartado.

En relación al *derecho de reunión* la STC 71/2008, de 23 de junio, enjuicia si el hecho de sancionar a un preso por participar en una concentración no autorizada en el interior de un centro penitenciario, a raíz de la cual se colocó una ikurriña con un crespón negro frente a la oficina del funcionario, vulneró, entre otros, su derecho fundamental de reunión, contemplado en el artículo 21.1 de la Carta Magna. Así, comenzando por recordar que «En relación con el ejercicio de este derecho dentro de los centros penitenciarios por parte de los condenados a prisión, debe incidirse en que, estando previsto en el artículo 25.2 CE que los derechos fundamentales de los internos queden expresamente limitados por la condena, el sentido de la pena o la ley penitenciaria, ya este Tribunal ha destacado que el ejercicio del derecho de reunión en el interior de las prisiones puede quedar limitado por razones de orden y de seguridad constitucionalmente legítimas (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2). A partir de ello, *no cabe admitir la afirmación del recurrente de que las reuniones y concentraciones realizadas por internos dentro de centros penitenciarios no requieren de autorización previa, toda vez que no puede privarse a la Administración penitenciaria de que determine y pondere en cada caso si el pretendido ejercicio de este derecho resulta compatible con la condición de presos en general, con el cumplimiento de su pena privativa de libertad, con la seguridad y buen orden del establecimiento, con la*

*libertad de los demás presos con los que obligadamente conviven los peticionarios y con la correcta prestación por los funcionarios del centro penitenciario de sus restantes servicios y funciones.* Por tanto, habida cuenta de que el recurrente, junto con otros presos, se limitó a comunicar por medio de instancia entregada poco antes de su celebración que participaría en una concentración, pero sin posibilitar que la Administración determinara y ponderara las razones de orden y de seguridad del centro que pudieran verse afectadas, no cabe afirmar que fuera una conducta amparada por el legítimo ejercicio de este derecho» (FJ 5.º).

Por lo que se refiere a la *libertad de expresión*, la STC 212/2003, de 1 de diciembre, aborda la cuestión de si la prohibición impuesta por el Juez de Vigilancia al interno consistente en no permitirle utilizar la expresión «*sr. carcelero*» para referirse a los funcionarios de prisiones, bajo apercibimiento de ser sancionado disciplinariamente por ello, conculca su libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución. Y a tal respecto, luego de recordar que la Ley Penitenciaria «*no contiene previsión alguna que habilite al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para adoptar una medida restrictiva de la libertad de expresión del interno como la adoptada en el caso*» (FJ 3.º), señala que «aunque existiera previsión legal y fuera el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el competente para imponer la limitación de la libertad de expresión, dicha limitación no podría ordenarse en el marco de una queja suscitada por el interno, pues dicha queja acota el objeto de su pronunciamiento en el caso concreto, ya que el deber de congruencia con la pretensión y el derecho de defensa constituyen garantías de todo procedimiento jurisdiccional. Además, teniendo en cuenta que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene, como acabamos de señalar, competencia para revisar la sanción eventualmente impuesta por la Administración penitenciaria [art. 76.2 e) LOGP] o para aprobar las propuestas de sanción de aislamiento en celda superior a catorce días [art. 76.2 d) LOGP], la admonición efectuada por aquel al interno de incurrir en la infracción del artículo 109 a) del Reglamento penitenciario constituye la manifestación de un juicio previo, si no sobre la total corrección de la eventual imposición ulterior de una sanción por el nuevo uso de la misma expresión, sí del carácter lesivo del honor del funcionario de la citada expresión; juicio previo que socava su imparcialidad y el derecho a la tutela judicial efectiva del interno, si eventualmente la llegase a recaer. Por lo demás, la limitación de la libertad de expresión, o cualquier otra que afectara a otro derecho fundamental, tampoco podría acordarse en un procedimiento como este en el que no se le ha dado la



posibilidad al afectado de alegar frente a ella; en este marco es en el que deben contextualizarse las alegaciones del recurrente de que nunca tuvo acceso al informe del funcionario afectado ni al de otros funcionarios del mismo módulo que declararon sobre el incidente, así como las alegaciones relativas a que en ningún momento fue formalmente informado de la acusación, es decir, a la quiebra, en definitiva, de las garantías del proceso justo. Quejas, todas ellas, que, unidas a la relativa a la lesión del derecho a la presunción de inocencia, deben enmarcarse en la declaración que acabamos de efectuar, señalando que la restricción del derecho fundamental a la libertad de expresión solo puede imponerse por el órgano judicial competente en el marco de un proceso y con las debidas garantías, de modo que las quiebras de garantías producidas en el seno del proceso judicial en el que se autoriza dicha restricción constituyen déficits de la tutela judicial que *ex Constitutione* el derecho fundamental requiere (...). Por consiguiente, y *aunque pudiera asistirle la razón al Abogado del Estado en que el uso de la expresión fuera en un contexto determinado ofensivo, este juicio no podía realizarlo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria al carecer de jurisdicción, como tampoco podía dicho órgano judicial advertir –amonestar– al interno sobre las eventuales consecuencias legales que la utilización de la misma tendría*. Por ello, y como señala el Ministerio Fiscal, el pronunciamiento de este Tribunal debe ceñirse a declarar que la ausencia de previsión legal de la restricción, su imposición por órgano judicial incompetente y en el marco de un procedimiento substanciado sin las debidas garantías, sustentan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del recurrente de amparo y de forma derivada del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE)» (FJ 4.º).

#### 4. EL RÉGIMEN CERRADO (ART. 10 LOGP)

Como es sabido el artículo 10 de la Ley Penitenciaria está dedicado al régimen cerrado en su generalidad (o más concretamente a los establecimientos en los que se establece el mismo), si bien que en la práctica se ha reservado su nombre, y frente a los penados clasificados en primer grado, a los internos preventivos que tienen aplicado dicho régimen, en previsión de lo que expresamente dispone el párrafo 2.º de este precepto. Al ser el régimen cerrado el régimen penitenciario más incisivo en los derechos de los internos a los que se aplica, lógico es que el mismo haya dado lugar a una profusa jurisprudencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, y, como consecuencia de ello,

también a una importante doctrina del Tribunal Constitucional, que es la que a continuación exponemos.

En efecto. Reconoce el Tribunal Constitucional que «la clasificación de un penado en un determinado grado configura el estatuto jurídico del preso, siendo el régimen cerrado previsto en el artículo 10 LOGP *el más riguroso y el que implica una mayor limitación del ya sustancialmente restringido status libertatis, por lo que la legislación penitenciaria confiere a su aplicación un carácter excepcional* (art. 10.2 LOGP y art. 38.1 RP aplicable) para los penados clasificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los de régimen ordinario y abierto, circunstancias estas que han de ser apreciadas «por causas objetivas en resolución motivada» (art. 10.1 LOGP). Tal carácter excepcional se deriva no solo del mayor control y vigilancia a que se ven sometidos los clasificados en dicho régimen y por la limitación de las actividades en común, pautas con las que genéricamente define la Ley penitenciaria el régimen cerrado, sino por las negativas consecuencias que su aplicación comporta en otros aspectos de la vida penitenciaria. Por ello la aplicación del régimen cerrado *ha de reservarse a aquellos supuestos en que los fines de la relación penitenciaria no puedan ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos*» (STC 143/1997, de 15 de septiembre FJ 4.º *in fine*).

Y es precisamente por ello, es decir, por lo «incisivo» del mismo para con los derechos del recluso, por lo que se subraya la esencial importancia de las garantías que el Ordenamiento prevé tanto para su adopción, como para su ejecución, destacándose entre las primeras las exigencias de una suficiente motivación en relación a la concurrencia de los presupuestos que habilitan la clasificación en primer grado de los penados o la aplicación del régimen cerrado a los internos preventivos (los conocidos como «artículos 10»). Así se proscribe constitucionalmente las motivaciones genéricas y carentes de sólido fundamento, señalándose que «*no cabe estimar suficiente la remisión genérica en la resolución del Juez a los informes obrantes en el expediente y la del Tribunal al hecho de que aquéllos señalasen la inexistencia de una evolución favorable de la conducta del penado, fundamentalmente porque los referidos informes resultan equívocos y no especificatorios de los datos exigibles a los que parecen referirse puesto que ni siquiera incorporan (como hubiera sido necesario para establecer el contraste) las causas objetivas motivadamente apreciadas en la disposición inicial, según establece el artículo 10.1 de la LOGP*», añadiéndose a continuación la trascendental importancia del papel que, como garante, tiene asignada la Ley al Juez de Vigilancia Peni-

tenciaria, afirmándose al respecto que: «No resulta gratuito insistir una vez más en el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no solo resolver tomando como base los estudios de las 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» [art. 76.2 f) LOGP], sino en general «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse» (STC 143/97, de 15 de septiembre, FJ 5.º), y destacándose, en este sentido, que la intervención del Juez al «ratificar» el acuerdo administrativo de adopción del artículo 10 (art. 76.2 j LOGP) lo es en primera instancia, por lo que el juez tiene plena capacidad cognitiva y frente a su resolución cabe recurso de reforma y apelación (STC 54/1992, de 8 de abril, FJ 3.º).

Relacionado con el régimen cerrado se ha suscitado la problemática referida a los llamados *Ficheros de Internos de Especial Seguimiento*, creados en su momento inicialmente por circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 6 de marzo de 1991 (sobre las previsiones de recopilación de datos ya prevista en circular de 13 de noviembre de 1989) y en particular por las previsiones contenidas en la orden circular de 2 de agosto de 1991 («Normas comunes tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento o con aplicación del régimen del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (preventivos)»), al plantearse si con su instauración se producía la creación de un «régimen especial» sin la necesaria cobertura legal, siendo al respecto recordable que precisamente por ello dicho régimen desapareció del Reglamento penitenciario de 1981 en la reforma llevada a cabo en el mismo por el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo. En este sentido, la STC 119/1996, de 8 de julio, vino a avalar las normas previstas en la citada circular de 2 de agosto de 1991, entendiendo, si bien con una escasa profundidad argumental (lo que explica la existencia de un voto particular formulado por Carles Viver al que se adhirió Vives Antón), que no procedía la queja de los recurrentes referidas al régimen de vida al que se vieron sometidos por entender vulnerados sus derechos fundamentales a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE); a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación (art. 20 CE); a reunirse pacíficamente y sin armas (art. 21 CE); y a que la pena privativa de libertad que cumplen se oriente hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), recordando que las peculiaridades de dicho régimen a las que atribuyen tales infracciones

son el aislamiento en la propia celda durante veintidós horas diarias y la privación de la posibilidad de mantener comunicaciones especiales y de disponer de aparato de televisión.

Ahora bien, ya en la importante STC 170/1996, de 29 de octubre, se otorgó el amparo por entender que la existencia de previsiones genéricas aplicables a los internos clasificados como FIES en modo alguno podía valar la adopción de medidas restrictivas de derechos, como la intervención de las comunicaciones, carentes de motivación suficiente e individualizada, entendiéndose que: «lejos de tratarse en este caso de una medida individualizada y constituir una respuesta a peligros concretos que efectivamente puedan incidir negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento, *se habría adoptado sistemáticamente para todos los internos clasificados en primer grado penitenciario* y, concretamente, en relación con los incluidos en el FIES. Esto nos indicaría que no fue una medida excepcional (...). De ahí la *necesidad e importancia de la motivación del acuerdo*, no solo porque así lo exige expresamente el artículo 51 LOGP, sino porque constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva. La intervención de las comunicaciones no puede considerarse una consecuencia más de la aplicación del primer grado penitenciario, que corresponde a los penados de peligrosidad extrema o a los de inadaptación al régimen ordinario y abierto» (FJ 5.º). Y es que «La motivación del Acuerdo resulta un elemento imprescindible para la garantía de los derechos de los reclusos. *La intervención de las comunicaciones, medida excepcional, no debe adoptarse con carácter general e indiscriminado, ni por más tiempo del que sea necesario para los fines que la justifican*. El enjuiciamiento de la motivación ha de ser realizado con detenimiento (...). Hechas estas advertencias jurisprudenciales ha de examinarse ahora la motivación ofrecida por el Acuerdo impugnado. Este comienza citando los antecedentes obrantes en el expediente del interno, así como su clasificación en el artículo 10 LOGP, 1.ª Fase, además de aludir a la existencia de Autos judiciales que ratificaban anteriores Acuerdos de intervención. De tal enumeración debe descartarse, por las razones ya expuestas, la mención de la clasificación en el régimen del artículo 10 LOGP. Otras circunstancias del interno que podrían apoyar el Acuerdo de la Administración Penitenciaria no se consignan con la precisión suficiente, ni se establece la conexión entre ellas y la adopción de la medida de limitación de derechos. Tan solo la referencia a los diferentes intentos de evasión que obran en el expediente del interno podría

guardar alguna relación con la intervención de las comunicaciones en el caso hipotético, no esgrimido por el Acuerdo, de que existieran sospechas de que planeara una nueva evasión y que con tal fin utilizara sus contactos con el exterior. Pero tal posibilidad no pasa de ser una simple suposición a la que no se alude en el acto administrativo impugnado. Es decir, el Acuerdo impugnado no justifica en absoluto la necesidad de tan drástica medida. Esta falta de relación fue expresamente denunciada por el actor en los recursos interpuestos, además de alegar la prescripción de las sanciones aludidas, así como el tiempo supuestamente transcurrido desde los mencionados intentos de evasión. Sin embargo, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, aunque sí con cita de la normativa aplicable, no aporta mayor motivación al Acuerdo recurrido. En definitiva, las consideraciones expuestas nos llevan derechamente al otorgamiento del amparo, pues la medida de restricción de derechos fundamentales a un recluso no resulta, en este caso, y por su insuficiente motivación, una decisión razonable y proporcionada» (FFJ 5.º y 6.º).

De manera más genérica, esto es, en cuanto al análisis de la supuesta vulneración constitucional del mal llamado régimen FIES, ya habría tenido ocasión de abordarlo en Tribunal Constitucional dos años antes, concretamente en la STC 189/1994, de 20 de junio, en donde el demandante entendía vulnerado el derecho a la igualdad por entenderse discriminado por razón de su profesión al haber sido incluido en el FIES-4, si bien razones formales al entender planteada la demanda de amparo fuera de plazo, lo impidieron. Así las cosas, sería finalmente la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de marzo de 2009 (ponente Peces Morate) la que, tras analizar el alcance del principio de reserva de ley, declara que las instrucciones como la impugnada (esto es, la relativa al FIES concretada en la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre), al carecer de la naturaleza y de las garantías propias de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no es un medio idóneo para regular los derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios, lo que dio lugar a la reforma reglamentaria llevada a cabo por el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, en cuya exposición de motivos se hace expresa mención al motivo de la reforma.

## 5. LICENCIAMIENTO DEFINITIVO (ART. 17 LOGP)

La exigencia de la aprobación del licenciamiento definitivo por parte del Tribunal sentenciador prevista en el artículo 17.3 de la Ley

Penitenciaria, que entendemos exigible también para los casos de excarcelación previa en libertad condicional, llegando el momento del cumplimiento total de la pena (pues ello es requisito del archivo definitivo de la causa), ha llegado a la doctrina constitucional en lo atinente a la posible modificación de los citados autos aprobatorios de tal licenciamiento.

Es práctica habitual que los autos de licenciamiento definitivo puedan ser anulados y modificados por el propio Tribunal que lo ha acordado cuando existen causas objetivas que, sobrevenidas a su dictado, evidencian la necesidad de dejarlo sin efecto en aras a no perjudicar al penado, siendo el supuesto más común el que se produce cuando estando aprobado el licenciamiento de una pena de prisión para una fecha determinada, antes de su advenimiento acontece que recae en el penado una nueva condena, lo que exige que, para poder dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario («cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada una sola a efectos de aplicación de la libertad condicional»), sea necesaria la anulación del licenciamiento ya acordado, y se puedan así sumar ambas penas a efectos de llevar a cabo los cómputos de fases de cumplimiento que tienen trascendencia penitenciaria (por ejemplo,  $\frac{1}{4}$  parte de las penas para poder tener acceso a los permisos ordinarios de salida o las  $\frac{3}{4}$  partes para el disfrute ordinario de la libertad condicional). Junto a este supuesto ampliamente reconocido en la práctica forense es admitida igualmente la anulación del licenciamiento definitivo a efectos de facilitar una posible acumulación de penas, criterio este asumido, no sin algún titubeo, por el Tribunal Supremo desde los años noventa (*vide* sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2001, ponente Delgado García).

Es por ello que el Tribunal Constitucional, en su función de garante de los derechos de los condenados, ha venido a consolidar una doctrina según la cual, la posible anulación y modificación de los autos aprobatorios del licenciamiento definitivo en modo alguno pueden realizarse en perjuicio del condenado, siendo que en tales casos las citadas resoluciones son intangibles. Esta doctrina la ha sentado el Tribunal Constitucional de manera específica en varias sentencias dictadas en el año 2012 y a raíz de las quejas presentadas por condenados a los que se les quería aplicar de manera retroactiva la llamada «doctrina Parot», fijada por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 28 de febrero de 2006 (ponente Sánchez Melgar), y según la cual las redenciones de pena debían computarse del número total de años de prisión impuestas a los condenados en las distintas

sentencias, cuyas penas luego habían sido acumuladas y fijado, por tanto, un simple límite temporal máximo de cumplimiento. Así en la STC 39/2012, de 29 de marzo (y otras de la misma fecha) el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado al determinar que las resoluciones impugnadas vulneraron los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de *derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*, y a la libertad (art. 17.1 CE), razonando que, respecto del primer derecho fundamental mencionado, la Sección Primera de la Sala de lo Penal Audiencia Nacional había dictado Auto el 28 de mayo de 1997 en el que acordaba que no procedía la revisión de las penas tras la entrada en vigor del CP 1995 vinculando tal decisión a que ello no resultaría beneficioso para el penado, pues comportaría la pérdida del derecho a obtener redenciones. Así pues, aquel Auto no solo resolvió acerca de cuál es la ley aplicable ante la sucesión normativa generada por la entrada en vigor del nuevo Código penal sino que, al adoptar su decisión sobre la base de un determinado criterio de cómputo de las redenciones que resulta determinante para considerar más favorable el Código anterior, está creando una situación jurídica consolidada no solo respecto de la ley aplicable, sino también respecto del cómputo de las redenciones, que sustenta su decisión. De este modo, aun siendo distinto su objeto, existe una estricta relación de dependencia entre lo resuelto por el citado Auto y las resoluciones recurridas en amparo, que impedía a estas ignorar la realidad jurídica conformada por aquel en cuanto al criterio de cómputo de las redenciones, por lo que estas resoluciones han desconocido la eficacia de lo resuelto anteriormente con carácter firme e intangible, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La proscripción de aplicación retroactiva de la doctrina Parot sería finalmente avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de la Gran Sala de 21 de octubre de 2013.

## 6. EL ALOJAMIENTO EN CELDA INDIVIDUAL O PRINCIPIO CELULAR (ART. 19 LOGP)

El artículo 19.1 de la Ley Penitenciaria señala que «Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del Médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente».

A este respecto la STC 195/1995, de 19 de diciembre, negó que del citado precepto se desprenda la existencia de un derecho subjetivo del interno a ocupar una celda individual, señalando expresamente que: «si bien es cierto que tanto el artículo 19.1 LOGP como el artículo 15 Reglamento Penitenciario establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que *no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda individual*, tal y como parece pretender el recurrente. Tal derecho tampoco puede extraerse directamente del artículo 18.1 de la Constitución, pues como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que solo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera (SSTC 89/1987 y 57/1994), requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas» (FJ 3.º).

## 7. REGISTROS Y CACHEOS (ART. 23 LOGP)

Por los mismos motivos que dijimos al hablar del artículo 10 de la Ley Penitenciaria, esto es, por la importanteafección que los derechos de los reclusos pudieran tener, el Tribunal Constitucional ha sido muy circunspecto a la hora de abordar el enjuiciamiento de amparos relacionados con la práctica de «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» a los que se refiere el artículo 23 de la Ley Penitenciaria.

En materia de *registros de celda* hemos de comenzar señalando que el Tribunal Constitucional ha seguido la arraigada jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (por todas STS 515/1998, de 6 de abril, ponente Luis Román Puerta) relativa a *no considerar como domicilio a la celda de un centro penitenciario*. En este sentido, la STC 89/2006, de 27 de marzo, señala (FJ 2.º) que: «Debemos por ello comenzar afirmando la adecuación del planteamiento de la pretensión del recurrente en amparo, habida cuenta de que la celda que ocupa un



interno en un establecimiento penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren —«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 íntimas» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)— como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar «ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere» (STC 89/1987, FJ 2). El domicilio constituye un ámbito de privacidad «dentro del espacio limitado que la propia persona elige» (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio «es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro» (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un «espacio apto para desarrollar vida privada» (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término».

*Pero que la celda no sea un domicilio no significa que los registros realizados en ella no puedan afectar a la intimidad del interno; existirá tal vulneración del derecho a la intimidad si la medida no estaba justificada o se realiza de manera inadecuada.* En el caso que se analizaba se entendió que el registro estaba suficientemente justificado al centrarse en una búsqueda de drogas sobre cuya existencia existían fundadas sospechas: «En el presente caso la Administración penitenciaria justificó la medida de registro en el seguimiento que los funcio-

narios estaban realizando de uno de los ocupantes de la celda «por su relación con el tráfico de drogas» y en la «información que tenían los funcionarios de que podía haber en la celda sustancias prohibidas». Esta finalidad, que es calificable como penitenciaria y, conforme a nuestra doctrina, como suficientemente específica, no ha sido cuestionada ni en el expediente penitenciario ni en la demanda de amparo, por lo que debe rechazarse la alegación que analizamos relativa a la innecesidad del registro en sí» (FJ 4.º).

Otra cosa aconteció con la forma de practicarse el registro. Denunciaba en primer lugar el recurrente que el registro se hubiera practicado sin su presencia, sin notificación previa y sin que posteriormente se le entregara copia del acta del registro. A ello responde el Tribunal Constitucional señalando que (FJ 5.º): «Esta queja como tal resultaría impertinente si se refiriese a la ausencia de garantías procedimentales, pues ni tal derecho ha sido invocado en el procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ni resultaba razonable hacerlo a la vista de que tal registro no se enmarcaba ni dio lugar a procedimiento sancionador alguno. En cambio, la queja no carece de sentido en el marco de la invocación del derecho a la intimidad en la medida en que el modo de practicar el registro pueda haber afectado a la misma y, en concreto, en la medida en que haya supuesto un daño a la intimidad innecesario para la finalidad perseguida. Si tal fuera el caso, el registro resultaría desproporcionado, pues no superaría el juicio de necesidad, dado que para alcanzar el fin legítimo invocado (evitar el tráfico de drogas en el centro penitenciario) existiría una medida menos lesiva del derecho a la intimidad (un registro más respetuoso con la intimidad del registrado). Para el enjuiciamiento de la pretensión de amparo en este punto resulta conveniente precisar la relación entre el derecho a la intimidad y el conocimiento por su titular de que existe una injerencia en su ámbito de intimidad. La cuestión consiste así en si la intimidad limitada por un registro de pertenencias personales y de un área de intimidad resulta aún más limitada por el hecho de que el sujeto afectado desconozca el hecho mismo del registro, o su contenido, o el resultado del mismo en cuanto a la incautación de objetos personales. La respuesta ha de ser afirmativa, pues no puede negarse la existencia de conexión entre la intimidad y el conocimiento de que la misma ha sido vulnerada y en qué medida lo ha sido. Para la comprensión de tal conexión debe recordarse a su vez la íntima relación existente entre el derecho a la intimidad y la reserva de conocimiento. El derecho a la intimidad se traduce en un «un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al

abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5). Así, si la intimidad es, entre otras facetas, una reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso denominamos privado y que administra su titular, tal administración y tal reserva se devalúan si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena. Tal devaluación es correlativa a la de la libertad, a la de la «calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3), que posibilita no solo el ámbito de intimidad, sino el conocimiento cabal del mismo».

Es por ello por lo que (FJ 6.º) «Desde esta perspectiva afecta al derecho a la intimidad, no solo el registro de la celda, sino también la ausencia de información acerca de ese registro, que hace que su titular desconozca cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento. *Esta afectación adicional debe quedar también justificada* –en atención a las finalidades perseguidas por el registro o en atención a su inevitabilidad para el mismo– para no incurrir en un exceso en la restricción, en principio justificada, del derecho fundamental. En el caso objeto de nuestro enjuiciamiento *resulta obvia la justificación de la falta de comunicación previa, pues el preaviso hubiera privado de sentido a la justificada indagación a la que servía el registro. No se constatan ni se aportan, en cambio, razones convincentes para la falta de toda información simultánea o posterior acerca de la dimensión y la intensidad del registro y de los objetos incautados a partir del mismo*, a la que solo pudo acceder el recurrente tras la iniciación de un proceso judicial de queja. *En efecto, por una parte, el recurrente no estuvo presente en el registro –presencia ésta que constituye el medio más natural y adecuado para informar del mismo a quien lo sufre–, sin que a la luz del derecho constitucional en juego resulte suficiente a efectos justificativos la razón aportada para ello por el centro, consistente en que cuando se practicó el registro los*

*ocupantes de la celda estaban en un taller del establecimiento. Tampoco consta, por otra parte, que posteriormente se informara al interno de los datos esenciales del registro –lo que hubiera sido suficiente para evitar ese daño añadido a la intimidad que supone el propio desconocimiento de la injerencia en la misma– ni que concurriera algún motivo para esa falta de información. Por ello, hemos de concluir que la indebida ausencia de información sobre la práctica del registro que se deriva de la conjunción de la ausencia del recurrente en el mismo y de la falta de comunicación posterior de dicha práctica ha supuesto una limitación del derecho a la intimidad del recurrente que no es conforme a las exigencias de proporcionalidad que la Constitución impone a la limitación de los derechos fundamentales».*

Entrando ya en materia de *cacheo a la persona de los internos*, en la trascendental STC 57/1994, de 28 de febrero se aborda la colisión entre la orden de hacer flexiones en el curso de un cacheo personal y la proscripción de tratos inhumanos y degradantes, por un lado, y el cacheo con desnudo integral y el derecho a la intimidad del interno, por otro.

En cuanto al primero, se entiende que (FJ 4.º): «el Abogado del Estado ha alegado que el objetivo o finalidad de las órdenes impartidas al recurrente era la de evitar que objetos y sustancias peligrosas pudieran ser introducidas en el establecimiento penitenciario, con riesgo para la vida o la salud de los reclusos, lo que excluye, a su juicio, que pueda ser constitutiva de «trato inhumano o degradante». Aunque cabe observar que el recurrente de amparo no cuestiona esa finalidad general, sino que su queja por lesión del artículo 15 CE se basa en el contenido de la orden que le fue impartida y en las circunstancias relativas a la práctica de la medida. Lo que exige examinar ambos extremos a la luz de la doctrina antes expuesta, pues como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencia de 25 de febrero de 1982, asunto «Campbell y Cosans»). Ahora bien, *el examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso ha de conducir, necesariamente, a una conclusión negativa*. En efecto, aun siendo la queja del recurrente ciertamente escueta en cuanto a las circunstancias relativas a la práctica de la medida que se le ordenó, de ella claramente se desprende que el contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino solo que el recluso, contra su voluntad,

se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el núm. de las flexiones que aquel debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que estas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica. En suma, *no se desprende de las actuaciones que la orden impartida al hoy recurrente de amparo, ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el artículo 15 CE Lo que conduce a la desestimación por este motivo de la queja del recurrente de amparo».*

Y por lo que hace referencia a la colisión entre el cacheo con desnudo integral y el derecho a la intimidad del interno se comienza recordando (FJ 5.º) que «el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. En segundo lugar, aun tratándose ya de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto (STC 37/1987, fundamento jurídico 7.º); por lo que se concluía en esta Sentencia, respecto a los ciudadanos que gozan una situación de libertad, que «tal afectación del ámbito de intimidad es solo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 CE)». Finalmente, con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse

ilegítimas, como violación de la intimidad «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere» (STC 89/1987, fundamento jurídico 2.º)».

Dicho ello, se entiende que (FJ 6.º) «*la finalidad de las órdenes impartidas* al hoy recurrente de amparo, cabe estimar que lo pretendido por la Administración penitenciaria era velar por el orden y la seguridad del establecimiento, ya que con dicha medida se trata de evitar que, con ocasión de una comunicación íntima de un recluso con persona ajena al centro penitenciario, puedan introducirse en el mismo objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con riesgo evidente para la seguridad del centro o la salud de las personas. Y es evidente también que dicha finalidad está directamente vinculada con el deber que incumbe a la Administración de disponer y ordenar los cacheos y registros en las personas de los internos, así como los demás procedimientos y medidas que para atender a la seguridad del centro ha previsto la legislación penitenciaria. Ahora bien, admitido lo anterior, para apreciar si la actuación administrativa en el presente caso vulneró o no el derecho a la intimidad corporal del demandante de amparo *no es suficiente hacer valer un interés general*, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 CE), pues bien se comprende, como se ha dicho en la STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º, que «si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia». Por ello, no es ocioso recordar aquí que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º y 2/1982, fundamento jurídico 5.º, entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º y 13/1985, fundamento jurídico 2.º), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10.º; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º a 6.º; 120/1990, fundamento jurídico 8.º y 137/1990, fundamento jurídico 6.º). *Por lo que ha de analizarse, a la luz de esta doctrina, si una medida*

*como la impugnada en el presente caso se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquel al que se le impone.*

En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración Penitenciaria, y que esta en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el artículo 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo «respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena» (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos. De otra parte, es indudable que *una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario.* Y entre tales situaciones se halla ciertamente, aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de 15 de mayo de 1990, caso «McFeel y otros») al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

Sin embargo, el anterior supuesto pone de relieve que para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que, al adoptar tal medida, *es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte*

*de la Administración Penitenciaria, pues solo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.* Extremos que son relevantes en el presente caso pues la necesidad de la medida aquí impugnada *carece de cualquier fundamentación* tanto en los Acuerdos impugnados como en las resoluciones judiciales que los confirman. Y, de otro lado, *ha sido adoptada sin ponderar esa necesidad y el derecho fundamental del recluso que con la misma se limitaba.* En efecto, de las actuaciones se desprende que ni la situación existente en el centro penitenciario en el momento en que fue adoptada tal medida ni la conducta del interno al que se dirigía han sido acreditadas ni aún invocadas para fundamentar la medida en ninguno de los expedientes disciplinarios sancionadores, ni en las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde velar por las situaciones que puedan afectar a los derechos y libertades de los presos y condenados (SSTC 73/1983, fundamento jurídico 6.º; 74/1985, fundamento jurídico 2.º y 2/1987, fundamento jurídico 5.º). Referencia a dichas circunstancias que tampoco se contiene, por último, en las alegaciones presentadas en este proceso constitucional por el Abogado del Estado».

Es por ello por lo que (FJ 7.º) «Es evidente, pues, que la actuación administrativa que aquí se impugna no se atuvo a las exigencias expuestas en lo que respecta a la finalidad de la medida. Ahora bien, aunque no hubiera sido así, es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados (STC 120/1990, fundamento jurídico 12), pues a la hora de elegir estos es necesario emplear aquellos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (STC 137/1990, fundamento jurídico 7.º). A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada. Dicha medida entraña, como reiteradamente se ha dicho, que tras haber tenido una comunicación íntima el recluso se desnude ante un funcionario del centro penitenciario. Desnudez impuesta al destinatario de la medida que ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores es indudable que incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la *situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona,*



*pues ello quebrantaría su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad.* Sin embargo, ello no ocurre así en el presente caso, por varias razones. Cabe observar, en efecto, que si la medida implica la exposición o exhibición del cuerpo del recluso ante un funcionario del establecimiento penitenciario, de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo del recluso hubiera de llevarse a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad. De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquel se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre. De lo expuesto cabe concluir que, en el presente caso, la medida impugnada por el recurrente de amparo no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el artículo 18.1 CE en atención a los medios utilizados para su práctica.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional se preocupa en subrayar que «La apreciación precedente solo se refiere a la medida objeto de la queja formulada por el demandante de amparo y, claro es, no excluye en modo alguno que la Administración Penitenciaria, en correspondencia con su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, pueda establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos y para la seguridad y buen orden del centro. Máxime si, como se ha alegado por el Abogado del Estado, dichas comunicaciones son el cauce habitual para la introducción en el centro de estupefacientes u objetos peligrosos. Ni esa apreciación puede entrañar que las medidas de control, aun cuando restrinjan la intimidad corporal de los internos, no puedan ser constitucionalmente legítimas si están justificadas por su finalidad, se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta de los reclusos y, además, por los medios utilizados para su práctica, no se produce una afectación de los derechos fundamentales y, en particular, de los reconocidos en los artículos 15 y 18.1 CE (FJ 8.º)».

Esta doctrina constitucional referida a los cacheos con desnudo integral sería luego seguida en las SSTC 204/2000, de 24 de julio, 218/2002, de 25 de noviembre y 171/2013, de 7 de octubre, en donde se vuelve a insistir en que la medida de registro personal de los reclusos requiere una fundamentación por parte de la Administración penitenciaria asentada en razones individuales y contrastadas, pues solo tal fundamentación permitirá que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifica el sacrificio del derecho a la intimidad personal: «es indudable que una medida de registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo integral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y es claro que el respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, pues solo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la Administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental» (FJ 3.º de STC 171/2013).

La polémica cuestión relativa a *someter al interno cacheado a una exploración radiológica* como medida de seguridad tendente a detectar si oculta algún objeto prohibido en el interior de su cuerpo fue objeto de estudio en la STC 35/1996, de 11 de marzo. Se parte aquí de recordar que «constituyendo por tanto la retención y custodia de los internos una de las finalidades de la institución penitenciaria, ello se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad» (FJ 2.º), siendo así igualmente reconocido que la exploración radiológica entraña por sí misma un riesgo para la salud, por lo que se ha de analizar en el caso concreto «*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 aquélla*, tales como la utilización de aparatos idóneos, que el nivel de radiación sea adecuado y controlado, los intervalos de aplicación suficientes, etc. según las técnicas internacionalmente experimentadas y admitidas. Puesto

que, como señalábamos en la STC 57/1994, «es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados (STC 120/1990, fundamento jurídico 12), pues a la hora de elegir estos es necesario emplear aquellos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (STC 137/1990, fundamento jurídico 7.º). A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada» (FJ 3.º).

Será pues desde a citada atalaya interpretativa desde donde se podrá determinar si la práctica de una exploración radiológica es, en atención a las circunstancias del caso, respetuosa con las exigencias constitucionales de garantía de los derechos de los reclusos. Y así: «En el caso, y según los hechos que en las resoluciones judiciales se declaran probados (y que por consiguiente nosotros no podemos revisar), el dictamen facultativo no reveló que las técnicas de aplicación y la periodicidad de los exámenes hubieran superado el nivel de riesgo exigible para temer o considerar daños futuros a la salud y consiguiente vulneración del derecho a la integridad física. Y así, las circunstancias concretas por las cuales el hoy recurrente se vio sometido a las exploraciones con rayos X son explicadas razonadamente, utilizando como criterio las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud, tanto en el Auto dictado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, como en el de la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación. En ellos se especifica que la utilización aislada y esporádica, bajo control médico, de un aparato de rayos X que se encontraba en perfecto estado y cuyas radiaciones no suponen peligro alguno para la salud y que incluso en las últimas exploraciones se disminuyó el nivel de radiación (a pesar de especificarse que la radiología utilizada era de menor intensidad que los máximos permitidos por la Organización Mundial de la Salud) no supone vulneración del derecho a la integridad física. A ello se agrega que el fin perseguido era el de garantizar la seguridad del establecimiento y aunque tales razones de seguridad no puedan constituir con carácter general el único soporte de dichas exploraciones radiológicas, en el caso concurren con el *historial del interno*, quien según explica el Juez de Vigilancia Penitenciaria en el Auto de 11 de diciembre de 1991, *tiene acreditado en su expediente penitenciario intentos de agresión, destrozo de celda, intentos de fuga, y se le han ocupado en diversas ocasiones objetos prohibidos, incluso una sierra, que revelan su peligrosidad. De ahí, que aparezcan justificados aquellos fines de seguridad en relación con la práctica de las observaciones radiológicas denunciadas, adecuadas a la exigencia que se dijo en nuestra STC 57/1994 (fundamento*

jurídico 6.º) de que «lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido» (en aquel caso por el art. 18.1 CE) «es 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 recluso» (FJ 4.º).

## 8. EL TRABAJO PENITENCIARIO (ARTS. 26 A 35 LOGP)

El trabajo penitenciario es considerado un derecho y un deber por el artículo 26.1 de la Ley Penitenciario, siendo recordable que el propio artículo 25.2 de la Constitución reafirma que el condenado «en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado», habiéndose así planteado el Tribunal Constitucional el alcance que dicha declaración tiene, sentando al respecto desde muy temprana fecha (así ATC 256/1988, de 14 de marzo) que nos hallamos ante un *derecho de aplicación progresiva* que implica que no pueda ser exigido de manera absoluta sino que, derivándose del mismo el deber de la Administración de ir progresivamente implementando la oferta laboral, sí que pueda hacerse efectivo y amparable en los casos de existencia real de puestos de trabajo.

Esta doctrina esta recogida sin ambages en las SSTC 172/1989, de 19 de octubre, y 17/1993, de 18 de enero, pudiendo leerse en el FJ 2.º de esta última que: «La naturaleza y contenido del indicado derecho al trabajo penitenciario y a los beneficios de la Seguridad Social que establece el artículo 25 CE ha sido ya objeto de examen por este Tribunal, que ha afirmado que dicho reconocimiento constitucional no supone su configuración como un verdadero derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración, pero tampoco como una mera declaración dirigida a destacar la obligación positiva de la Administración Penitenciaria de procurar al interno el efectivo disfrute de ese derecho, pues también aquí hay una exigencia complementaria de la garantía fundamental de la participación en esa actividad de prestación de la Administración. En el derecho al trabajo del interno predomina así su carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de prestación, habiendo de distinguirse en él, como ha dicho la STC 172/1989, 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 estos a una actividad laboral retribuida o puesto

de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente (fundamento jurídico 2.º).

En el primero debe verse antes que nada *una obligación de la Administración Penitenciaria de cumplir la obligación prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo*, y aunque también pueda reconocerse una titularidad subjetiva del interno es esta desde luego de *eficacia limitada a las posibilidades materiales y presupuestarias del propio establecimiento, y por ello para el interno es un derecho de aplicación progresiva*, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata (SSTC 82/1986 y 2/1987). De este modo, «el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, que el artículo 25.2 de la CE reconoce a quienes se encuentran cumpliendo condena de prisión, son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos» (AATC 256/1988 y 95/1989).

Es en el segundo aspecto, *partiendo ya de la existencia de un puesto de trabajo adecuado e idóneo, cuando el derecho del interno a ocuparlo adquiere plena consistencia y eficacia, es decir, se configura como «una situación jurídica plenamente identificable con un derecho fundamental del interno*, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial del ordenamiento jurídico» (SSTC 25/1981 y 163/1986), exigible frente a la Administración Penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas (art. 26.2 e), Capítulo Segundo de la Ley General Penitenciaria, art. 182.2 d) y Capítulo Cuarto del Título III del Reglamento Penitenciario), tanto en vía jurisdiccional como, en su caso, en sede constitucional a través del recurso de amparo (STC 172/1989, fundamento jurídico 3.º). «Tales derechos alcanzan relevancia constitucional únicamente si se acredita que en el Centro Penitenciario en el que se cumpla la condena existe puesto de trabajo a cuya adjudicación se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido –el cual no podrá ser arbitrario o discriminatorio–, pese a lo cual la autoridad judicial no adopta las medidas adecuadas para compeler a la Administración a que lo satisfaga» (AATC 256/1988 y 95/1989)».

En relación a las «*prestaciones personales obligatorias*» en terminología del artículo 78 del Reglamento Penitenciario, que desarrolla lo dispuesto en el artículo 29.2 in fine de la Ley Penitenciaria («Todo interno deberá contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizados a dichos fines»), la STC 116/2002, de 20 de mayo, dispone (FJ 5.º): «Parece obvio insistir en que la prestación solicitada al recurrente de *realizar la limpieza de parte de las zonas comunes de su módulo que por turno le correspondía no puede ser considerada, a los efectos del artículo 25.2 CE, como un «trabajo forzoso»*. La negativa a su cumplimiento fue lo que fundamentó la sanción impuesta. Es cierto que el artículo 25.2 CE ordena que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados»; pero considerar que la orden de limpiar parte de las zonas comunes del módulo de prisión es un trabajo forzado, como afirma el recurrente, pugna con el más elemental sentido común, máxime cuando las únicas razones que alega el recurrente cuando así se le ordena son que «no quería realizar ningún tipo de trabajo porque no puedo obtener beneficio, no redimo», o que «yo no limpio porque no he trabajado en la vida, ni voy a trabajar», según consta en los partes disciplinarios, sin ninguna referencia a quebrantamiento alguno de su dignidad, ni a lo desmesurado de la prestación que se le impone. Tampoco, en relación con el último inciso del artículo 25.2 CE, se puede estimar la queja del actor. Sin perjuicio de que la prestación que se le exige ni siquiera constituye el trabajo al que se refiere el precepto, lo que la Ley general penitenciaria en su artículo 26 y el Reglamento penitenciario en el artículo 4.2 f) reconocen, es el derecho al trabajo, no la prohibición constitucional de exigir al interno determinadas prestaciones, ni siquiera la consideración del trabajo como un deber que figura también en el referido artículo 26 LOGP. La prestación que se le exigió al recurrente debe entenderse, no tanto como un trabajo a los efectos del artículo 26 LOGP, sino como una *prestación personal obligatoria justificable por la especial intensidad con la que opera la relación especial de sujeción del interno, de la que se deduce su deber de colaboración en las tareas comunes del centro penitenciario*. Esa relación de sujeción especial, que en todo caso debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6; 137/1990, de 19 de julio, FJ 4; 11/1991, de 17 de enero, FJ 2; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 58/1998, de 16 de marzo,

FJ 5; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3, entre otras), origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración penitenciaria y el recluso. De ese entramado destaca, a los efectos que a este amparo interesa, de un lado, la obligación esencial de la institución penitenciaria de garantizar y velar, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria, por la seguridad y el buen orden que deben regir en el centro, y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento.

En lo que aquí respecta, hay que citar el artículo 5.1 RP, según el cual «el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones». El apartado 2 b) del referido precepto ordena que «deberá acatar las normas de régimen interno y las órdenes que reciba del personal penitenciario»; el apartado f) establece que los internos deberán «realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos». Por su parte, el artículo 78 RP establece que «1. Todos los reclusos están obligados a respetar... procurando que las instalaciones se encuentren siempre limpias y haciendo buen uso de las mismas», y el apartado 2 dispone que «conforme a lo establecido en el artículo 29.2 de la LOGP, los internos vendrán obligados a realizar las prestaciones personales necesarias para el mantenimiento del buen orden, limpieza y la higiene en los establecimientos». El artículo 29.2 LOGP, por su parte, establece que «todo interno deberá contribuir al buen orden, limpieza, e higiene del establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizados a dichos fines». Ninguna de estas prescripciones puede considerarse contraria a los derechos fundamentales de los internos. A todo lo dicho debe señalarse que, si bien el artículo 4.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979, señala que «Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio», en el apartado 3 a) indica que no se considera trabajo forzado u obligatorio «todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio» (penados y detenidos preventivamente). Lo realmente relevante es que el recurrente asimila este tipo de prestaciones personales al concepto de trabajos forzados que emplea el artículo 25.2 de la Constitución, lo

cual debe ser rechazado categóricamente. Hemos dicho (ATC 608/1985, de 18 de septiembre) que el concepto de «trabajos forzados» tiene que ver con la naturaleza punitiva de estos, pues con ellos se persigue incrementar el padecimiento del reo con su dureza y, a menudo, con su inutilidad, de modo que solamente podrían integrar este concepto los que se impongan como pena asimilada a la comisión de un delito, o los que consistan en la utilización del recluso, en el interior o en el exterior del centro penitenciario, como mano de obra productiva y no remunerada al servicio del Estado. Hay que rechazar, por lo tanto, que las denominadas «prestaciones personales obligatorias», relacionadas con el buen orden en los centros penitenciarios, integren el concepto de trabajo punitivo y menos aún, el de trabajo forzado. La Ley penitenciaria, y su Reglamento, como ya expusimos, configuran el trabajo de los reclusos como un derecho y, a la vez, un deber que no puede tener carácter aflictivo, ni ser aplicado como medida de corrección, sino que está orientado precisamente a la finalidad de las penas privativas de libertad. Lo anterior se traduce en la obligación por parte de la Administración penitenciaria de, en primer lugar, encaminar el trabajo a un fin determinado –preparar al interno para la vida en libertad–; seguidamente, impone que el interno goce de la protección de la legislación vigente en materia de Seguridad Social y, en tercer lugar, no ha de estar supeditado al logro de intereses económicos por la Administración (art. 26 LOGP), sino que, por el contrario, debe ser remunerado (art. 27.2 de la misma Ley). *Nada, pues, tienen que ver este tipo de prestaciones personales obligatorias, relacionadas con la necesidad de mantener la salubridad e higiene en los centros penitenciarios, ni con el trabajo de los reclusos, ni mucho menos con los trabajos forzados, por más que aquéllas sean obligatorias».*

## 9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO (ARTS. 41 A 45 LOGP)

El régimen disciplinario es, con diferencia, el instituto del Derecho penitenciario que ha sido objeto de una mayor atención por parte de la doctrina del Tribunal Constitucional. Y es que desde la temprana STC 73/1983 hasta la última STC 161/2016, pasando por, entre otras, la señera STC 2/1987, han sido más de medio centenar de sentencias las que se han venido ocupando de perfilar el encaje constitucional de las previsiones que nuestra Ley Penitenciaria hace del régimen administrativo sancionador al que se hallan sometidos los internos en los



centros penitenciarios. Vamos a continuación a intentar exponer de manera sistemática tan importante bagaje jurisprudencial.

#### A. **Fundamento y garantías del régimen disciplinario penitenciario**

Como ya hemos tenido ocasión de señalar al estudiar la jurisprudencia referida al artículo 1 de la Ley Penitenciaria los fines que tiene legalmente atribuida la Administración penitenciaria no se circunscriben a la reeducación y reinserción social de los penados, sino que también ha de velar por garantizar la retención y custodia de los mismos, señalando en tal sentido de manera expresa la STC 57/1994, de 28 de febrero que «la retención y custodia de los internos constituye, por lo tanto, una de las finalidades de la institución penitenciaria, lo que se traduce en el *deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad*» (FJ 3.º). Pues bien, para garantizar dicha seguridad se reconoce la existencia de una facultad sancionadora por parte de la Administración dirigida a corregir aquellas conductas de los internos que puedan poner en jaque la seguridad y convivencia ordenada que ha de reinar en dichos establecimientos, potestad sancionadora que se enmarca en la conocida «relación de sujeción especial» que une al interno con la Administración penitenciaria y que hace que dicha potestad deba calificarse de disciplinaria, estos es, mucho más intensa y con particularidades propias en lo relativo al principio de legalidad, que la diferencia de la genérica potestad de sancionar que tienen las Administraciones públicas respecto de los ciudadanos en general. Así lo reconoció ya la temprana STC 74/1985, de 18 de junio, al afirmar que «Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una *relación de sujeción especial* de la cual deriva para aquella una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los artículos 104 y siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial de aquel). Que sea la Junta de Régimen y Administración el órgano competente para imponer sanciones (art. 116 reformado); y que sea el Director del centro o un miembro de la Junta en quien aquel delegue los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes (arts. 129.1 y 130.2 reformados), no tiene nada de anómalo ni de lesivo contra los derechos constitucionalizados en el artículo 24.1. En efecto, como el mismo recurrente reconoce en la demanda, la Junta no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo, y es normal y aun necesario que

cuando la Administración, en este caso la penitenciaria, actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria, sean órganos administrativos los que la ejerzan, respecto a los cuales no es exigible esa neutralidad o imparcialidad en su composición que el recurrente reclama. La Junta en efecto, «no es un órgano imparcial, ni tampoco un Tribunal», como se lee en la demanda, y, no siéndolo, no puede lesionar, a causa de su composición por funcionarios de la Administración penitenciaria, derechos del artículo 24.1 de la CE» (FJ 2.º).

## B. Infracciones disciplinarias

De la citada catalogación de relación de sujeción especial se deriva, como hemos dicho, una relajación del principio de legalidad y un mayor protagonismo del reglamento ejecutivo, algo particularmente significativo en el ámbito de la tipificación de las infracciones sancionables, ya que, como es sabido, en el régimen disciplinario penitenciario estas se encuentran recogidas no en la Ley, que se limita a establecer la existencia de una triple clasificación en muy graves, graves y leves, sino en el Reglamento penitenciario, al que la ley expresamente se remite. En este sentido ya nos decía la STC 2/1987, de 21 de enero, que: «Sin entrar aquí en el tema más general del alcance de la reserva de Ley en las sanciones administrativas, debe tenerse en cuenta que la *referencia a la legislación vigente en el artículo 25.1 de la Constitución*, tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de la determinación de contravenciones «faltas», en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. *El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, 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, y en tal medida *la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la*

*potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas ABSTRACTas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución.* Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no solo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y siguientes), se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse esta pretensión del recurrente» (FJ 2.º).

### C. Sanciones disciplinarias

Fue también la señara STC 2/1987 la que vino a abordar la constitucionalidad de la *sanción de aislamiento en celda, al no considerarse la misma un trato inhumano o degradante, ni entender que con ella se vulnera la proscripción prevista en el artículo 25.3 de la Constitución.* Y así, respecto a lo primero establece que (FJ 2.º): «No cabe duda que cierto tipo de aislamientos en celdas «negras», el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios. De ahí las restricciones que la Ley y el Reglamento Penitenciario establecen para la aceptación, residual, de este tipo de sanción. Según el artículo 42 de la Ley General Penitenciaria, en principio «no podrá exceder de catorce días» (aunque con posible incremento en la mitad de su máximo en 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. Además, solo 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». Su ejecución se somete también a condiciones muy estrictas: La celda ha de ser de análogas características a las restantes del establecimiento

normalmente en el compartimiento que habitualmente ocupe el interno; se cumplirá con informe y vigilancia médica; se suspende en caso de enfermedad; no se aplica a las madres gestantes; el recluso disfrutará de una hora de paseo en solitario; puede recibir una visita semanal; y solo se le limita la posibilidad de recibir paquetes del exterior, y de adquirir ciertos artículos del economato (arts. 43 de Ley General Penitenciaria y 112 del Reglamento General Penitenciario). Esta regulación legal restrictiva supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que están a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que solo debe ser utilizada en casos extremos, y en segundo lugar que esta sanción se reduce a una confinación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, llevar una vida regular, y que se le pueda privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio, etc.) abiertos a los demás internos. La Comisión de Estrasburgo en bastantes casos ha tenido ocasión de examinar quejas relativas a este tipo de confinamiento aislado, y su posible colisión con el artículo 3 del Convenio de Roma. De acuerdo a la Comisión el confinamiento solitario, debido a exigencias razonables, no constituye, de por sí, un tratamiento inhumano o degradante, solo 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, y si ha dicho que un confinamiento prolongado solitario es indeseable, ello ha sido en supuestos en los que la extremada duración de tal confinamiento superaba, mucho más allá, el máximo legal previsto de cuarenta y dos días en nuestra legislación penitenciaria. No es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del artículo 3 del Convenio de Roma (decisión Adm. Com. Ap. 8.395/1978, de 16 de diciembre de 1981). A la luz de esta doctrina debe ser rechazada también la alegación del recurrente. En primer lugar, la sanción de aislamiento en celda, como tal y de acuerdo con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no puede ser considerada como una pena o trato inhumano o degradante. En segundo lugar, tampoco en la aplicación concreta al recurrente ni siquiera se ha alegado el que no se hayan observado esas exigencias legales, y haya cumplido las sanciones en circunstancias y condiciones que supusieran la existencia de un trato inhumano o degradante».

Y por lo que a la segunda objeción se refiera, esto es, que la sanción de aislamiento pueda considerarse una privación de libertad impuesta por la Administración en contra de la prohibición contemplada en el artículo 25.3 de la Constitución, el FJ 3.º de la citada sentencia señala: «El artículo 25.3 de la Constitución prescribe, ciertamente, que la «Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad», pero esta prevención constitucional no puede dejar de ponerse en relación, para comprenderla rectamente, con el contenido del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 de la misma Constitución reconocido también en el artículo 5.1 del Convenio de Roma, que preservan el común *status libertatis* que corresponde, frente a los poderes públicos, a todos los ciudadanos. Tal status, sin embargo, queda modificado en el seno de una situación especial de sujeción como la presente, de tal manera que, en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que quedan sometidos los internos no queda limitado por el ámbito de un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio, según claramente se deriva, por lo demás de lo dispuesto en el apartado segundo de este citado artículo 25. *La libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena, fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental que aquí se invoca.* Así lo ha reconocido también la Comisión de Estrasburgo cuando ha afirmado 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 pueda gozar dentro de la prisión. De este modo las medidas disciplinarias aplicables contra el que está cumpliendo una Sentencia no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, porque tales medidas son tan solo modificaciones de su detención legal», por lo que tales medidas «no están cubiertas por los términos del artículo 5.1» (Dec. Adm. Com. Ap. 7754/1977, de 9 de mayo de 1977). *Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión;* como ha dicho nuestra doctrina «no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial». Tampoco pueden considerarse privación de libertad las consecuencias indirectas que las sanciones disciplinarias, del tipo que sean, puedan tener en la pérdida de beneficios de remisión de penas, pues ello no supone ninguna «privación de libertad» sobre y por encima de la originaria impuesta por el

Tribunal, y además la pérdida de remisión no viene impuesta por la Junta, sino que tiene su origen en la pérdida de uno de los requisitos legales que la normativa legal establece para poder obtener el beneficio de la remisión de pena».

#### D. El procedimiento sancionador

Pero, sin la menor de las dudas, sobre donde ha existido una mayor y profusa doctrina del Tribunal Constitucional ha sido en relación a los derechos y garantías que ha de regir en procedimiento sancionador penitenciario, debiendo partirse en tal sentido de recordar, como hace por ejemplo la STC 83/1997, de 2 de abril (FJ 2.º), que: «Ya desde su STC 18/1981 viene declarando este Tribunal que *las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 CE son aplicables no solo en el proceso penal, sino también en 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 (SSTC 2/1987, 2/1990, 145/1993, 297/1993, 97/1995, 143/1995, 195/1995, 127/1996, 128/1996, 39/1997, etc.). Y, en lo que afecta al presente recurso, ha de precisarse que este Tribunal viene destacando que, *tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena* (SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993, 97/1995, 128/1996, etc.), resultando además evidente que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones» (SSTC 2/1987, 297/1993, 97/1995, 127/1996, 128/1996 y S. T. E. D. H. Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984)».

Desde la citada atalaya, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de establecer las exigencias que, desde la óptica constitucional, son necesarias que concurran en el procedimiento sancionador penitenciario, a fin de que se entiendan respetados los derechos del artículo 24 de la Constitución española, en particular el derecho de defensa y a un procedimiento con todas las garantías (de lo referido al derecho a recibir una tutela judicial efectiva nos remitimos a lo que expondremos cuando abordemos la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria).

Respecto al *órgano sancionador* (antiguamente la Junta de Régimen y Administración, y desde 1996, la Comisión Disciplinaria), recordar que el artículo 44.1 de la Ley Penitenciaria se limita a garan-

tizar que se ha de tratar de «un órgano colegiado cuya organización y composición serán determinadas en el Reglamento». En relación a dicho órgano solo recordar que el Tribunal Constitucional (SSTC 74/1985, de 18 de junio y 2/1987, de 21 de enero, ya citadas) se ha preocupado de subrayar que al no tratarse propiamente de un tribunal de justicia no puede entenderse una tacha constitucional que sea compuesto por funcionarios de la propia Administración penitenciaria y que sea el Director del centro o un miembro de la Junta en quien aquel delegue los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes, sin que ello, lógicamente, anule las previsiones generales de abstención y recusación previstas en la legislación administrativa (arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Sobre el primario derecho integrador del derecho de defensa, esto es, aquel en virtud del cual el interno tiene *derecho a conocer los hechos que son objeto de acusación*, y que se concreta en el momento de la notificación del pliego de cargos (art. 242.1 del Reglamento penitenciario), el Tribunal Constitucional ha señalado en su STC 297/1993, de 18 de octubre (FJ 3.º) que «Es indudable que el derecho de defensa presupone el derecho a conocer los cargos antes de la imposición de la sanción. Ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas. Consecuentemente, el derecho a ser informado de la acusación se integra en el conjunto de garantías del artículo 24.2 CE aplicables, no solo al proceso penal, sino a cualquier procedimiento sancionador de los que sigue la Administración. También, desde luego, en el ámbito penitenciario, a pesar de las peculiaridades del régimen disciplinario en materia carcelaria», por lo que (FJ 4.º) «la puesta en conocimiento de la imputación en el procedimiento administrativo sancionador se realiza normalmente a través de la notificación del pliego de cargos, mediante el cual el expedientado tiene conocimiento de los hechos imputados y de la calificación jurídica que merecen para la Administración, pudiendo disponer su estrategia defensiva a partir del pliego de descargos. Desde la perspectiva constitucional resulta imprescindible que en el pliego de cargos se reflejen de forma suficientemente precisa los hechos objeto de la imputación. Por ello, no es extraño que el artículo 130 del Reglamento Penitenciario (art. 242 del Reglamento de 1996) exija que en el pliego de cargos se incluya una relación circunstanciada de los hechos objeto del procedimiento disciplinario y su respectiva calificación legal. Debe entenderse que esta relación, como consecuencia del principio de

información derivado del artículo 24.2 CE, habrá de contener todos los datos necesarios para permitir al interno obtener un exacto conocimiento de los hechos imputados y poder defenderse de los mismos. En el caso que nos ocupa, el procedimiento sancionador seguido ante la Administración Penitenciaria no respetó estas garantías, generando la indefensión del recurrente como consecuencia de una ilustración imprecisa e incompleta de los términos de la imputación. El pliego de cargos notificado al recurrente contiene una información tan genérica de la imputación que le privó de la posibilidad de disponer de una defensa efectiva. La información consistió únicamente en la mención de haber proferido unos insultos a otros compañeros de internamiento, sin especificar cualquier otra circunstancia relacionada con el lugar, día, expresiones proferidas o personas contra las que se dirigieron. Genérica información que sin duda impedía conocer la imputación y defenderse de ella eficazmente. Cabría añadir, por último, que el Acuerdo sancionador de la Administración Penitenciaria se dictó considerando como única prueba incriminatoria el parte que dio lugar a la incoación del expediente disciplinario. Por ello, de acuerdo con la doctrina establecida por este Tribunal en las SSTC 2/1987 y 192/1987 el interno debería haber tenido conocimiento del contenido de tal denuncia. En efecto, si bien como regla general no es preciso comunicar junto con el pliego de cargos el contenido de las denuncias, pues como ha señalado este Tribunal es suficiente con que los hechos imputados se reflejen en el pliego de cargos, cuando se pretende utilizar la denuncia como material probatorio de cargo, el conocimiento de la misma por el imputado constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión». Por su parte, la STC 71/2008, de 23 de junio, subrayó la importancia de la necesidad del conocimiento material del pliego de cargos, algo que se deduce del incontestable dato de la presentación de alegaciones frente al mismo, siendo por ello intrascendente que no figurase la firma del interno a su recepción y, así, afirma (FJ 2.º): «En el presente caso, como queda acreditado en las actuaciones y se ha expuesto con más detenimiento en los antecedentes, si bien en el pliego de cargos no aparece la firma de recepción del recurrente, dejando constancia el instructor de que se negaba a firmar, sin embargo, el recurrente formuló alegaciones frente a dicho pliego de cargos, pidiendo prueba, y efectuó nuevas sendas alegaciones en respuesta a la denegación de la prueba, a la puesta de manifiesto del expediente y a la propuesta de resolución, en este último caso de forma verbal ante la propia comisión disciplinaria. Estos antecedentes son suficientemente expresivos de que el recurrente, recibiera personalmente el pliego de cargos o a través de un



tercero, tuvo un puntual y efectivo conocimiento de los hechos que se le imputaban y realizó una profusa actividad de alegaciones que descarta la existencia de una indefensión material necesaria para poder apreciar la vulneración aducida».

Ahora bien, hemos de subrayar que el citado derecho a conocer de la acusación que se concreta en el conocimiento del pliego de cargo que se le notifica al interno no incluye necesariamente el conocimiento del parte del funcionario que, con valor de denuncia, da lugar a la incoación del procedimiento, señalando al respecto el FJ 2.º de la STC 192/1987, de 2 de diciembre, (siguiendo lo ya adelantado en la STC 2/1987) que «Debe rechazarse la primera de dichas violaciones, que se centra en no haberse comunicado, junto al pliego de cargos, el contenido de la denuncia formulada contra él, porque el derecho a ser informado de la acusación se cumple con el traslado del pliego de cargos a través del cual el sometido al expediente disciplinario tiene conocimiento de los hechos que se le imputan y de la calificación jurídica que estos merecen para la Administración, sin que el conocimiento de la denuncia constituya una exigencia constitucional, salvo que se pretenda utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso vendrá sometida al régimen de acceso a los medios de prueba que puedan corresponder al imputado; circunstancia esta que no es apreciable en el caso contemplado, dado que el demandante se limita a denunciar en abstracto la falta de comunicación de la denuncia, lo cual, a efectos del conocimiento de los hechos imputados, no puede estimarse que haya ocasionado indefensión».

Por tanto, como recuerda la STC 128/1996, de 9 de julio, «el conocimiento de la denuncia no constituye una exigencia constitucional «salvo que se pretenda utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso vendrá sometida al régimen de acceso a los medios de prueba que pueda corresponder al imputado» (FJ 7.º). Será, por tanto, es estos casos cuando el parte del funcionario debe, bien acompañar al pliego de cargos, bien su contenido ser transcrito en este, pues como señala la el FJ 3.º de la STC 156/2009, de 29 de junio (siguiendo a la STC 55/2006, de 27 de febrero. FJ 4.º): «se constata que el contenido de los partes que dieron lugar a la incoación de los expedientes fue incorporado en sus propios términos a los pliegos de cargos, por lo que ninguna indefensión se ha deparado al recurrente porque no se le diese copia de dichos documentos; y en cuanto al oficio del Jefe de Servicios por el que se elevan los partes de incidencias al Director del Centro penitenciario, constituye una mera diligencia de tramitación procedimental cuya falta de comunicación al recurrente carece asimismo, como es obvio, de relevancia alguna para articular la defensa

frente a los cargos imputados». Cuestión distinta es el valor probatorio de los partes de los funcionarios, sobre lo que nos remitimos a lo que más abajo diremos.

Frente a tal objeto de acusación, el interno tendrá derecho a alegar lo que a su derecho convenga y utilizar medios de prueba pertinentes para su defensa. En lo referente al primer derecho, esto es, *alegar lo que a su derecho convenga*, podemos destacar dos aspectos que han sido objeto de atención por nuestro Tribunal Constitucional.

En primer lugar, y en relación con la *lengua que puede utilizar el interno para hacer sus alegaciones*, ya en la STC 2/1987 abordó la cuestión del uso del vascuence, destacando al respecto (FJ 6.º): «Se denuncia también indefensión, alegándose los artículos 24.2 y 3.2 de la Constitución, en relación con los artículos 6.1 y 3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y el artículo 231.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, esta alegación carece de consistencia dado que la indefensión que se denuncia se produjo por negarse a expresarse salvo en euskera. Aun si se admitiesen las reservas del recurrente respecto a la peculiar fórmula que propuso la Junta de grabar sus declaraciones en euskera, la actitud de la Junta como tal solo sería reprobable constitucionalmente a la luz del artículo 24, si la misma hubiera en concreto impedido el ejercicio del derecho de defensa del recurrente. Es cierto que la Constitución reconoce el derecho al uso del euskera, derecho reconocido también en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, al que se remite la Constitución, y en la Ley de normalización del euskera, pero, como ha declarado nuestra Sentencia 82/1986, de 26 junio de 1986, se trata de un derecho de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata. No se da además el presupuesto que el artículo 6.3 del Convenio de Roma establece para reconocer el derecho «a ser asistido gratuitamente de un intérprete», el no comprender o hablar la lengua empleada en la Audiencia, el castellano, que ha de presumirse en todo ciudadano español, pero cuyo conocimiento consta además, como se deduce de los bien argumentados escritos personales del recurrente. De todo lo anterior se infiere que su falta de declaración oral ante la Junta, por no querer expresarse en castellano, no puede ser alegada aquí como indefensión ocasionada por el Organismo penitenciario».

Por tanto, lo trascendental a nivel de posible vulneración constitucional del derecho de defensa es el conocimiento del español y, consecuentemente, la posibilidad de conocer y alegar en dicho idioma, siendo que en otro caso, el propio ordenamiento penitenciario

(art. 242.2 apartado j, del Reglamento Penitenciario) concede al interno «la posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano». En tal sentido recordar que la STC 27/2001, de 29 de enero, (FJ 13) afirma que «Tampoco puede otorgarse el amparo por la última de las vulneraciones alegadas por el recurrente. Considera aquel que el impedimento por parte de la Administración penitenciaria de utilizar la lengua propia del recurrente, ha lesionado también su derecho a la defensa. Sin embargo, tal impedimento anudado al derecho a la defensa en el expediente penitenciario solo sería reprochable constitucionalmente a la luz del artículo 24 CE si hubiera ocasionado una merma en el ejercicio del derecho de defensa, es decir, si hubiera privado al demandante —o le hubiera dificultado de modo extraordinario— la posibilidad de articular una defensa adecuada en el expediente sancionador [SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 4, y 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3 b)]. La lectura de los numerosos escritos del demandante, tanto en la vía administrativa, como en la judicial e, incluso, en la iniciación de este recurso de amparo, revelan que el recurrente ha ejercitado su defensa con escritos correctamente articulados, proponiendo los medios de prueba que consideró oportunos, e invocando con precisión los derechos fundamentales que consideraba vulnerados, por lo que, desde la perspectiva del derecho de defensa, ninguna indefensión ha podido producirse al no comunicar en euskera con otra persona».

Un segundo aspecto para hacer efectiva la alegación defensiva se refiere al *derecho que el interno tiene a ser asesorado* por «letrado, funcionario o cualquier otra persona» en los términos reconocidos en el artículo 242.2 apartado i del Reglamento penitenciario, esto es, «durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos». Desde una perspectiva general, la STC 104/2003, de 2 de junio, señala (FJ 5.º) realiza un resumen de la doctrina jurisprudencial al respecto, señalando: «El análisis de la queja ha de empezar por recordar sintéticamente nuestra doctrina jurisprudencial acerca del derecho a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios (SSTC 74/1985, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 190/1987, de 1 de diciembre; 161/1993, de 17 de mayo; 229/1993, de 12 de julio; 143/1995, de 3 de octubre; 181/1999, de 11 de octubre; 27/2001, de 29 de enero; 104/2002, de 6 de mayo, y 236/2002, de 9 de diciembre), que puede resumirse en los siguientes pronunciamientos:

a) Pese a que el derecho «a la asistencia de Letrado» debe referirse primordialmente a los procesos judiciales, y específicamente al proceso penal, la Administración penitenciaria ha de permitir a los

internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición (STC 74/1985, de 18 de junio).

b) No se trata de un derecho pleno a la asistencia de Letrado que se extienda a su comparecencia personal junto al interno ante los órganos disciplinarios, ni incluye la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, pues tal derecho solo existe claramente en los procesos judiciales y únicamente cuando los intereses de la justicia así lo requieran (SSTC 2/1987, de 21 de enero y 190/1987, de 1 de diciembre). De esta manera, puesto que lo que la Constitución garantiza en este ámbito es la posibilidad de contar con un asesoramiento jurídico suficiente, es su obstaculización o impedimento injustificado por parte de la Administración lo que constituye la lesión del derecho de defensa.

c) Cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el artículo 242.2, letra i), del Reglamento penitenciario vigente (STC 236/2002, de 9 de diciembre), que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del centro penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (STC 27/2001, de 29 de enero).

d) Al reconocer expresamente la legislación penitenciaria la posibilidad de que los internos soliciten asesoramiento durante la tramitación de los expedientes disciplinarios [art. 242.2, i) RP], la pasividad o el silencio de la Administración ante una solicitud de este tipo realizada en tiempo y forma ante el órgano competente puede significar la lesión del artículo 24.2 CE si supone la privación definitiva de la oportunidad de recibir una asistencia necesaria y eficaz para la preparación de su defensa (SSTC 143/1995, de 3 de octubre; 128/1996, de 9 de julio; 83/1997, de 22 de abril; 181/1999, de 11 de octubre, y 236/2002, de 9 de diciembre), es decir, solo podrá apreciarse vulneración del derecho de defensa si la que efectiva y concretamente se ha ejercitado en el proceso se manifiesta incapaz de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el mismo, lo cual será determinable, en cada caso concreto (STC 233/1998, de 1 de diciembre), atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate

procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa».

No obstante ello, también el Tribunal Constitucional se ha preocupado de establecer los *límites de este derecho*, y así, nos recuerda la STC 42/2008, de 10 de marzo, y estudiando la falta de designación de Letrado del turno de oficio durante la tramitación del expediente disciplinario penitenciario, señala (FJ 4.º): «Su examen requiere traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario, según la cual este derecho es trasladable a dicho procedimiento con ciertas condiciones (STC 316/2006, de 15 de noviembre), pues no se trata de un derecho a la asistencia letrada, entendida como un derecho pleno a la asistencia de Letrado, incluyendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, ya que tal derecho, como resulta del artículo 6.3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), solo existe en los procesos judiciales y además no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 128/1996, de 9 de julio, FJ 6; 229/1993, de 12 de julio, FJ 2; 39/1997, de 27 de febrero FJ 3; 83/1997, de 22 de abril, FJ 3; 104/2003, de 2 de junio, FJ 5). En este sentido, este Tribunal tiene declarado que cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el artículo 242.2 i) del Reglamento penitenciario vigente, de conformidad con el cual el interno puede asesorarse por Letrado, funcionario o cualquier otra persona que designe durante la tramitación del expediente, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (SSTC 104/2003, de 2 de junio, FJ 5; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 3). Así pues, el derecho a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario penitenciario tiene sus peculiaridades y limitaciones. Aunque comprende el derecho del interno a asesorarse por Letrado de su elección, pese a que no sea preceptiva su intervención, sin embargo, tanto en la fase administrativa como en la fase del posterior recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no forma parte de su contenido el derecho a la designación de letrado del turno de oficio (STC 9/1997, de 14 de enero, FJ 3; AATC 145/1999, de 7 de junio; 92/2003, de 24 de marzo)».

Pero, como hemos visto, las previsiones de asesoramiento al interno en el expediente disciplinario sobrepasan con creces las referidas a la asistencia por parte de Letrado. Así, en primer lugar, existe la mención expresa a la posibilidad de ser *asesorado por* «un funcionario». En este sentido, ya la STC 161/1993, de 17 de mayo, ya nos recordaba (FJ 4.º) que: «La posibilidad del interno de asesorarse durante la tramitación del expediente disciplinario aparece recogida en el artículo 131.1 e) del RP Aunque el citado precepto no establece de modo expreso cómo ha de hacerse efectivo tal asesoramiento, aquella posibilidad comprende, como es obvio, y así lo tiene declarado este Tribunal, la asistencia del Abogado del interno, bien para contestar al pliego de cargos, bien con carácter previo a la comparecencia de este ante la Junta de Régimen y Administración (SSTC 74/1985, fundamento jurídico 4.º; 21/1987, fundamento jurídico 6.º; 190/1987, fundamento jurídico 3.º; 192/1987, fundamento jurídico 2.º), e incluso cabe admitir, dada la redacción abierta del citado precepto reglamentario y las previsiones de la legislación penitenciaria, que dicho asesoramiento pudiera ser prestado por otras personas o, en particular, por funcionarios del propio Centro Penitenciario. Así, el artículo 281.5 del RP establece que corresponde al *jurista criminólogo* informar a los internos, a los efectos previstos en el artículo 130.1 del RP, siempre que sea requerido para ello por el interno y no ostente vocalía en la Junta de Régimen y Administración. Sin necesidad de entrar a analizar los distintos supuestos en los que pudiera concretarse la posibilidad de asesoramiento que configura el artículo 130.1 RP, es de destacar, a los efectos que a este amparo interesa, la especial relevancia que dicha posibilidad de asesorarse implica como garantía para que el interno pueda preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que se le imputan, siendo, por otra parte, de preceptiva observancia en la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves, a tenor del artículo 116.2 del RP, el procedimiento sancionador regulado en los artículos 129 y ss. del RP, entre cuyos actos procedimentales básicos se prevé la mencionada posibilidad de asesoramiento». En el mismo sentido, la STC 143/1995, de 10 de noviembre, volvería a hacer hincapié en esta posibilidad, cuya omisión en el caso analizado propició que se otorgara el amparo al recurrente, señalando en tal sentido el FJ 4.º de la misma: «Ya en este punto será de destacar que el derecho a la defensa en el ámbito del procedimiento penitenciario sancionador, constitucionalmente protegido como antes se ha indicado, puede ejercitarse no solo mediante la asistencia del Abogado del interno (SSTC 74/1985, 21/1987, 190/1987, 192/1987, etc.) sino también,

dada la abierta redacción del artículo 130.1e) RP, con el auxilio de funcionarios del propio Centro Penitenciario (STC 161/1993) y muy especialmente del jurista-criminólogo: a él se atribuye el cometido de informar con carácter general a los internos y además y muy especialmente el asesoramiento durante la tramitación del expediente disciplinario [art. 130.1e), en relación con el art. 281.5, ambos del RP]. En el caso que ahora se examina, la petición relativa al asesoramiento del criminólogo se formuló cuando todavía podía tener utilidad práctica para la preparación del trámite de alegaciones verbales ante la Junta de Régimen y Administración, de suerte que la falta de respuesta de la Administración antes de que se produjera la decisión sancionadora y su denegación posterior a esta, privaron al ahora demandante de la oportunidad de recibir una asistencia de experto prevista legalmente y de tanta transcendencia (STC 161/1993), en la situación del interno, para la adecuada preparación de su defensa. Es claro pues que con ello la Administración Penitenciaria vulneró el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa (art. 24.2 CE), sin que, por otra parte, esta vulneración, oportunamente denunciada, fuera reparada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que desconoció así la relevante función que le corresponde a la hora de garantizar los derechos fundamentales de los internos (SSTC 73/1983, 2/1987, 97/1995, etc.)). Y en la misma línea, también se otorgaría el amparo en la STC 181/1999, de 11 de octubre, al entenderse vulnerado por la Administración Penitenciaria el derecho a la asistencia jurídica en la tramitación del expediente, por cuanto no obtuvo respuesta alguna a pesar de haber sido expresamente pedido en el pliego de descargos, pues (FJ 4.º) «Como ya se dijo en otras ocasiones, el derecho a la defensa en el ámbito del procedimiento penitenciario sancionador puede ejercitarse no solo mediante la asistencia del Abogado del interno (SSTC 74/1985, 21/1987, 190/1987, 192/1987) sino también con el auxilio de funcionarios del propio Centro Penitenciario y, muy especialmente, del Jurista Criminólogo. A él se atribuye el cometido de informar, con carácter general, a los internos y, además y muy especialmente, el asesoramiento durante la tramitación del expediente disciplinario [art. 130.1, en relación con el art. 281.5, ambos del Reglamento Penitenciario de 1981] (STC 143/1995). Este último precepto del Reglamento, vigente en el momento en que tuvo lugar la notificación del pliego de cargos al hoy demandante de amparo (26 de marzo de 1996) preveía, entre otros cometidos del Jurista Criminólogo, informar a los internos a los efectos previstos en el artículo 130.1 del propio Reglamento, siempre que fuere requerido para ello por el interno y no ostentare vocalía en la Junta de Régimen y Administración. En tal sentido

ya hemos afirmado «la especial relevancia que dicha posibilidad de asesorarse implica como garantía para que el interno pueda preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que se le imputan, siendo por otra parte de preceptiva observancia en la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves a tenor del artículo 116.2 RP, el procedimiento sancionador regulado en los artículos 129 y ss. RP, entre cuyos actos procedimentales básicos se prevé la mencionada posibilidad de asesoramiento» (STC 161/1993, fundamento jurídico 4.º). Resulta, pues, que la Administración Penitenciaria, al no dar respuesta alguna a la solicitud de asesoramiento del interno, efectuada en el momento en el que aquel consideraba que era necesaria para realizar las alegaciones verbales ante la Junta de Régimen y Administración, vulneró el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa (art. 24.2 CE), pues se le privó de hecho de tal asistencia de experto prevista reglamentariamente y de tanta trascendencia (SSTC 161/1993 y 143/1995)».

Pero decíamos que el derecho del interno a ser asesorado en el expediente disciplinario también abarca el serlo «por cualquier persona», por tanto, distinta a Letrado o funcionario, y que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de abordar en relación a los *supuestos en los que el interno solicitaba ser asesorado por otro interno*. Así en la STC 71/2008, de 23 de junio (doctrina anticipada en la STC 27/2001, de 29 de enero y reiterada en un caso similar en la STC 10/2009, de 12 de enero) admitió que este derecho pudiera ser condicionado por la Administración a que fuera un asesoramiento por escrito, sin permitir por tanto la entrevista personal con otro recluso que se hallaba en otro módulo de la prisión, afirmando al respecto (FJ 3.º): «Este Tribunal ha destacado la relevancia constitucional que tiene la posibilidad de que el interno se asesore legalmente como garantía para preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que le imputan. Del mismo modo, se ha puesto de manifiesto que la previsión legal de que el asesoramiento se lleve a cabo por cualquier persona que designe el interno debe entenderse en el sentido de que la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario, lo que determina que, salvo que las decisiones de la Administración impliquen una privación real al interno de la posibilidad de articular su defensa, el establecer condicionamientos a la forma en que ha de procurarse el asesoramiento no puede causar la vulneración del artículo 24.1 CE, y menos aún si de las opciones que



el ordenamiento ofrece al interno para recibir asesoramiento, este opta por aquellas que impiden cumplir los fines de la pena privativa de libertad o las normas de seguridad del centro. Esta última consideración está en relación con la exigencia, también reiterada por este Tribunal, de que para apreciar una indefensión vulneradora del artículo 24.1 CE resulta necesario que la situación en que esta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (por todas, STC 55/2006, de 27 de febrero, FJ 3). En atención a lo expuesto, debe desestimarse este motivo de amparo. En primer lugar, como queda acreditado en las actuaciones y se ha expuesto con más detenimiento en los antecedentes, se constata que, frente a lo alegado por el recurrente, lo denegado no fue en sí mismo el hecho del asesoramiento, sino la forma concreta en que propuso su realización el recurrente –entrevista personal. Ello implica que no se puede afirmar que la Administración penitenciaria haya privado al recurrente de la posibilidad de hacer efectivo su derecho pues, en última instancia, la decisión administrativa no imposibilitaba que ese asesoramiento hubiera pudiera efectuarse de cualquier otra forma que no resultara contrario a las razones de seguridad y buen orden, como es el asesoramiento por escrito que expresamente posibilitó el instructor. En segundo lugar, tampoco resulta posible apreciar defectos constitucionales de motivación en esta decisión, ya que se fundamentó en que no están autorizadas las comunicaciones intermodulares entre internos que no fueran familiares directos, lo que implica identificar la existencia de un fin constitucionalmente legítimo que la justifica, como son las razones de seguridad y buen orden. En tercer lugar, tampoco el hecho de que finalmente el recurrente no pudiera contar con algún tipo de asesoramiento, que es en lo que se concretaría la indefensión material, puede ser imputado a la Administración, toda vez que, ante la negativa del instructor a acceder a realizar el asesoramiento de la manera solicitada, el recurrente no propuso ninguna otra fórmula alternativa bien en cuanto a la forma de verificarlo bien eligiendo un asesor en quien no concurrieran esas específicas circunstancias».

Y cuanto al derecho material de defensa, esto es, el *derecho del interno a utilizar todos los medios probatorios reconocidos por el Ordenamiento jurídico para su defensa*, recordar que, como dice la STC 9/2003, de 20 de enero (FJ 3.º) «no puede desconocerse la relevancia constitucional del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa en el procedimiento disciplinario

penitenciario, lo que se deduce también a *contrario sensu* del artículo 25.2 CE que garantiza al condenado a pena de prisión el goce de los derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En este sentido, la normativa penitenciaria no solo no limita aquel derecho, sino que incluso lo refuerza y lo reconoce, tanto a través de la intervención posterior del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que puede decidir la práctica de las pruebas que hubieran sido denegadas durante la tramitación del expediente disciplinario, cuanto exigiendo dentro de dicho expediente la motivación de la denegación por no pertinencia o relevancia de las pruebas propuestas (...). Insistiendo en el mentado derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que se recoge en el artículo 24.2 CE, se indica que es reiterada doctrina constitucional que tal derecho, soporte esencial del derecho de defensa, exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, resultando vulnerado el mencionado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de motivación o la motivación que se ofrezca sea manifiestamente arbitraria o irrazonable. De todos modos, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conlleva una lesión del citado derecho fundamental: tal lesión se produce cuando la irregularidad u omisión procesal en materia de prueba haya causado indefensión, en sentido real y efectivo, al recurrente en amparo. En consecuencia, la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE cubre únicamente aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa y, por ende, constitucionalmente trascendente (resaltando este dato STC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 7.º). Tal situación de indefensión debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda. Como dice la expresada STC 157/2000, FJ 3, con cita, entre otras, de las SSTC 170/1998, de 21 de julio, FJ 2, 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5, y 183/1999, de 11 de octubre, FJ 4, «esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que solo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa».

Así, de manera sintética podemos señalar, como afirma la STC 52/2004, de 13 de abril, en su FJ 3.º, que: «Concretando el alcance de la anterior doctrina recordábamos en la STC 128/2003, de 30 de junio (FJ 4), que entre las garantías indudablemente aplicables ex artículo 24.2 CE a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario se encuentra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (por todas, SSTC 27/2001, de 29 de enero, FJ 8; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 3). El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es inseparable del derecho de defensa y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; y 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7). Igualmente se recordaba en la STC 104/2003, de 2 de junio (FJ 2), con cita de las SSTC 30/1986, de 20 de febrero; 147/1987, de 25 de septiembre; 97/1995, de 20 de junio; 17/1996, de 7 de febrero, o 181/1999, de 11 de octubre, que para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho al uso de los medios de prueba es preciso: a) que el recurrente haya solicitado su práctica en la forma y momento legalmente establecidos, pues, al tratarse de un derecho de configuración legal, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es condición inexcusable para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos; b) que la prueba propuesta sea objetivamente idónea para la acreditación de hechos relevantes y c) que la misma sea decisiva en términos de defensa, es decir que tenga relevancia o virtualidad exculpatoria, lo que ha de ser justificado por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda».

Por su parte, y en cuanto a la posible defensa verbal del interno permitida en el artículo 44.2 de la Ley Penitenciaria solo recordar que la STC 229/1993, de 12 de julio (en la línea de lo adelantado por STC 199/1992, de 19 de noviembre, FFJJ 2.º y 3.º), ya dispuso que (FJ 5.º) en efecto, «la Ley General Penitenciaria dispone que el órgano sancionador debe ser colegiado; y que el interno tiene derecho a presentar su defensa, verbal o escrita. Del tenor de su artículo 44, sin embargo, no se desprende que la presentación oral de su descargo deba ser efectuada directa y personalmente ante el colegio sancionador. A su vez, los artículos 130.2 y 129.1 del Reglamento (aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 8 mayo, luego reformado) permiten

entender que la defensa puede ser realizada ante el funcionario designado para instruir el expediente, pero también permiten la interpretación contraria. Esta última interpretación se impone finalmente por imperativo del artículo 130.1 RP, cuya letra d) ordena de modo terminante que el interno pueda alegar y proponer las pruebas que estime convenientes para su defensa «verbalmente ante la Junta de Régimen si así lo solicita», posibilidad esta que el Reglamento Penitenciario de 1996 ha dejado circunscrita a hacer alegaciones verbales ante la Comisión disciplinaria antes de que esta dicte resolución (art. 246.1), siendo, por tanto, que la proposición de pruebas solo podrá hacerse, verbalmente o por escrito, ante el instructor, y habiendo destacado de manera expresa la jurisprudencia constitucional que no se produce indefensión alguna si se obvia tal trámite de audiencia ante el órgano sancionador si el interno realizó alegaciones escritas, señalando en tal sentido la STC 104/2003, de 2 de junio, que (FJ 4.º) «el análisis de las actuaciones corrobora la premisa fáctica de su queja: conocida la propuesta de resolución del Instructor, el interno solicitó alegar verbalmente ante la Comisión Disciplinaria, tal y como permite el artículo 244.4 RP, pese a lo cual la Comisión se pronunció sobre la propuesta sin citarle previamente a su presencia. La irregularidad procesal resulta evidente. Sin embargo, al valorar su trascendencia en términos de indefensión constitucionalmente relevante, debe añadirse que fue el propio interno quien pudo provocar esta actuación cuando, tras la puesta de manifiesto del expediente sancionador, decidió remitir a la Comisión Disciplinaria alegaciones escritas en sobre cerrado, pues erróneamente la Comisión pudo entender cumplido el trámite de alegaciones con tal heterodoxa actuación. Además, la lectura de tales alegaciones, al margen de la extemporánea proposición de prueba que contenían, permite apreciar que a través de ellas hizo valer con amplitud sus pretensiones cuestionando el relato fáctico del pliego de cargos y ofreciendo una versión alternativa de lo sucedido, lo que, en su opinión, justificaba su conducta. Por tanto, la Comisión Disciplinaria contó con sus alegaciones sobre los hechos y pudo valorarlas. A ello hay que añadir una segunda oportunidad de defensa, pues, tal y como se puso de relieve en el supuesto analizado en la STC 229/1993, de 12 de julio, dichas alegaciones escritas se adjuntaron al recurso de alzada presentado ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. De este modo el titular del Juzgado tuvo también en su mano las alegaciones redactadas directamente por el sancionado, sin interferencia alguna, cuando aquel enjuició la validez de la sanción impuesta por la autoridad penitenciaria y rechazó en términos no arbitrarios el recurso interpuesto. De todo ello hay que concluir que el desconocimiento del derecho a

ser oído personalmente por la Comisión Disciplinaria, que el Reglamento penitenciario otorga al recluso, no llegó a producir la vulneración de su derecho constitucional a la defensa».

En relación al *valor probatorio de las pruebas practicadas* hemos de comenzar recordando las palabras de la STC 230/2012, de 10 de diciembre (siguiendo en ello a las SSTC 175/2000, de 26 de junio, y 107/2012, de 21 de mayo) cuando afirma (FJ 3.º) que «entre las garantías aplicables ex artículo 24.2 CE a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario, se encuentra la prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental, circunstancia que constituye, en primer término, una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque implica una ignorancia de las reglas propias de un proceso justo, y conlleva asimismo la vulneración del derecho a la presunción de inocencia si la sanción se sustenta exclusivamente en dicha prueba».

Y siendo que las manifestaciones de los funcionarios son una de las principales pruebas de cargo que comúnmente tienen lugar en el procedimiento disciplinario penitenciario, la importante STC 161/2016, de 3 de octubre, aborda el valor probatorio de las mismas, señalando al respecto (FJ 3.º) «El derecho a la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de infracción y de la participación del sujeto en ellos recae sobre la Administración, no pudiendo 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 absoluta de utilizar pruebas obtenidas mediante vulneración de derechos fundamentales. En buena lógica, este Tribunal solo podrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando se haya impuesto la sanción sin pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos competentes hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o sin observar las preceptivas garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (específicamente respecto al ámbito disciplinario penitenciario, SSTC 346/2006, FJ 5, y 66/2007, FJ 6). De entre esos contenidos del derecho fundamental interesa destacar ahora la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que pueda exigírsele a este una *probatio diabolica* de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4). En este marco, hemos manifestado en distintas ocasiones

que el parte emitido por los funcionarios de prisiones puede ser suficiente para que la Administración penitenciaria primero y el órgano judicial después puedan tener por desvirtuada la presunción de inocencia del sancionado, sin vincular esa eficacia a un reconocimiento específico en la normativa penitenciaria o a la previsión general del artículo 137.3 LPC (ya en la STC 192/1987, de 2 de diciembre, FJ 2.e; también en SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 3; 297/1993, de 18 de octubre, FJ 4, y 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6). Ello entronca con el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de que la aplicación matizada de las garantías procedimentales del artículo 24.2 CE al ámbito administrativo sancionador se proyecta en el derecho a la presunción de inocencia aquí invocado, donde los principios de publicidad, oralidad e intermediación vinculados a la validez de la prueba se relativizan, admitiéndose «la validez como prueba de cargo de los partes de inspección (STC 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4) o de los informes obrantes en autos (SSTC 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11), con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8)» (SSTC 2/2003, de 16 de febrero, FJ 10, y 242/2005, de 10 de octubre, FJ 5). En otras palabras, las exigencias constitucionales vinculadas a la presunción de inocencia no excluyen el valor probatorio de las actas, boletines, partes o informes donde los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones. Al respecto, sin embargo, se precisa de forma reiterada en nuestra jurisprudencia desde la inaugural STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b), que *si bien las constataciones documentales por funcionarios tienen un valor probatorio que va más allá de la denuncia, está excluida absolutamente su eficacia como una presunción iuris et de iure de veracidad o certeza del contenido de los documentos*. Se parte, por el contrario, de que el acta constituye un primer medio de prueba –que aporta la Administración– sobre los hechos que consten en ella, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8; 14/1997, de 28 de enero, FJ 7; 169/1998, de 21 de julio, FJ 2, y 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6). Esa doctrina se ha proyectado no solo a las actas o diligencias de inspección stricto sensu contempladas en una normativa sectorial específica de las que se ocupaba la STC 76/1990, sino, en general, «a las actuaciones administrativas, formalizadas en el oportuno expediente» (STC 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 4), incluidas las «declaraciones suscritas por los agentes de la autoridad» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11). Incluso cuando se ha anclado normativamente al artículo 137.3 LPC aquí dis-

cutido, como ocurrió en el análisis de la eficacia probatoria de los boletines de denuncia de los agentes de la policía local (STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6), se ha destacado que el valor probatorio que ese precepto atribuye a esos documentos sigue las pautas señaladas en la STC 76/1990. Su valor estriba en ser una forma de iniciación del procedimiento y en aportar una prueba de cargo, que debe ser objeto de valoración junto con el resto de pruebas practicadas en el mismo plano y conforme a los mismos criterios de racionalidad, pudiendo ser prueba de cargo suficiente en vía administrativa, pero también en vía contencioso-administrativa sin necesidad de reiterarse, colocando al administrado en la tesitura de tener que abandonar su pasividad para evitar su sanción, que es lo que le permite la presunción de inocencia en tanto no exista esa prueba de cargo. En síntesis, a la luz de esta jurisprudencia constitucional, parece incontrovertido que los partes y boletines no son meras denuncias en el ámbito administrativo y contencioso administrativo, sino medios probatorios admisibles que pueden ser suficientes, en atención a las circunstancias del caso, para enervar la presunción de inocencia. Pero ese reconocimiento de relevancia probatoria a lo aseptado, en debida forma, por los funcionarios sería inconstitucional, por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, *si llega al extremo de otorgarle «una fuerza de convicción privilegiada que llegara a prevalecer, sin más, frente a lo alegado por el expedientado o frente a cualesquiera otros medios de prueba o que se impusiera –incluso al margen de toda contraria alegación o probanza– sobre la apreciación racional que acerca de los hechos y de la culpabilidad del expedientado se hubiera formado la autoridad llamada a resolver el expediente»* (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11; citándola, STC 243/2007, de 10 de diciembre, FJ 4). En línea con tales parámetros, la aceptación del parte informativo penitenciario como medio de prueba que puede ser suficiente está sujeta a la premisa de su juego en un contexto contradictorio donde opera la libre valoración de la prueba, sin que ostente un valor prevalente o, mucho menos, se presuma su suficiencia, que dependerá de las circunstancias (STC 66/2007 siguiendo a la STC 192/1987; también al respecto, SSTC 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 6, y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 5).

Así dice la citada STC 161/2016 en su FJ 4.º que «En lo que atañe al parte informativo en el ámbito penitenciario, el respeto a la garantía de contradicción impone, en primer lugar, que el interno debe poder tener acceso al contenido de la denuncia cuando va a ser utilizado como material probatorio de cargo, por lo que se le debe dar traslado del contenido del parte junto con el pliego de cargos (SSTC 2/1987,

de 21 de enero, FJ 6, y 156/2009, de 29 de junio, FJ 4). Desde la perspectiva del derecho de defensa, este Tribunal ha especificado que «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 (SSTC 297/1993, de 18 de octubre, FJ 4; y 55/2006, de 27 de febrero, FJ 4)» (STC 156/2009, de 29 de junio, FJ 3). En buena lógica, hemos concluido que este requisito viene colmado cuando la denuncia del funcionario viene transcrita en el pliego de cargos o, en general, el conocimiento del pliego por el interno aporta el conocimiento de los hechos objeto de la acusación, su calificación y la sanción propuesta, así como el de las pruebas en que se sustenta esa acusación, pues no existirá indefensión (SSTC 116/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 66/2007, de 27 de marzo, FJ 5, y 77/2008, de 7 de julio, FJ 2). Por el contrario, la falta de traslado del parte informativo, como expresión del derecho a acceder al material probatorio –y, con ello, de poder combatir su validez o suficiencia como prueba–, adquirirá relevancia constitucional cuando se cuestione el parte o la correspondencia entre su contenido y el del pliego de cargos, pues conlleva una situación de bloqueo en el acceso a una información precisa para garantizar el derecho de defensa, lo que repercutirá en la calidad del parte como prueba válida.

En segundo lugar, la posibilidad de contar con una prueba de cargo válida depende de que los hechos imputados con fundamento en el parte del funcionario puedan ser desvirtuados mediante prueba pertinente y relevante de descargo, para evitar partir «del erróneo principio de que el cargo determinado por el funcionario tiene una presunción iuris et de iure, y que al fin y a la postre no admite prueba en contrario» (SSTC 9/2003, de 20 de enero, FJ 4; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 6, y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 5). Aunque desde el derecho a la prueba, en estas resoluciones hemos indicado que, si se rechaza de forma irrazonable o arbitraria una prueba idónea dirigida a atacar el parte, se termina por hacer inútil el expediente sancionador, que queda prefigurado por el pliego de cargos, cuyo contenido viene fijado por el parte de forma irrefutable. Ya en el marco de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, la STC 66/2007, de 27 de marzo, FJ 6, excluyó que la suficiencia del parte de incidencias para enervar la presunción de inocencia pudiera equipararse a la concesión de un valor probatorio irrefutable al testimonio del funcionario, poniendo el acento en que, en el caso analizado entonces, esa prueba de cargo no



fue desvirtuada por el interno mediante prueba en contrario y en que las pruebas propuestas fueron denegadas motivada y razonablemente por el instructor del expediente.

*En suma, solo la efectiva posibilidad de contradicción, fruto de una posición informada de los hechos y su prueba y la oportunidad de acreditar una versión exculpatoria por medios idóneos y relevantes, incluida la intervención del autor del parte, ataja el riesgo de convertir el valor probatorio de las declaraciones del funcionario en una presunción inatacable de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia.* En la medida en que la prueba contraria practicada no haya resultado idónea para desvirtuar la versión del parte de incidencias del funcionario, o, proponiéndose diligencias de descargo, no se acordaran razonablemente y de forma motivada, o, en fin, ni siquiera se intentara una actividad probatoria defensiva por el expedientado frente a la aportación probatoria incriminadora que encarna el parte, este podrá alcanzar el estatus de prueba de cargo válida y suficiente a efectos sancionadores.

Por último, también en relación con el parte de incidencias penitenciario deben concurrir las condiciones objetivas, subjetivas y formales que sirven a la exigencia de inmediación y avalan la fiabilidad que fundamenta la admisión de valor probatorio de las denuncias y testimonios documentados de los funcionarios. Esto es, el valor del parte se extiende a los hechos presenciados por los funcionarios de prisiones (SSTC 192/1987, FJ 2; y 346/2006, de 11 de diciembre, FJ 5), de quienes es predicable imparcialidad en tanto que funcionarios públicos stricto sensu (art. 80 de la Ley Orgánica general penitenciaria) con especialización en labores de custodia, vigilancia y mantenimiento del orden interno [art. 64 del Reglamento penitenciario (RP)] y con competencia normativamente atribuida para emitir partes (art. 71.2 RP) cuando detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciario de una posible perturbación de la vida normal del Centro, que se plasmen en diligencias documentales con los requisitos mínimos de identificación del emisor firmante (STC 97/1995, de 20 de junio, FJ 4), lugar y fecha.

*En síntesis, la idoneidad del parte como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia depende de su validez, esto es, de que reúna los elementos subjetivos, objetivos y formales de credibilidad, haya accedido de forma constitucionalmente admisible al procedimiento sancionador y juegue en un debate que haya dado oportunidad de contradicción».*

Así pues, en el caso analizado en esta sentencia 161/2016 se achaca que el parte del funcionario fuera un *parte de referencia* y que

su contenido no fue conocido por el interno ni se desarrolló en un contexto contradictorio, señalando en el FJ 6.º respecto de ambos extremos:

a) «De conformidad con la doctrina de este Tribunal sobre el valor probatorio de las constataciones documentales por funcionario, ese valor probatorio alcanza solo a los hechos narrados en ellas que hayan sido efectivamente constatados por el funcionario (SSTC 76/1990, FJ 8.b; 14/1997, de 28 de enero, FJ 7; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 5; 169/1998, de 21 de julio, FJ 2; 35/2006, de 13 de febrero, FJ 6; 82/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 70/2012, de 16 de abril, FJ 4), sin extenderse a valoraciones, calificaciones jurídicas, opiniones o, cabe añadir, a hechos percibidos por un tercero, incluso cuando ese tercero fuera un funcionario. Esa condición general de la eficacia probatoria de las diligencias administrativas documentadas, que se recoge en la normativa sobre la materia, entronca con las exigencias de inmediación que mínimamente deben respetarse en el procedimiento administrativo en conexión con los atributos de imparcialidad y especialización del autor del acta como fundamento del valor probatorio de lo documentado. Si la credibilidad o fiabilidad que se confiere a las actuaciones administrativas documentadas se asienta en la credibilidad del autor de las mismas como funcionario con los atributos de especialización e imparcialidad, ese valor probatorio se proyecta sobre lo directamente presenciado por él, pero no podrá hacerse respecto a la fiabilidad o credibilidad de lo que un tercero le refiera y haga constar en el documento. Asimismo, también desde la perspectiva de las garantías de validez y de la suficiencia de la prueba se ha cuestionado en el ámbito jurisdiccional penal la compatibilidad del testimonio de referencia con las exigencias del artículo 24.2 CE (por todas, STC 143/2003, de 14 de julio, FJ 6). Este Tribunal ha reiterado, en cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, que es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo (STC 143/2003, FJ 6), por lo que «puede ser uno de los elementos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, aunque condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba» (STC 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3). Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34; y de 26 de abril de 1991, caso Asch, § 27), se ha admitido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa (STC 143/2003, FJ 6, citando a las SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002, de 22 de julio, FJ 17, y 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4).

Las dudas que plantea el testimonio de referencia desde el artículo 24.2 CE por su oposición a las garantías de inmediación y contradicción entroncan en el procedimiento administrativo sancionador, que es un procedimiento escrito y con una intermediación atenuada ante el instructor, con la exigencia de que los testimonios se presten ante dicho instructor (art. 81 LPC) y, de forma refleja, con que la admisibilidad probatoria de las denuncias-testimonios documentados emitidos por funcionarios se extienda solo a lo percibido directamente y no a lo que un tercero dijo. La intermediación podrá suplirse por la fiabilidad del autor de la testifical documentada, dada su condición garantizadora de imparcialidad y objetividad, asegurándose así un mínimo de intermediación en el momento de «practicarse la prueba» (acta o parte) en el procedimiento sancionador. Pero la fiabilidad de que ha ocurrido un determinado hecho se pierde cuando aumenta la cadena de inferencias que llevan a él. Del mismo modo que en el ámbito penal, solo si resulta imposible o muy dificultoso el acceso del testigo directo (aunque su declaración se vierta por escrito en un parte), resulta admisible recurrir al testigo de referencia (que en el ámbito administrativo sancionador podría acceder asimismo por vía de su declaración documentada). Sin embargo, no resulta admisible en situaciones como la presente, donde la pertenencia a la Administración penitenciaria de los funcionarios que directamente observaron los hechos y el fácil recurso a la ordenación de los servicios, amén de la adicional identificación por la funcionaria firmante del parte, hacían fácilmente posible tanto la identificación como la declaración de los funcionarios que presenciaron directamente el comportamiento que se denuncia como sancionable. Sostener la sanción en un parte que ni siquiera refleja lo presenciado por quien lo suscribe, sino lo manifestado por otros funcionarios no traídos al procedimiento impide hablar de un elemento probatorio que merezca tal nombre desde las exigencias del artículo 24.2 CE. Ese déficit resulta especialmente reprochable cuando,

como es el caso, el parte pudo haber sido suscrito sin dificultad alguna por los funcionarios testigos directos de los hechos o ser ratificado mediante su expresa declaración en el procedimiento sancionador, pues, sin duda, eran de fácil identificación y localización sin que su comparecencia parezca disfuncional o desaconsejada en sentido alguno.

Cabe concluir que el parte era un *parte de referencia, que se aleja no solo de los requisitos legales y constitucionales para conferir valor probatorio a las denuncias administrativas de infracción, sino que tampoco es sostenible desde el principio de libre valoración de la prueba, pues los problemas de inmediación o contradicción de la prueba, amén de su credibilidad, no pueden obviarse en atención a las circunstancias del caso, por lo que no concurren las condiciones de validez del parte dirigidas a asegurar la aptitud de la prueba para su fin de enervar la presunción de inocencia, de modo que el órgano sancionador no debió tomarlo en consideración con tal carácter.*

b) Al respecto ha de ponerse de manifiesto un segundo déficit. Ya hemos señalado que la atribución de valor probatorio a las declaraciones del funcionario reflejadas documentalmente puede verse como la aceptación –excepcional en nuestro sistema procesal, pero defendible en el ámbito administrativo– de los testimonios o de las declaraciones escritas. Lo significativo ahora no es si dicha declaración puede tener o no valor probatorio –lo cual se halla fuera de discusión–, sino (i) si la parte perjudicada por dicha declaración tuvo acceso a ese material probatorio para tener la posibilidad de atacarlo, en su caso, en ejercicio de su derecho de defensa y (ii) si efectivamente pretendió en tiempo y forma someterla a contradicción y propuso la práctica de pruebas aptas, al menos en principio, para desvirtuar la fuerza de convicción que pudiera desprenderse de las declaraciones de la funcionaria. Al recurrente, como se expuso con amplitud en los antecedentes, le fue notificado el pliego de cargos, donde se atribuía a la funcionaria de cámaras la observación de los hechos sancionables, pero no se le facilitó el parte informativo suscrito por esta, con un contenido diverso al que constaba en el pliego de cargos sobre quién vio lo hechos, aunque se solicitó por el interno copia de todas las actuaciones en el pliego de descargo al tiempo que negaba los hechos e, incluso específicamente, la posibilidad de que la funcionaria signataria del parte hubiera podido observar lo referido en él por ausencia de visibilidad. Por tanto, el expedientado ahora demandante de amparo no tuvo acceso al material probatorio de cargo, de modo que no pudo discutir su virtualidad acreditativa como cumple el respeto al derecho de defensa y es condición de validez de la prueba. Buena prueba de la

distorsión que esa falta de acceso al parte informativo (de contenido discrepante a lo reflejado en el pliego de cargos) tuvo en su defensa viene dada por sus alegaciones sobre la imposibilidad de que el funcionario de cámaras hubiera podido verle haciendo uso de la cabina, solicitando su declaración al respecto y no, como es lógico dada su ignorancia, la de los funcionarios de patio que informaron al respecto. En otras palabras, el aspecto sustancial del parte de quién afirma haber observado al recurrente llamar por teléfono permanece oculto y, por ello, inmune a cualquier intento de desvirtuarlo, lo que resulta intolerable cuando esa es la prueba de la autoría de las llamadas que sostiene la imposición de la sanción al demandante. Pero es que, además, el recurrente intentó reiterada y ex ante idóneamente atacar la prueba que sí se le pone de manifiesto (que la funcionaria de cámaras vio que realizaba llamadas en una cabina a una concreta hora) así como impugnar los hechos que finalmente se le atribuyen y constituirían las infracciones disciplinarias –telefonear haciéndose pasar por otros internos–. Sin embargo, en ninguna instancia y, a pesar de esa insistencia en la petición de que se practiquen diligencias adicionales, se le da respuesta a la petición. Esa negativa indebida a una prueba pertinente blinda de hecho el parte de referencia como prueba incontrovertible, que se ha trasladado de forma errónea, además, al pliego de cargos y a la resolución sancionadora, vulnerando el derecho a someter a contradicción las pruebas de cargo, como exige el artículo 24.2 CE y el artículo 6.3 d) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuando se refiere al derecho a confrontar a los testigos».

Finalmente, y en cuanto a las exigencias impuestas desde la doctrina constitucional a la *resolución que pone fin al expediente sancionador penitenciario*, señalar que las mismas se han centrado en la *necesaria y suficiente motivación*, lo que no está *necesariamente* reñido con el uso de impresos o formularios normalizados, siempre que los mismos recojan la ratio decidendi del caso concreto. Así, por todas, en la STC 59/2011, de 3 de mayo, se afirma (FJ 3.º) que: «Por lo que se refiere al deber de motivación, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ha recordado este Tribunal que, si bien este deber de motivar los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de la legalidad ordinaria, tal deber alcanza una dimensión constitucional, que lo hace objeto de control a través del recurso de amparo, cuando se trate de resoluciones en que la Administración ejerza potestades sancionadoras, destacando que una motivación por remisión o motivación aliunde satisface plenamente las exigencias de motivación que derivan

del artículo 24.1 CE, siempre que queden debidamente exteriorizados los elementos de juicio sobre los que se basa la decisión, dado que lo relevante es que puedan conocerse las razones o criterios jurídicos que fundamentaron la decisión (por todas, STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3). En cualquier caso, se ha señalado que la exigencia de dar una respuesta a cuantas pretensiones se formulen cobra particular intensidad cuando estén fundadas en una eventual lesión de derechos fundamentales, ya que en estos casos se requiere una respuesta expresa (por todas, STC 156/2009, de 29 de junio, FJ 7)».

Por último, y en lo referente al *derecho al recurso* que le asiste al interno sancionado y que viene expresamente garantizado en el artículo 44.3 de la Ley Penitenciaria, solo recordar que como dice la STC 186/2003, de 27 de octubre, (FJ 6.º) «la interposición por un preso de un recurso contra una sanción disciplinaria no puede traducirse en un perjuicio para el mismo, ni hacerle de peor condición que al interno que, en las mismas condiciones, no recurre contra idéntica sanción. Entender lo contrario sería tanto como penalizar, con un aumento del tiempo de baja en redención de pena, a quien no hace sino ejercitar un derecho fundamental, el de acceso a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a los recursos, en defensa de otro derecho fundamental, el de no estar privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. El propio artículo 44.3 LOGP, al prever con carácter general que la interposición de un recurso contra una disposición sancionadora suspende la efectividad de dicha sanción, constituye una base legal de la que, por el contrario, cabe deducir que dicha suspensión abarca las consecuencias gravosas que para el sancionado pudieran derivarse de la ejecución inmediata de dicha sanción, entre las que figuraría la pérdida del beneficio de redención de penas por el trabajo durante todo el periodo de cumplimiento de la misma y hasta tanto no fuera cancelada. Únicamente esta interpretación resulta coherente con el derecho del sancionado a no verse perjudicado por motivo del ejercicio de su derecho a la interposición de cuantos recursos fueran pertinentes en términos de defensa de sus intereses, siendo asimismo la única compatible con las reglas de la lógica por cuanto, pese a no darse esta circunstancia en el presente caso, a ellas se opondría la conclusión de que el periodo de baja en redención de pena pudiera extenderse incluso cuando la tramitación de los recursos presentados contra una sanción de naturaleza penitenciaria se dilatara en forma excesiva por causas ajenas al recurrente, con la consiguiente repercusión en el periodo de tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad a que hubiera sido condenado».

## 10. PERMISOS DE SALIDA (ARTS. 47 Y 48 LOGP)

En una veintena de sentencias, el Tribuna Constitucional he venido consolidando la doctrina referida a instituto penitenciario tan importante cual es los permisos de salida.

Desde la STC 112/1996, de 24 de junio, el Tribunal Constitucional se ha preocupado de subrayar la naturaleza de los permisos ordinarios de salida, descartando que los mismos conformen un derecho subjetivo del penado. En tal sentido, ya en esta primigenia sentencia se decía que (FJ 4.º): «*La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social* (art. 25.2 de la Constitución) o como ha señalado la STC 19/1988, la «*corrección y readaptación del penado*», y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (AATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1986, y SSTC 2/1987 y 28/1988). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora o al menos no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena. Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cual es la evolución del penado. Pero, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que estos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar

en relación con los fines antes expresados. La presencia o no de dichas circunstancias ha de ser explicitada al pronunciarse sobre la concesión o denegación de un permiso de salida. Múltiples factores pueden ser tenidos en cuenta para hacer esta valoración, más todos ellos han de estar conectados con el sentido de la pena y las finalidades que su cumplimiento persigue: el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento en España, anteriores quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito, entre otros, pueden ser causa suficiente, en cada caso concreto, que aconseje la denegación del permiso de salida». En la misma línea abundarían sentencias posteriores, siendo así, por ejemplo, que en las STC 75/1998, de 31 de marzo, y STC 88/1998, de 21 de abril, se dirá (FFJJ 2.º) que *«la simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental»*, por lo que «todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de aplicación de la legalidad ordinaria», como expresamente nos recuerdan las SSTC 112/1996, de 24 de junio (FJ 4.º), 2/1997, de 13 de enero (FJ 4.º), 81/1997, de 22 de abril (FJ 3.º), 193/1997, de 11 de noviembre (FJ 3.º), 75/1998, de 31 de marzo (FJ 3.º), 204/1999, de 8 de noviembre (FJ 3.º), 109/2000, de 5 de mayo (FJ 3.º) y 137/2000, de 29 de mayo (FJ 3.º), doctrina consolidada que llega a la STC 23/2006, de 30 de enero (FJ 2.º), pasando por la STC 115/2003, de 16 de junio, en donde recogiendo toda esta doctrina afirma (FJ 4.º): «En efecto, la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de tales permisos, y los requisitos y condiciones de su disfrute, dependen, pues, ante todo de los términos en que dicha institución está regulada en la legislación ordinaria. A este respecto, aunque tanto la Ley Orgánica general penitenciaria como el Reglamento penitenciario se abstienen de calificarlo expresamente como un derecho subjetivo, parece claro que, debido a su propia previsión legal, a los internos les asiste, al menos, un interés legítimo en la obtención de dichos permisos, siempre que en ellos concurren los requisitos y demás circunstancias a que se supedita su concesión. También hemos llamado la atención, en relación con todo ello, sobre las cautelas que deben observarse, declarando que «es razonable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que estos concurren sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan oca-



sionar en relación con los fines antes expresados» (STC 109/2000, de 7 de junio, FJ 3, y, en igual sentido, entre otras, las ya citadas SSTC 81/1997, de 22 de abril, 204/1994, de 11 de julio, y 137/2000, de 29 de mayo). La ausencia de automatismo en el otorgamiento de los permisos penitenciarios se recoge en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP), y su Reglamento aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, aplicables en el presente caso. En sus artículos 47.2 y 154, respectivamente, se establece y regula la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad. Así, el artículo 47.2 LOGP prescribe que «se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta». Este precepto, desarrollado en los artículos 154 y siguientes del Reglamento penitenciario (RP), se recoge en iguales términos en el artículo 154.1 RP. Por su parte, el artículo 156.1 RP establece que «el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento».

Esta consolidada doctrina del Tribunal Constitucional referida a no conferir a los permisos de salida categoría de derecho ha sido avallada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Decisión de 22 de enero de 2013, en cuyo § 42 ha señalado: «El Tribunal no encuentra razones poderosas para diferir de las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Constitucional español. Es cierto que en España, las decisiones adoptadas por las autoridades penitenciarias negándose a conceder permisos penitenciarios están sujetas a revisión judicial a través de una queja presentada por el interno ante el juez de vigilancia penitenciaria (véase el ap. 21 anterior), cuya decisión puede ser recurrida. En opinión del Tribunal, sin embargo, este solo hecho no transforma el permiso de salida de prisión en un derecho a los fines del artículo 6.1 del Convenio. Incluso cuando se cumplen las condiciones objetivas requeridas por Ley, la concesión del permiso ordinario no es automática; la valoración de las circunstancias de un prisionero que solicita un permiso corresponde a las autoridades de la prisión y en último término a los tribunales a cargo de revisar estas decisiones

(véase ap. 22). Como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la revisión judicial de las denegaciones administrativas de las solicitudes de permisos ordinarios, debería entenderse como una garantía de la propia aplicación por parte de las autoridades penitenciarias de la legislación penitenciaria para prevenir el abuso y la arbitrariedad. También garantiza que la administración penitenciaria cumple con los objetivos fundamentales de reeducación y reinserción social de los reclusos (véase ap. 19). En este sentido, y como resulta también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la ausencia de un derecho subjetivo a conceder un permiso penitenciario, no excluye la existencia de un legítimo interés por parte de los reclusos como beneficiarios potenciales de un permiso, que explica su presencia legal en los procesos judiciales sobre la materia».

Desde la citada atalaya interpretativa, el Tribunal Constitucional ha venido abordando diversos casos en los que se ponía en tela de juicio el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación del derecho del recluso solicitante de un permiso de salida a obtener una resolución fundada en Derecho cuando lo que se resolvía era la denegación de dicho permiso. En tal sentido, es bastante esclarecedora la STC 24/2005, de 14 de febrero, que bien sintetiza la doctrina constitucional al respecto, en todo caso, proscriptora de resoluciones carentes de la debida motivación que conlleven por ello a «una inseguridad jurídica y una incoherencia de todo punto inaceptables» (en el caso allí abordado por denegar un permiso en las mismas circunstancias en las que antes se había concedido), afirmando al respecto (FJ 3.º) que: «Son ya muchas las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia se ha ocupado de determinar cuándo una resolución judicial denegatoria de un permiso de salida a un preso constituye un ejercicio efectivo de tutela judicial. El canon de control constitucional resultante es más riguroso que el genérico que repara solo en si la resolución impugnada es arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (STC 75/1998, de 31 de marzo, FJ 3). La razón estriba en que, aunque tal resolución no pueda nunca vulnerar el derecho a la libertad personal de los internos, «pues la privación de esta se ha producido por un título legítimo previo que es la imposición de una Sentencia penal condenatoria a privación de libertad» (STC 167/2003, de 29 de septiembre), no cabe duda de que en las decisiones en torno a los permisos de salida está en juego el valor superior de la libertad, pues de la concesión de los mismos va a depender que el preso «disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece» (STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 4). Asimismo, y esta es la segunda razón por la que

en estos supuestos es más riguroso el control de la tutela judicial, el permiso de salida sirve a una de las finalidades esenciales que la Constitución impone a la pena privativa de libertad, cual es «la reeducación y reinserción social» (art. 25.2 CE). Este trasfondo constitucional, y con ello no solo la obvia necesidad social de que la pena no se quebrante, ha de formar parte de la ponderación judicial que informe la decisión sobre el permiso solicitado. No es pues constitucionalmente suficiente que el Auto en cuestión se apoye sin más en el Reglamento penitenciario –y esté en tal sentido fundado en Derecho– y que así lo exprese –y esté en tal sentido motivado–, sino que es imprescindible que tome en consideración los valores constitucionales en juego y que de un modo u otro exponga tal ponderación. Dicho con las palabras de la STC 204/1999, de 8 de noviembre: «debido a la relación que la denegación de un permiso de salida guarda con la libertad, como valor superior del Ordenamiento, para que las resoluciones judiciales que confirmen dicha denegación puedan entenderse conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva no es suficiente con que quepa deducir de las mismas los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, conforme al canon general exigible para entender respetado dicho derecho (por todas, STC 14/1991, de 28 de enero), sino que será preciso que estén fundadas en criterios que resulten conformes con los principios constitucionales y legales a los que está orientada la institución» (FJ 4). En tal sentido hemos considerado motivación suficiente e indicativa de una adecuada ponderación constitucional previa la que sustenta la denegación del permiso de salida en un serio riesgo de quebrantamiento de condena o, por supuesto, en la particular incidencia negativa del concreto permiso en el proceso de reinserción del preso. Se trata, si prefiere expresarse así, de la comprobación de la existencia de intereses relevantes que limitan la inicial inclinación de la decisión *pro libertate*, a favor de la concesión del permiso». Es evidente, no obstante lo dicho, que un mismo órgano judicial puede distar resoluciones contradictorias (una concediendo permiso y otra denegándolo), cuando ambas resoluciones se fundan en presupuestos diferentes, cosa que subrayó el ATC 388/2007, de 22 de octubre, en su FJ 4.º

Así, y respecto a causas concretas de denegación de permisos se ha criticado, por ejemplo, la simple referencia a la «*lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena*», si bien en la STC 109/2000, de 5 de mayo, no se otorga el amparo al concurrir otros motivos dignos de atención, afirmando (FJ 5.º) que «En el caso ahora enjuiciado, las resoluciones impugnadas, además de haber considerado los informes específicamente recabados por el Juzgado de

Vigilancia Penitenciaria, que arrojaron como resultado episodios de consumo de estupefacientes en un anterior permiso, no han subordinado la decisión al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, introduciendo así un requisito no previsto legalmente; por el contrario razonan que la función de preparación de la vida en libertad está relacionada con la lejanía del tiempo de cumplimiento preciso para obtener la libertad condicional, argumentación que hemos declarado expresamente compatible con los fines de la institución (SSTC 81/1997 y 204/1999), que no excluye ni impide la reiteración de la solicitud y la obtención del permiso en un momento posterior, y que es apreciada por los Tribunales ordinarios desde unas condiciones de inmediatez para la valoración de las circunstancias concretas del caso de las que no goza este Tribunal (STC 2/1997 y ATC 311/1997, de 29 de septiembre), todo lo cual nos lleva a la desestimación del presente recurso de amparo». Asimismo, se ha censurado la conocida fórmula de «*falta de consolidación de factores positivos*», expresión esta «claramente deficiente» para el Tribunal Constitucional, afirmando al respecto la STC 299/2005, de 21 de noviembre, que (FJ 4.º): «Es cierto que, como ponen de relieve la recurrente y el Ministerio Fiscal, la denegación del permiso viene inicialmente motivada por la Junta de Tratamiento de la prisión en la genérica expresión «consolidación factores positivos», *expresión claramente deficiente* por cuanto ni siquiera indica si existe o no la citada consolidación a la que se refiere y, en todo caso, además, de la misma no se puede inferir, en modo alguno, el motivo o motivos que sustentan la denegación del permiso. Sin embargo, tras ser recurrida dicha denegación, el Auto desestimatorio del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Asturias, una vez practicada la prueba documental interesada por la recurrente, motiva la denegación en la «probabilidad que presenta de cometer nuevos delitos durante el permiso, como se deduce de la puntuación del concepto ‘drogodependencia’ en la TVR, la tipología del delito y reincidencia delictivas». Motivación de la que tampoco carecen los Autos desestimatorios de los recursos de reforma y de apelación interpuestos posteriormente. Así, por lo que se refiere al Auto de ese mismo Juzgado de 27 de enero de 2003 porque confirma los fundamentos del Auto anterior, con lo que se trataría de una motivación por remisión admitida constitucionalmente, pero, además, explica que la concesión del permiso y las circunstancias que se han de tener en cuenta han de entenderse referidas al momento en que se solicitó y se denegó aquel, de suerte que lo que haya ocurrido posteriormente, en este caso las salidas de la interna posteriores a dicha denegación, lo único que pondrían de manifiesto es que se han confirmado las previsiones que

había hecho la Junta de Tratamiento sobre su buena evolución en dicho momento. Razonamientos que, con mayor o menor argumentación, expresan un criterio racional de solución. Razonamiento existente y razonable que se contiene igualmente en el Auto de la Audiencia Provincial. Aunque el primero de sus razonamientos jurídicos pueda considerarse como una fórmula estereotipada disconforme con los parámetros que serían deseables, lo cierto es que después de las genéricas e inespecíficas referencias se señala que en el caso concreto, «teniendo en cuenta los informes del centro penitenciario y las resoluciones del Juzgado a quo, debe desestimarse el recurso interpuesto» y que, en el segundo de sus razonamientos, cuando procede a denegar la prueba tantas veces solicitada, la Audiencia expresa de nuevo las razones de la denegación de dicha prueba pero también las de la no concesión del permiso cuando señala que además de por la drogodependencia el permiso se ha denegado «por las causas que se explican en esta resolución y en el Auto recurrido». Motivación basada en el expediente de la interna y en las razones ya esgrimidas por el Juzgador a quo que no solo constituye una motivación expresa y otra por remisión constitucionalmente tolerada, sino que, además, debe considerarse razonable y no arbitraria pues los hechos que sirvieron de base a la denegación, como la drogodependencia o la reincidencia, se encuentran probados documentalmente en el expediente penitenciario (folios 12 y 13) como pone de manifiesto el Ministerio público, y las deducciones judiciales iniciales de la posibilidad de cometer nuevos delitos por la tipología de aquellos por los que se condenó (contra la salud pública) pudieran hacer pensar en un mal uso del permiso. De ahí que, aun cuando en el terreno de la dialéctica, y en la línea de las argumentaciones contenidas en la demanda de amparo, se pudiera combatir la denegación por existir, en quien ahora recurre, más factores positivos que negativos para la concesión del permiso, aspecto este que se pone de relieve en las resoluciones si bien condicionado a un momento posterior, lo cierto es que, desde el control externo, que compete a este Tribunal no puede afirmarse que la denegación del permiso sea inmotivada y lesiva del artículo 24.1 CE».

## 11. PETICIONES, QUEJAS Y RECURSOS (ART. 50 LOGP)

El artículo 50 de la Ley Penitenciaria garantiza al interno el derecho a formular peticiones, quejas y recursos, siendo respecto de ello que el Tribunal Constitucional se ha ocupado en diversas ocasiones para hacer valer el derecho al acceso a la jurisdicción, derecho prima-

rio del más amplio derecho a recibir una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, cuando el mismo se refiere a personas recluidas en los centros penitenciarios.

Así, desde una óptica general, ya en la primogénita STC 29/1981, de 24 de julio, se afirmaba (FJ 5.º) que: «Debe entenderse que el escrito se ha presentado –a los efectos legales– en el momento en que el interno lo entrega a la Administración penitenciaria. Esta conclusión es una lógica consecuencia del carácter unitario del Estado –como institución compleja– que se refleja además en la legislación penitenciaria misma. En efecto, aun cuando la denominación Administrativa penitenciaria tiene, como es sabido, una íntima conexión con la Administración de Justicia de la que depende funcionalmente en los términos de los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y también 76 de la Ley General Penitenciaria y disposición transitoria quinta del Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981), lo decisivo aquí es que tanto el artículo 375 del antiguo Reglamento de Servicios Penitenciarios –entonces vigente–, como el artículo 276 del reciente Reglamento Penitenciario, ya citado, establecen que «*el Director de un Establecimiento por su carácter de tal ostenta la representación del Poder Público*». Por eso, como tal representación del Estado, debe entenderse recibido por el mismo cualquier escrito que un interno le entregue». Y es que, en esta línea, la STC 125/2010, de 29 de noviembre, subraya (FJ 5.º): «la necesidad de tener en cuenta la *dificultad que puede suponer para los ciudadanos internos en centros penitenciarios la presentación temporánea de escritos* suscritos por ellos y dirigidos a los órganos judiciales en los casos en que la legislación procesal les permite actuar sin representación profesional o no disponen de ella (entre otras, SSTC 29/1981, de 24 de julio, FJ 5; 11/2003, de 27 de enero, FJ 4; y 1/2007, de 15 de enero, FJ 2)».

Y garantizar el acceso a la jurisdicción no implica solo facilitar materialmente la presentación de los escritos, sino también velar por la reserva de su contenido, destacándose en tal sentido en la STC 127/1996, de 9 de julio, la *prohibición que pesa sobre la Administración penitenciaria de intervenir dichos escritos* sin autorización judicial o fuera de los supuestos previstos en el artículo 51 de la Ley Penitenciaria, siendo en caso contrario que (FJ 4.º): «Dicha intervención improcedente supuso una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, con carácter general, y en el artículo 25.2 CE al penado, en cuanto este derecho no fue expresamente limitado en el fallo condenatorio, no se halla afectado por el sentido de la pena ni está prescrita la limitación del dere-

cho en la Ley Penitenciaria. A estos efectos es irrelevante que el escrito se hubiese enviado en sobre cerrado o sin dicha formalidad, o que iniciare un procedimiento de tramitación judicial, o su destinatario fuese el Juez de Vigilancia Penitenciaria o un tercero, puesto que este Tribunal, en la STC 114/1984, declaró que «el concepto de «secreto» tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial), ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional» (fundamento jurídico 7.º), habiendo advertido en párrafo anterior la misma Sentencia que, «sea cual sea el contenido objetivo del concepto «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes), ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno en aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado».

Igualmente, se subraya que también suponen una merma en el derecho al acceso a la jurisdicción los casos en los que de manera no justificada *se ponen trabas a la misma, como por ejemplo, obligando al interno a manifestar de manera expresa el contenido del escrito presentado en sobre cerrado*, habiéndose ocupado de ello la STC 15/2011, de 28 de febrero, al afirmar (FJ 6.º) que: «el artículo 50 LOGP contiene una regulación específica de las quejas y de los recursos de la que en modo alguno resulta la posibilidad de someter su interposición a restricciones como la impuesta en el caso de autos: por un lado, «[l]os internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u organismos competentes. Si fueren hechas por escrito, podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo» (art. 50.1 LOGP); por otro lado, «[s]i los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, lo presentarán asimismo ante el director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente» (art. 50.2 LOGP). Este precepto permite a los internos formular peticiones y quejas en pliego cerrado que se entregarán bajo recibo, e impone expresamente al director del establecimiento penitenciario la obligación de dar curso a

los recursos previstos en dicha ley que los internos dirijan a la Autoridad Judicial, sin facultarle a imponer restricción o limitación alguna. La posibilidad de someter las quejas y recursos dirigidos al Juez de Vigilancia Penitenciaria a una carga como la impuesta en el caso de autos tampoco está contemplada en el artículo 54 del Reglamento penitenciario (RP), aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que desarrolla en este punto el artículo 50 LOGP. El citado precepto dispone que «los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria» (art. 54.1 RP), de las cuales se «entregará al interno o a su representante recibo o copia simple fechada y sellada» (art. 54.2 RP), precisándose a continuación que «cuando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente» (art. 54.3 RP). En definitiva, la legislación penitenciaria remite al interno la decisión de si presenta la comunicación escrita dirigida al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en sobre cerrado con indicación del remitente y el destinatario, en cuyo caso la Administración penitenciaria habrá de entregarle un recibo, o si lo hace en sobre abierto, obteniendo entonces una copia simple fechada y sellada. En cualquiera de los dos supuestos, la Administración penitenciaria lo remitirá, «sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria». El hecho de que la limitación no aparezca prevista en la ley penitenciaria sería ya suficiente para constatar la vulneración constitucional alegada por el demandante de amparo, pero es que, además, el artículo 49.2 RP prohíbe expresamente cualquier restricción de las comunicaciones de los internos con las Autoridades Judiciales, al disponer que «[l]as comunicaciones orales y escritas de los internos con ... Autoridades Judiciales y miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo». Por lo que la restricción de la comunicación escrita dirigida al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria impuesta al demandante de amparo, consistente en la negativa de la Administración penitenciaria a dar curso a los escritos dirigidos al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria si el interno no hace constar en la instancia adjunta a la misma el asunto de que trata la carta, constituye una restricción de las comunicaciones del interno no solo no habilitada, sino excluida por la legislación penitenciaria, y vulnera por ello el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente (art. 18.3 y 25.2 CE)».



Y en la vertiente de la tutela judicial efectiva consistente en el acceso al recurso (derecho al recurso que, como sabemos, es catalogado como un «derecho de configuración legal»), también el Tribunal Constitucional se ha preocupado de señalar la *conculcación que al mismo se produce en los casos en los que, de manera inmotivada y fuera de los supuestos legalmente previstos, se cercena la tramitación de un recurso*. Así en la STC 270/2005, de 24 de octubre, siguiendo una doctrina ya consolidada en las STC 114/2004, de 12 de julio (FJ 4.º), STC 87/2005, de 18 de abril (FJ 4.º), y STC 227/2005, de 12 de septiembre (FJ 4.º), se establece (FJ 3.º) que: «debemos comenzar recordando, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, la consolidada doctrina de este Tribunal según la cual la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que esté sujeto un recurso, constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas, STC 252/2004, de 20 de diciembre, FJ 3), sin que del artículo 24.1 CE dimanase un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo del recurso interpuesto, que puede ser inadmitido sin tacha constitucional alguna por razones formales o de fondo (entre otras muchas, STC 48/2002, de 25 de febrero, FJ 3). No obstante, y sin perjuicio de esa competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria para decidir sobre la admisibilidad de los recursos, corresponde a este Tribunal Constitucional enjuiciar, a través de los procedimientos de amparo, si la inadmisión de un determinado recurso ha podido suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Con motivo de las numerosas ocasiones en que este Tribunal ha efectuado ese control, se ha conformado una doctrina que, desde nuestra STC 37/1995, de 7 de febrero, afirma que el control constitucional que puede realizarse sobre las resoluciones judiciales que inadmitan un recurso es meramente externo y debe limitarse a comprobar si se apoyan en una causa legal (STC 168/1998, de 21 de julio, FJ 2) o si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 6/2001, de 15 de enero, FJ 3; 112/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 91/2005, de 18 de abril, FJ 2; y 107/2005, de 9 de mayo, FJ 4). Pues bien, una vez señalado el alcance de nuestro control sobre las resoluciones judiciales que inadmitan un recurso, resulta procedente recordar que no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las resoluciones judiciales, salvo en lo relativo a sentencias

penales condenatorias, de manera que, con esta última excepción, son cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales las que determinan los concretos supuestos en que procede un recurso, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen, en principio, al ámbito de libertad del legislador (en este sentido, por todas, SSTC 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 91/2005, de 18 de abril, FJ 2). Pero también hemos reiterado que, en todo caso, una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho de configuración legal (STC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 5). Así, en lo que ahora interesa, al margen de la propia indicación expresa que se contenía en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sobre la procedencia del recurso de queja, hemos de partir del precepto contenido en el artículo 78.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, que ordena estar a lo dispuesto en las leyes correspondientes «en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de vigilancia y a los procedimientos de su actuación». Esta remisión a las leyes procesales conduce, de un lado, al artículo 218 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), que establece que se podrá interponer recurso de queja contra las resoluciones que denegaren la admisión de un recurso de apelación; de otro, a los artículos 233 y ss. LECrím, que prevén el procedimiento a seguir en su tramitación –informe del Juez a quo en el corto término que se le señale (art. 233 LECrím), dictamen del Fiscal, si interviniera en la causa, en el término de tres días, previo traslado del informe del Juez (art. 234 LECrím), y resolución mediante Auto, a la vista del informe y del dictamen (art. 235 LECrím)–; por su parte, los artículos 219, párrafo segundo, y 220, párrafo cuarto, LECrím, determinan que el recurso de queja se interpondrá ante el Tribunal superior competente, correspondiendo su conocimiento al mismo órgano ante el que se interpone.

A la luz de nuestra doctrina y de la regulación procesal expuestas, debemos ahora señalar, como ya hicimos en las SSTC 114/2004, de 12 de julio (FJ 4), 87/2005, de 18 de abril (FJ 4), y 227/2005, de 12 de septiembre (FJ 4), en sendos asuntos que guardan semejanza con el ahora sometido a nuestra consideración, que la decisión del Presidente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo que ha quedado reproducida en los antecedentes de esta resolución, en cuanto expresiva de la inadmisión y no tramitación del recurso de queja inter-

puesto, no puede considerarse ajustada a las exigencias constitucionales requeridas para la decisión de inadmisión de los recursos (art. 24.1 CE), pues no encuentra cobertura en la legislación procesal e implica la privación irrazonable de una decisión motivada sobre el fondo de la pretensión, esto es, de una respuesta a la cuestión de si cabía recurso de apelación frente a las resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en materia de permisos de salida, que debió tomarse tras seguirse el procedimiento legalmente establecido. *La Ley no contempla la posibilidad de que el Presidente de la Sección, por sí, desvinculado del resto de los componentes del órgano colegiado, decida devolver al recurrente, por medio del Director del centro penitenciario, el escrito de interposición de un recurso de queja, sin proceder a su tramitación y debida resolución*». En los mismos términos se expresaría la STC 62/2006, de 27 de febrero (FJ único).

## 12. COMUNICACIONES Y VISITAS (ARTS. 51 A 53 Y 38.3 LOGP)

Debiendo llevarse a cabo las relaciones del recluso con la vida exterior por unas condiciones que lógicamente imponen el régimen penitenciario, es fácilmente comprensible que el Tribunal Constitucional se haya tenido que ocupar de manera reiterada de los posibles conflictos que se pueden plantear con el derecho fundamental que protege el secreto de las *comunicaciones*, consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, siendo al respecto que ha consolidado una doctrina conforme a la cual, según nos recuerda as STC 107/2012, de 21 de mayo (FJ 4.º): «si bien las personas reclusas en establecimientos penitenciarios gozan del derecho al secreto de sus comunicaciones, no obstante el marco normativo constitucional en estos casos viene determinado no solo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE – que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también por lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, precepto que prevé la posibilidad de que los derechos fundamentales del condenado a pena de prisión se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria» (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; y 15/2011, de 29 de marzo, FJ 5). Por lo tanto, y en palabras de la STC 15/2011, de 29 de marzo (FJ 5), «el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas internas en centros penitenciarios no es, sin más, el constitucionalmente declarado en los términos del artículo 18.3 CE,

sino, en virtud de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 25.2 CE, el que resulte de su configuración por el legislador, en el supuesto de que por la ley penitenciaria se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo y sin perjuicio de que esos límites se encuentren, a su vez, sometidos a sus propios presupuestos de constitucionalidad».

De manera más detallada, el propio Tribunal Constitucional ha sintetizado su *doctrina acerca del derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos reclusos en un centro penitenciario y los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las mismas*, señalando así la STC 194/2002, de 28 de octubre en su FJ 6.º (siguiendo a la STC 106/2001, de 23 de abril y en mismo sentido de las SSTC 192/2002 y 193/2002, de 28 de octubre), lo siguiente:

«a) El marco normativo constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no solo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE –que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, precepto que en su inciso segundo establece que “el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. Así pues, la persona reclusa en un centro penitenciario goza, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque puede verse afectada por las limitaciones expresamente mencionadas en el artículo 25.2 CE– En los supuestos como el presente, en los que ni el contenido del fallo condenatorio, ni el sentido de la pena, han servido de base para la limitación del derecho del recurrente en amparo al secreto de las comunicaciones, es preciso contemplar las restricciones previstas en la legislación penitenciaria, al objeto de analizar su aplicación a la luz de los artículos 18.3 y 25.2 CE. (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FFJJ 2 y 3).

b) El artículo 51 LOGP reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones, *diferenciando* el propio precepto, en cuanto al ejercicio de tal derecho, entre varias *modalidades de comunicación*, que son de muy diferente naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados. Por lo que se refiere a las limitaciones que pueden experimentar las denominadas comunicaciones genéricas que regulan los artículos 51.1 LOPG y concordantes RP de 1996, esto es, las que los internos pueden celebrar con sus familiares, ami-

gos y representantes de organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria, que son las afectadas en este caso por la intervención que cuestiona el recurrente en amparo según él mismo reconoce en sus escritos, el citado artículo 51.1 LOGP, además de mencionar los casos de incomunicación judicial, impone que tales comunicaciones se celebren de manera que se respete al máximo la intimidad, pero autoriza que sean restringidas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. Por su parte, el artículo 51.5 LOGP permite que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. En suma, el citado precepto legal permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos, por lo tanto, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno.— Y en cuanto a los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el artículo 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los artículos 43.1 y 46.5 RP de 1996, este Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (SSTC 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 3 y 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 3).

c) Respecto al *requisito de la doble notificación o comunicación de la medida*, este Tribunal Constitucional tiene declarado que la notificación de su adopción al interno en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial, a la vez que supone una garantía para el interno afectado (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4).— De otra parte, la necesidad legal de la comunicación de la medida adoptada a la autoridad judicial competente ha de ser inmediata, con el objeto de que esta 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 garantía con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes.

Rectamente entendida esta dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica ‘no solo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de este, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori mediante una resolución motivada’ (STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3). Conclusión que impone, no solo una necesaria consideración sistemática del artículo 51. 5 LOGP con los artículos 76.1 y 2 g) y 94.1 de la misma, conforme a los cuales corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena, sino, igualmente, el artículo 106.1 CE, por el que la Administración, también la penitenciaria, está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación. A ello hay que añadir, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, que el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acto administrativo de intervención. Por todo ello resulta claro que, si la autoridad judicial competente se limitara a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida (SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 3; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5).

d) En relación con el *límite temporal de la medida de intervención* debe recordarse que el mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la analizada, más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican podría lesionar efectivamente el derecho afectado (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4; 41/1996, de 12 de marzo, FJ 2). En este sentido, los artículos 51 y 10.3 LOGP y 41 y ss. RP de 1996 llevan implícita la exigencia del levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se justifica exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento. Por todo ello, este Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que, al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones, se determine el período de su vigencia temporal, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que esta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El Acuerdo puede, pues, en determinados casos sustituir

la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5; ATC 54/1999, de 8 de marzo).

e) Por último, la *exigencia de motivación de la medida* no solo se convierte ex artículo 51.5 LOGP en presupuesto habilitante de toda restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que, aunque faltase esa precisión legal, su concurrencia vendría exigida por la propia Constitución, ya que su ausencia o insuficiencia afecta al propio derecho fundamental en la medida en que sin ella el recluso que ve limitado el ejercicio de un derecho desconoce la razón de esa restricción y los órganos judiciales encargados de efectuar el control relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida carecen de datos indispensables para llevar a cabo esta tarea, que es el objeto principal del control jurisdiccional. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia y necesidad de la motivación de la medida de intervención, no solo porque ello permite acreditar las razones que justifican la medida de restricción del derecho, sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva.— El contenido de la motivación ha de extenderse, primero, a la especificación de cuál de las finalidades legalmente previstas — seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento— es la perseguida con la adopción de la medida y, segundo, a la explicitación de las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Respecto a dicho requisito este Tribunal Constitucional tiene declarado que la individualización de las circunstancias del caso, e incluso de la persona de interno, no significa que dichas circunstancias deban ser predicables única y exclusivamente del interno afectado por la medida, o que si se trata de características comunes que concurren en un grupo de personas no puedan aducirse como causa justificativa de la intervención.

Individualizar no significa necesariamente destacar rasgos que concurren exclusivamente en el recluso afectado. Puede tratarse de unos rasgos comunes a los pertenecientes a ese colectivo o a una organización; en estos casos lo que debe individualizarse es esa característica común que a juicio de la Administración penitenciaria justifica en el supuesto concreto la adopción de la medida. En lo referente a los aspectos formales de la motivación, cuya finalidad sigue siendo hacer

posible el control jurisdiccional de la medida, el Acuerdo ha de contener los datos necesarios para que el afectado y posteriormente los órganos judiciales puedan llevar a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, aunque no resulta exigible que en el mismo se explicitase ese triple juicio por parte de la Administración, pues los referidos datos pueden completarse con los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto en el que se ha dictado el Acuerdo (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FFJJ 5 y 6; 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5)».

Lógicamente, y como ya adelantamos más arriba, *la intervención ilegítima de las comunicaciones, impide a la Administración penitenciaria hacer uso de su contenido para sancionar* al interno, al fundarse en una prueba ilícita por ser obtenida con vulneración de un derecho fundamental (doctrina sentada en SSTC 175/2000, de 26 de junio (FJ 5.º), 169/2003, de 29 de septiembre (FJ 5.º), 107/2012, de 21 de mayo (FJ 6.º) y 230/2012, de 10 de diciembre (FJ 3.º), siendo por el contrario admisible dicha utilización cuando la intervención de las comunicaciones cumplió con los requisitos constitucional y legalmente exigidos (STC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 8.º).

Por su parte, señalar que en cuanto a la autoridad judicial a la que se la de poner en conocimiento la intervención de las comunicaciones adoptadas por el director y respecto de las que el artículo 43.1 del Reglamento penitenciario hace una distinción entre penados y preventivos, atribuyendo la competencia de conocimiento de las primeras al Juez de Vigilancia y las segundas a la autoridad judicial de quien dependa, ha sido la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en su Auto de 29 de marzo de 2000 (Cuestión de competencia núm. 2870/1999, ponente Martínez Arrieta) la que ha entendido que cuando se trata de intervención de comunicaciones por razones de régimen penitenciario, la competencia le corresponde al Juez de Vigilancia, no pudiendo una norma reglamentaria modificar tal competencia, y es que (FJ Único): «La suspensión o intervención de las comunicaciones forma parte del régimen penitenciario, por su inclusión en el Título II de la LOGP. Esa naturaleza de medida de régimen resulta también del propio Acuerdo del director del establecimiento que al motivar el acuerdo lo fundamenta porque «según se desprende de su historial y expediente disciplinario» su internamiento responde a una concreta actividad delictiva con «el posible riesgo de utilizar las comunicaciones previstas en el artículo 51 como vía de transmisión de informaciones sobre personal funcionario e instalaciones que pueden poner en peligro la seguridad del establecimiento y la vida de las personas». Como medida de régi-



men no tiene ninguna relación con la causa penal abierta en investigación de un hecho delictivo, sin perjuicio de que el Juez de instrucción en su función jurisdiccional puede acordar las injerencias sobre las comunicaciones previstas en el artículo 579 de la Ley procesal en averiguación de un hecho delictivo. Constatada la naturaleza de actos de régimen penitenciario de la medida es patente que a tenor de la legislación orgánica referenciada, tanto de la Ley Orgánica del Poder Judicial como de la General Penitenciaria, la competencia para el conocimiento y resolución definitiva sobre la injerencia corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria sin que el Reglamento, que no puede determinar el órgano judicial competente, pueda modificar el régimen legal previsto para la atribución competencial de un órgano jurisdiccional. Consecuentemente, procede atribuir la competencia al Juez de Vigilancia Penitenciaria para la adopción de la resolución precedente a la materia a la que se refiere el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria».

Siguiendo con la intervención de las comunicaciones, hemos de hacer notar que uno de los temas más espinosos que plantea la regulación prevista en el artículo 51 de la Ley Penitenciaria es el referido a la *intervención de las comunicaciones del interno con el abogado defensor o abogado expresamente llamado en relación con los asuntos penales*, a que se refiere el apartado 2.º de dicho precepto, pues en dicho apartado señala que las mismas «no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo», mientras que en apartado 5.º establece que «las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

A este respecto, una primera sentencia, la STC 73/1983, de 30 de julio, entendió que el párrafo 5.º del artículo 51, en relación con el párrafo 2.º del mismo precepto, confería al Director del centro penitenciario el suspender (e intervenir, pues el precepto siempre se refiere a ambas) las comunicaciones de los internos terroristas con sus abogados defensores, dando cuenta de ello a posteriori a la autoridad judicial. En tal sentido señalaba que (FJ 7.º): «Las comunicaciones de los internos han de celebrarse respetándose al máximo la intimidad, de acuerdo con la regulación contenida en el apartado 1 del artículo 51 de la Ley Orgánica 1/1979, regla de contenido análogo a los de otras legislaciones extranjeras como la suiza, austriaca o de la República Federal Alemana. Centrando el tema en las reglas que han de regir las relaciones de los Abogados defensores o expresamente llamados y de los Procuradores que los representen con los reclusos, el artículo 101

del Reglamento Penitenciario (aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo) establece que se han de celebrar en departamentos apropiados, no pudiendo ser suspendidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo, diferenciándose en este ámbito el Abogado que acude por ser llamado, considerándose destinatario pasivo del requerimiento del recluso y el Abogado defensor de quien parte la iniciativa de la comunicación cuantas veces lo desee, teniendo como límite la orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo (art. 51.2 de la referida Ley General Penitenciaria). La interpretación de este precepto –51.2– ha de hacerse en conexión con la regla quinta del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, «dando cuenta a la autoridad judicial competente». La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo –que en cuanto afecta un derecho fundamental puede hacer este TC– conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el núm. 2 solo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo además podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

Frente a ello la STC 184/1994, de 20 de junio, vino a entender que el régimen de suspensión e intervención de las comunicaciones, tanto orales como escritas, previsto en el artículo 51.5, se refiere a las comunicaciones generales del artículo 51.1, y no a las específicas previstas en el artículo 51.2, comunicaciones interno-abogado que no pueden ser ni suspendidas ni intervenidas sin previa autorización judicial. En este sentido, y luego de entender que lo sostenido en la STC 73/1983, «en una declaración accidental o de *obiter dictum*, que no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la LOGP, y que responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados», afirma (FJ 5.º): «Es evidente, en efecto, que el artículo 51 de la LOGP, distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas –artículo 51.1– y las comunicaciones específicas, que aquel tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del artículo 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento»,

según precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario. Este carácter de régimen singular, que para las comunicaciones con el Letrado establece el artículo 51.2, se prolonga más allá de la Ley, manteniéndose con toda claridad en su Reglamento de 8 de mayo de 1981, en el que las comunicaciones orales con el Abogado se regulan en Sección distinta de la dedicada a las comunicaciones del régimen general y en el que, al tratar de las comunicaciones escritas, con el Abogado, el artículo 18.4 ordena de forma explícita que «no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del artículo 51 de la Ley General Penitenciaria». Esta diferenciación esencial que existe entre el artículo 51.5 –régimen general cuya única remisión válida es al artículo 51.1– y el artículo 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el artículo 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones».

Esta «definitiva doctrina», según la cual las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores o los llamados para asuntos penales, prevista en el artículo 51.2 de la Ley Penitenciaria nunca puedan ser suspendidas ni intervenidas sin previa autorización judicial, será luego reiterada (así STC 175/1997, de 27 de octubre FJ 3.º) y extendida a los supuestos de intervención de las comunicaciones escritas (STC 58/1998, de 16 de marzo, FFJJ 4.º y 5.º), siendo que la proscripción de intervención administrativa es también predicable a las comunicaciones del interno con la autoridad judicial (SSTC 127/1996, de 9 de julio, FJ 4.º, y 175/2000, de 26 de junio, FJ 4.º), previsiones todas ellas contenidas en los artículos 48 y 49 del Reglamento penitenciario.

Por su parte, la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo limitó aún más la posible intervención de las comunicaciones del interno con su abogado, al entender que la citada intervención solo podría acordarla el juez en casos de terrorismo (STS 79/2012, de febrero, ponente Colmenero, FJ 8.º) hasta que una reforma procesal habilitara una intervención más amplia, lo que se produjo con la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, que introdujo en el artículo 118.4 el siguiente tenor: «Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. Lo dispuesto es el párrafo primero (*la confidencialidad de las comunicaciones*) no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o acusado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Penitenciaria».

Para terminar con el tema de las comunicaciones solo señalar que el Tribunal Constitucional se ha preocupado de subrayar que toda la regulación y doctrina antes señalada es solo predicable de los internos reclusos en un centro penitenciario, y no de los detenidos que se hallan en dependencias policiales, por lo que no habilitan la intervención de las comunicaciones verbales que allí tengan lugar (STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.º).

Pasando al artículo 53 de la Ley Penitenciaria, en el mismo se contemplan las visitas de «familiares y allegados íntimos» de los internos que no puedan obtener de permisos de salida (se entiende que ordinarios), precepto que debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 38.3, introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, referido a las llamadas «comunicaciones o visitas de convivencia» reguladas en el artículo 45.6 del Reglamento penitenciario.

Respecto a las *visitas íntimas* fue la STC 89/1987, de 3 de junio, la que abordó su *naturaleza jurídica*, afirmando (FJ 2.º) que «Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones *no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles*. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifesta-

ciones de su práctica, por importantes que estas sean en la vida del individuo. Aseguran que nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley (art. 17.1 CE) y protegen el ejercicio de libertades concretas (por ejemplo, arts. 19, 20, 21, 22, 27 y 28 CE) o de aquellos ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad (verbigracia, art. 18 CE), sin que sea ahora necesario entrar en el complejo problema de si esta protección implica solo obligación negativa del Estado o también la obligación positiva de dictar las normas y adoptar las medidas oportunas para salvaguardar estas libertades en la relación recíproca entre los ciudadanos. Lo que importa al asunto que ahora nos ocupa es subrayar la afirmación que antes hacíamos de que el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas. Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven también impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno. Es, sin duda, plausible, concorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el artículo 25.2 asigna a las penas privativas de libertad, que el legislador las autorice, pero ni está obligado a ello ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con sus familiares o allegados íntimos que abre el artículo 53 LOGP, sujeta a la previa autorización en la forma que reglamentariamente se determine. Aunque bastaría con lo dicho para evidenciar la inexactitud jurídica de la premisa de la que arranca todo el razonamiento de los recurrentes y, por tanto, la insostenibilidad de su pretensión, conviene analizar también en concreto la conexión que la demanda pretende establecer entre el derecho a recibir visitas íntimas y los derechos garantizados en los artículos 15 y 18.1 de la Constitución.

Que la sexualidad sea parte importante de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinentes, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal como aquí es el caso, pues, aunque las formulaciones generales utilizadas por la recurrente llevan a veces a olvidarlo, ha de tenerse siempre en cuenta que la negativa (o negativas) a permitir visitas íntimas contra la que la Asociación Salhaketa se dirige, aflige solo a los reclusos sometidos al régimen del artículo 10 LOGP, que, según el propio precepto, no puede extenderse

más allá del tiempo necesario para que desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su aplicación.

Por la misma razón hay que afirmar que esa negativa y la consiguiente imposibilidad de mantener relaciones sexuales no implica tampoco la sumisión a un trato inhumano o degradante, pues, como ya dijimos en nuestra STC 65/1986, recogiendo doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, para apreciar la existencia de tratos de ese género es necesario que estos «acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena» (fundamento jurídico 4.º). La privación de libertad, como preso o como penado, es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual.

Tampoco cabe discutir, es obvio, que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados, pero lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres. Sin duda, 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 íntimas. Se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, relaciones que, precisamente por exigencias de lo dispuesto en el artículo 18.1 CE, han de desarrollarse, cuando son autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas. La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad».

Por su parte en la STC 193/2001, de 1 de octubre, se abordó la cuestión de los *vis a vis íntimos solicitados entre internos que se hallan en distintos centros penitenciarios ubicados en localidades diferentes*, y que fueron denegados por la Administración en aplicación de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias sobre comunicaciones de los internos 24/1996, de 16 de diciembre, criterio

que avaló tanto el Juez de Vigilancia como la Audiencia Provincial de Madrid a la hora de resolver el recurso de apelación interpuesto frente al auto de aquel, órgano de apelación que con dicha resolución se separó, sin mayor justificación, del criterio mantenido en otras ocasiones en las que se abordó la misma cuestión. Es por ello que el Tribunal Constitucional nos recuerda que (FJ 3.º) «los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos impiden a los órganos judiciales que en sus resoluciones se aparten arbitrariamente de los precedentes propios, habiendo declarado este Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones que se produce una violación del artículo 14 CE, en su vertiente de derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, cuando el mismo órgano judicial, existiendo identidad sustancial del supuesto de hecho enjuiciado, se aparta del criterio jurisprudencial mantenido en casos anteriores, sin que medie una fundamentación suficiente y razonable, que justifique la nueva postura en la interpretación y aplicación de la misma legalidad, fundamentación que no es necesario que resulte de modo expreso de la propia resolución, bastando con que existan elementos que evidencien que el cambio no es fruto de una respuesta individualizada diferente a la seguida anteriormente, sino manifestación de la adopción de una nueva solución o de un criterio general y aplicable a los casos futuros por el órgano judicial. En otras palabras, lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo, cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas, que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan solo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad (SSTC 201/1991, de 28 de octubre, FJ 2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5; 71/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 188/1998, de 28 de septiembre, FJ 4; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 6; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 176/2000, de 26 de junio, FJ 3; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2, por todas).

Es a la luz de la citada doctrina por lo que el Tribunal Constitucional otorga el amparo al entender (FJ 4.º) que «Acontece, pues, que sobre una misma cuestión controvertida el mismo órgano judicial ha dictado resoluciones distintas, sin que, además, se ofrezca justificación alguna adecuada y suficiente del cambio decisorio. Lo único censurable ahora desde la perspectiva constitucional, y en mérito a la igualdad en la aplicación de la Ley, es la falta de motivación del cambio decisorio. No se aporta por el órgano judicial en el caso controver-

tido la razón de la modificación de su doctrina precedente, si bien es verdad que la explicitación de ese cambio no siempre es exigible, como ha reconocido reiteradamente este Tribunal, cuando se puede inferir de los términos de la resolución. Sin embargo, en el presente caso no concurre dato alguno, ni interno, que se derive del propio fundamento de la resolución judicial impugnada, ni externo, como pudiera ser una resolución judicial posterior y en el mismo sentido a la recurrida en amparo, del que se pueda inferir que el cambio de criterio esté dotado de una vocación de generalidad».

En el ámbito de las *visitas familiares*, la interesante STC 128/2013, de 3 de junio, aborda la *delimitación conceptual entre familiares y allegados*, circunscribiendo el primero a los parientes de hasta un segundo grado, y por tanto descartando dentro de él a los primos hermanos que, al estar unidos por un cuarto grado, deben encuadrarse en el ámbito de las visitas reguladas en el artículo 53 de la Ley dentro de la catalogación de allegados. En tal sentido afirma (FJ 5.º): «la restricción de los familiares que podían comunicar vis a vis acreditando únicamente el parentesco con el interno a los que se encuentren en el segundo grado encontraba justificación en el gran núm. de personas que cabe incluir en el concepto de parientes. De modo que, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Fiscal, la limitación del acceso incondicionado a los parientes dentro del segundo grado encuentra cobertura en el artículo 51.1 LOGP, el cual permite establecer restricciones cuando lo exijan «razones de seguridad» o «del buen orden del establecimiento», conceptos jurídicos indeterminados que no resultan extravasados en términos constitucionalmente inadmisibles por la concreción de los familiares que pueden tener acceso a las visitas vis a vis sin más comprobaciones que la relación de parentesco. Así lo entendió el órgano judicial de instancia al rechazar la queja del interno por no apreciar «abuso o desviación en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario» y así lo ratificó, con mayor precisión, la Audiencia Provincial al fundar la desestimación del recurso de apelación en que la decisión del centro penitenciario acomodaba la aplicación práctica de este tipo de visitas (las previstas en el artículo 45.5 del Reglamento penitenciario) al «espíritu y finalidad de la norma conciliando el derecho del interno con los medios y capacidad organizativa del centro penitenciario». Por lo demás, no puede pasarse por alto que el resto de parientes –los de parentesco más lejano que el segundo grado– no resultaban excluidos del régimen de visitas, sino que debían acomodarse al de mayor comprobación propio de los allegados, lo que pone en evidencia que la limitación de la que estamos tratando se acomodaba al principio de proporcionalidad en cuanto, de



una parte, es adecuada al fin perseguido de garantizar la seguridad y buen funcionamiento del centro penitenciario, y, de otro lado, la restricción no se extiende más allá de lo estrictamente preciso. Finalmente, ha de descartarse también que la decisión del centro penitenciario fuese arbitraria, esto es, caprichosa o adoptada en contemplación de la específica persona del demandante de amparo, pues constituyó ejecución de criterios generales de aplicación de la normativa reguladora del régimen penitenciario».

Sobre las *comunicaciones o visitas de convivencia* reguladas, desde la antes citada reforma de 1995, en el artículo 38.3 de la Ley Penitenciaria, señala que, si bien el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ellas, el Auto de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo 1036/2015, de 25 de junio (ponente Conde-Pumpido), dictado en recurso de unificación de doctrina, inadmite el mismo por entender que dado que, a diferencia de otras comunicaciones reguladas legal y reglamentariamente, no se establece una frecuencia mínima, puede la misma establecerse de manera diferente según las circunstancias, recordando al respecto que (FJ Único): «Si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad. No hay contradicción alguna entre las citadas resoluciones acerca de la interpretación del artículo 45.6, manteniendo idéntico razonamiento discursivo, respecto de la ponderación de la concurrencia de los requisitos legales y las circunstancias del caso, en tanto que no establece la norma citada la periodicidad mensual que el recurrente exige. La discrepancia en las decisiones adoptadas no lo es por consecuencia de la aplicación de doctrinas diversas, sino fruto de las distintas circunstancias a las que se refieren. Por lo tanto, en la medida en la que el objeto del presente recurso es el mantenimiento de la unidad interpretativa de las normas de ejecución penal el motivo debe ser inadmitido, dado que solo se alegan cuestiones de hecho ajenas al objeto del mismo».

### 13. INSTRUCCIÓN Y EDUCACIÓN (ART. 55 A 58 LOGP)

Respecto al derecho a la educación, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar que, sin negar que tal derecho reconocido

en el artículo 27 de la Carta Magna es predicable de las personas recluidas en una prisión, es necesario modular el mismo con las finalidades regimentales que tienen asignadas las Instituciones penitenciarias, esto es, garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro. Y así en la STC 140/2002, de 3 de junio, leemos (FJ 5.º): «Como ya hemos señalado (SSTC 81/2000, de 27 de marzo, y 175/2000, de 26 de junio) «las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales... a excepción de los constitucionalmente restringidos» y «refiriéndonos en concreto a la relación que se produce entre la Administración penitenciaria y las personas recluidas en un centro penitenciario, que hemos incardinado dentro de las denominadas ‘relaciones de sujeción especial’ (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FFJJ 2 y 4; 120/1990, de 27 de junio, FJ 6; 129/1995, de 11 de septiembre, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2; 60/1997, de 18 de marzo, FJ 1, entre otras), hemos resaltado 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», de suerte que «la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 CE supone 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».

*Es claro que los internos en un centro penitenciario gozan del derecho a la educación –artículo 27.1 CE– y así lo reconocen los artículos 55 y siguientes LOGP. Pero tal derecho queda sujeto a las «modulaciones y matices» (STC 175/2000, ya citada) derivadas de su situación de sujeción especial, que obliga a «acatar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento» [art. 4.1 b) LOGP]. Desde luego, no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo, pero esto no autoriza a alterar las reglas de la «vida del establecimiento» y que tienen por finalidad mantener el buen orden y adecuado desarrollo de aquella, en lo que ahora importa, en materia de ordenadores –artículo 129.2 RP–, para los que las normas de régimen interior, ciertamente de un alcance territorial general, establecen la necesidad de depositarlos en la Sala de Informática o en los lugares habilitados al efecto. Y, en último término, será de indicar que no se*

*ha privado al demandante de amparo de la posibilidad de utilizar el ordenador, sino que meramente se le ha limitado, puesto que, si no en su celda, puede usarlo en el local señalado para tal fin, lo que constituye una modulación del derecho a la educación establecida con la mencionada finalidad de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro (SSTC 57/1994, 129/1995, 35/1996)» (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 4)».*

Por otra parte, y en relación a la realización de estudios universitarios por parte de personas que se hallan recluidas en los centros penitenciarios, la Ley Orgánica 6/2003, de 30 de junio vino a dar una nueva redacción al artículo 56 de la Ley Penitenciaria que, a partir de ese momento, tiene el siguiente tenor literal: ««1. La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes. 2. Para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración penitenciaria suscriba, previos los informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes, los oportunos convenios con universidades públicas. Dichos convenios garantizarán que la enseñanza se imparte en las condiciones y con el rigor y la calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario. La alteración del régimen y estructura de la enseñanza o de la asistencia educativa a los internos prevista en los convenios aludidos, así como cualesquiera otras modificaciones, prórrogas o extensión de aquellos a nuevas partes firmantes o sujetos, deberán ser autorizados por la Administración penitenciaria. En atención a la movilidad de la población reclusa y a la naturaleza no presencial de los estudios a los que se refiere este artículo, los convenios aludidos en el párrafo anterior se suscribirán, preferentemente, con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. No obstante, las Administraciones penitenciarias competentes podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito en los términos establecidos en el párrafo anterior».

Pues bien, se planteó ante el Tribunal Constitucional hasta qué punto las previsiones del núm. 2 del transcrito artículo 56 de la Ley Penitenciaria, en tanto se establece que el acceso a los estudios de los internos a una determinada universidad esté necesariamente condicionado a la previa existencia de un convenio de dicha universidad con la Administración penitenciaria y que la UNED tenga en este sentido una posición preferente, pudiera ser contrario a la autonomía universitaria garantizada en el artículo 27 de la Constitución española. Así, en

la STC 206/2011, de 19 de diciembre, entendió que la interpretación del artículo 56.2 LOGP efectuada en la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009 impugnada era *contraria al derecho a la autonomía universitaria reconocida por la Constitución al supeditar el ejercicio de uno de los contenidos de esa autonomía, la potestad normativa para la ordenación de la actividad docente, a la previa suscripción de un convenio interadministrativo*. En este sentido se afirma (FJ 7.<sup>o</sup>) que: «De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LOGP, la prestación del servicio público universitario a personas internas en instituciones penitenciarias está condicionada a la suscripción previa de convenio entre la Administración penitenciaria y la universidad correspondiente. Siendo ello así debemos señalar que esta exigencia de convenio interadministrativo encuentra justificación en la necesidad de contar con la colaboración de la Administración penitenciaria para que los internos puedan seguir adecuadamente los estudios impartidos a distancia, esto es, sin merma de la calidad con la que las Universidades prestan el servicio público educativo garantizado por las normas que lo disciplinan. *Pero no puede verse en el artículo 56.2 LOGP una norma reguladora de los aspectos estrictamente docentes de los estudios universitarios a distancia dirigidos a los internos en centros penitenciarios. Dicho de otro modo, no se trata de una norma sobre calidad educativa que atienda a la especificidad de sus destinatarios para modular sus condiciones, ni sobre ordenación de los medios necesarios para la impartición de la enseñanza superior; materias ambas que podrían reclamar o justificar el dictado de una disposición de carácter general pero no remitir a un convenio entre Administraciones sin establecimiento de directrices sustantivas al respecto.*»

No es esta, sin embargo, la interpretación que del art 56.2 LOGP se hace en la resolución judicial impugnada en este proceso de amparo. En la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se identifican como funciones primordiales que están llamados a cumplir los convenios de colaboración entre la Administración penitenciaria y las Universidades públicas –a las que, más allá de la explícita preferencia por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, se reserva la impartición de estas enseñanzas no presenciales–, no solo la de facilitar las condiciones para que «los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria», sino también la de garantizar que la especial situación de privación de libertad de los internos en centros penitenciarios no conduzca a una disminución injustificada tanto de la calidad de la enseñanza como de las exigencias propias de titulaciones oficiales a

las que dan acceso. Y se afirma expresamente que «no es posible que exista un Protocolo que desconozca que ha de nacer del Convenio previo suscrito entre la Universidad autora del mismo y la Administración penitenciaria en el que se fijen las garantías para su aplicación para que de ese modo se cumplan en la enseñanza que se imparte las condiciones y el rigor y la calidad inherentes a ese tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario» (fundamento de Derecho cuarto). Con esta tajante aseveración se hace de los convenios de colaboración entre la Administración penitenciaria y las Universidades públicas presupuesto habilitante del ejercicio por estas de su potestad normativa para la regulación de lo que constituye el núcleo de la autonomía universitaria: la protección de la libertad académica, en su manifestación de libertad de enseñanza, estudio e investigación frente a todo tipo de injerencias externas (STC 47/2005, de 3 de marzo, F5).

En nada afecta a esta autonomía constitucionalmente garantizada el hecho de que se supedita la prestación del servicio público de la educación universitaria a los internos en centros penitenciarios a la previa suscripción de un convenio interadministrativo. Al respecto parece razonable exigir de las distintas Administraciones públicas implicadas un esfuerzo de colaboración para asegurar que la prestación del servicio ocasionará el menor trastorno posible a la convivencia ordinaria en el seno de la institución penitenciaria. Pero no cabe decir lo mismo cuando de la firma del convenio de colaboración interadministrativa se hace depender no solo la posibilidad de la efectiva impartición de docencia universitaria a distancia a internos penitenciarios, sino la validez misma de la ordenación abstracta por la Universidad de las especialidades que la prestación de los servicios educativos a prestar a distancia a internos en centros penitenciarios ha de revestir para adaptarse a tan singulares estudiantes. Es más, dado que la regulación del modo y las condiciones en las que la Universidad prestará el servicio educativo a distancia a los internos en centros penitenciarios corresponde efectuarla a la Universidad libre de injerencias externas, su efectiva ordenación en el protocolo con carácter previo a la suscripción del convenio con la Administración penitenciaria, a cuya firma se condiciona la efectiva y material prestación de la docencia a distancia, permite a esta conocer anticipadamente la repercusión que en el régimen penitenciario podría tener el seguimiento por los internos de los estudios a distancia por ella prestados, así como, en su caso, arbitrar los medios necesarios que lo hagan posible en cumplimiento del mandato resocializador incorporado al artículo 25.2 CE.

El protocolo que nos ocupa representa una actividad previa a la formalización de la colaboración con la Administración penitenciaria, un instrumento a través del cual el consejo de gobierno de la Universidad del País Vasco define el marco de relaciones con esa misma rama de la Administración, prefijando las condiciones que han de cumplirse para que quien ostente la representación ad extra de la Universidad pueda suscribir los eventuales convenios de colaboración en la materia.

*Hemos de concluir por tanto que la interpretación del artículo 56.2 LOGP que rechaza que la Universidad pueda regular las condiciones en las que ha de impartirse la docencia a distancia a internos en centros penitenciarios hasta tanto no se haya concertado con la Administración penitenciaria, supone una restricción del ejercicio de la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE) que lo lesiona, pues no encuentra justificación suficiente en la preservación los bienes jurídicos que se tratan de garantizar con la exigencia de previo convenio con la Administración penitenciaria para que la educación a distancia a internos en centros penitenciarios pueda materializarse mediante su prestación efectiva».*

Finalmente decir que relacionado con el derecho a la educación encontramos el *derecho a recibir información* consagrado en el artículo 20 de la Constitución, el cual, al igual que aquel, es también modulable cuando de personas internas en un centro penitenciario, habiendo abordado esta cuestión la STC 11/2006, de 16 de enero, en relación a la *posibilidad de privar a un interno terrorista a determinados números de cierta revista*, recordando que el artículo 58 de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP), a cuyo tenor «Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento». Lo dispuesto en el citado precepto legal se reitera en su desarrollo reglamentario, contenido en el artículo 128.1 del Reglamento penitenciario (RP) que añade que el interno podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contra la resolución del centro penitenciario que establezca limitaciones a dicho derecho. Además, el artículo 128.2 RP precisa que no se autorizará en ningún caso la tenencia de publicaciones que carezcan de depósito legal o de pie de imprenta (con excepción de las editadas en el propio centro penitenciario), «así como las que atenten a la seguridad y buen orden del establecimiento». En la medida en que la remisión del artículo 25.2 CE a la ley penitenciaria, cuya regulación atiende a las características, tan singulares, de la propia relación especial de sujeción a que están

sometidos los presos, impide hablar de reserva absoluta de jurisdicción en relación con medidas restrictivas de los derechos fundamentales como la aquí analizada, es evidente que el centro penitenciario responsable de la medida de retención de la revista podía adoptarla formalmente amparándose en el artículo 58 LOGP, desarrollado por el artículo 128 RP. Con este marco normativo se entiende (FJ 3.º) que ningún quebranto de la legalidad se produjo, subrayando que «las irregularidades procedimentales aducidas por el recurrente, relativas a la inexistencia de la resolución motivada previa a que se refieren el artículo 58 LOGP y el artículo 128 RP, carecen de relevancia constitucional en el presente caso, teniendo en cuenta el carácter necesariamente cautelar de la retención de los efectos contenidos en los paquetes dirigidos a los presos. En este sentido, cabe señalar, por un lado, que las normas que disciplinan la recepción de tales paquetes (arts. 50 y 51 RP) contemplan la posibilidad de que el centro penitenciario no autorice la entrada de objetos contenidos en su interior siempre que puedan suponer un peligro para la seguridad o la ordenada convivencia del centro, sin que ello requiera ningún informe previo. Pero además, en el presente caso ha quedado acreditado que un día después de la retención de la revista ahora reclamada el director del centro penitenciario comunicó al recurrente que dicha medida se produjo «por razones de seguridad», razones que no fueron concretadas en este momento, pero que, como se razonará a continuación, pueden considerarse complementadas por el informe remitido por dicho director al Juez de Vigilancia Penitenciaria». Y ni se quebranta la legalidad ni el principio de proporcionalidad en aplicación de la ley, pues (FJ 10.º) «en el presente caso la restricción del derecho a recibir libremente información, consistente en la retención de unos números concretos de una determinada revista a un interno perteneciente a una organización terrorista que ha tenido y tiene, entre otros repudiables objetivos, el de atentar contra la vida y la libertad de los funcionarios de prisiones, como hemos constatado expresamente (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 5; 141/1999, de 22 de julio, FJ 6; y 106/2001, de 23 de abril, FJ 8, antes citadas), aparece como justificada para la preservación de derechos fundamentales y valores dignos de protección constitucional, como son los derechos a la vida e integridad física de otras personas (art. 15 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE), así como el tratamiento de los recursos en orden a su reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y la preservación de la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario (art. 58 LOGP), en cuanto que razonablemente cabe entender que los números de la revista retenidos por el centro penitenciario podían contener subrepticamente alguna infor-

mación, dato, instrucción o mensaje destinado al demandante o a otros internos, que comprometiesen directa o indirectamente los referidos derechos fundamentales y valores dignos de protección constitucional, por lo que debe rechazarse la pretendida lesión del derecho fundamental garantizado por el artículo 20.1 d) CE».

#### 14. TRATAMIENTO PENITENCIARIO (ARTS. 59 A 72 LOGP)

Si bien el tratamiento penitenciario es sin duda el eje nuclear de nuestro sistema de ejecución de la pena privativa de libertad, la regulación que del mismo hace nuestra Ley Penitenciaria no ha sido de una atención preferente por parte del Tribunal Constitucional, y ello porque es lógico que sea en el régimen penitenciario en donde se encuentren más fácilmente fricciones con los derechos fundamentales de los internos.

No obstante ello, y haciendo remisión a lo que ya dijimos en relación a los fines reeducadores y reinsertadores atribuidos a las Instituciones Penitenciarias en el artículo 1 de la Ley Penitenciaria (supra apartado 1), hemos de señalar que han existido puntuales pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en relación al sistema de individualización científica separado en grados a que se refiere el artículo 72 de la Ley Penitenciaria, muy particularmente en lo referido a la libertad condicional y a la clasificación en tercer grado de los internos enfermos.

Así, en la STC 79/1998, de 1 de abril, ya se *descartó que la libertad condicional fuera un derecho del interno* y que, por tanto, con su denegación se vulnerara derecho constitucional alguno, señalando al respecto (FJ 4.º) que: «En primer término, cabe descartar que la denegación del beneficio penitenciario de libertad condicional pueda suponer, en sentido propio, una lesión del derecho fundamental a la libertad consagrado en el artículo 17.1 CE. Ello es así porque, como ha afirmado este Tribunal en relación con otros beneficios penitenciarios, la previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación de un beneficio penitenciario invocando el derecho a la libertad, pues es la Sentencia firme condenatoria la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental (por todas, SSTC 2/1997 y 81/1997). Ello sin perjuicio de que, como hemos reiterado en la STC 21/1997 (fundamento jurídico 3.ºb), «en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no solo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones



concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior». En segundo término, también carece de fundamento la alegada infracción del mandato constitucional recogido en el artículo 25.2 CE de orientación de las penas privativas de libertad (en este caso de su ejecución) hacia la reeducación y reinserción social de los condenados. Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el artículo 25.2 CE contiene solo un mandato dirigido al legislador penal y penitenciario, que, aunque puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes, no es fuente en sí mismo de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos aún de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (entre otras, SSTC 2/1987, 19/1988, 28/1988, 150/1991, 209/1993, 72/1994, 2/1997 y 81/1997). En este sentido, *la simple congruencia de la institución de la libertad condicional con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE, no es suficiente para conferirle la categoría de derecho subjetivo ni menos aún de derecho fundamental*».

Por su parte, en la STC 48/1996, de 25 de marzo, y en relación a la clasificación y libertad condicional de aquellos internos que padecen enfermedades muy graves e incurables, señaló (FJ 2.º) que: «La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (art. 15 CE). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tienen un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados. Por otra parte, la Administración penitenciaria no solo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición respetuosa, negativa pues, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de su libertad (SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991; arts. 3 y 4 de la Ley General Penitenciaria y 5.3 de su Reglamento). Desde otra perspectiva complementaria, la relación de sujeción especial entre el recluso y la Administración penitenciaria que hace nacer la condena judicial a una pena de prisión, permite limitar ciertos derechos fundamentales por razón del mismo condicionamiento material de la libertad, pero a la vez impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resulten necesariamente limitados (STC 2/1987). El equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su

consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir la norma reglamentaria en cuestión, incorporada hoy al Código Penal. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, *no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no pietatis causa sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa*», para terminar concluyendo (FJ 3.º): «Como recapitulación y coda final, quede claro que tan solo una enfermedad grave e incurable, como esta, en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquella, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal. En definitiva, pues, lo dicho conduce directamente al amparo que se nos pide, para cuya efectividad basta y sobra la anulación del Auto donde se ha preterido el derecho fundamental invocado, sin otra providencia por nuestra parte. *Es el propio sistema judicial quien ha de sacar las consecuencias pertinentes de esta nuestra Sentencia*».

## 15. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA (ARTS. 76 A 78 LOGP)

Sin duda alguna, una de las principales aportaciones de la Ley Penitenciaria fue la instauración en nuestro sistema de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria (solo «Juez de Vigilancia» en el *nomen iuris* del título V), pues con la judicialización especializada de la actividad penitenciaria se dio un gran paso para la configuración del Derecho penitenciario como disciplina autónoma. Sobre el especial protagonismo que el Juez de Vigilancia tiene en la Ley ha insistido el Tribunal

Constitucional de manera reiterada, resaltando la STC 143/1993, de 26 de abril que (FJ 2.º) «los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria constituyen una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos y que, por ello, debe garantizarse y exigirse la actuación de estos órganos judiciales especializados (STC 2/1987 fundamento jurídico 5.º)», y afirmando que «No resulta gratuito insistir una vez más en el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde (...) en general «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse» (art. 76.1 LOGP)» (STC 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 4.º), recordando que su labor se enmarca en el hecho de que «entre los postulados del Estado de Derecho establecidos por la Constitución (art. 1) se encuentran la legalidad estricta de la acción administrativa y el control jurisdiccional de la misma. La Administración penitenciaria no está exenta de un control judicial, habida cuenta de las garantías establecidas en el artículo 9.3 de la CE y las fijadas en el artículo 106.1 de la misma CE, al tiempo que es necesario valorar si la injerencia en las comunicaciones está prevista legalmente. Es el Juez de vigilancia penitenciaria, por imperativos especialmente del artículo 76.1 y 2 g) de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, conocida por la Ley General Penitenciaria, quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los arts. 25.2, 24 y 9.3 de la CE, al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Esta es la vía normal para salvaguardar los derechos de los internos sin perjuicio de poder acudir en amparo a este TC contra los actos de la Administración penitenciaria que se estiman contrarios a los derechos fundamentales, si no fuesen corregidos en la vía judicial; ello con independencia de la posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios» (STC 73/1983, de 30 de julio, FJ 6.º).

En tal sentido, el artículo 76.1 de la Ley es rotundo al afirmar que «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». Al hilo de ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «cabe recordar la permanente apelación de este Tribunal a que si bien la salvaguarda del ejercicio de los

derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias, juegan un especial papel en ese ámbito los órganos jurisdiccionales y, de un modo singular, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tienen un relevante papel en nuestro sistema penitenciario, correspondiéndoles no solo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias, sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse (por todas, STC 215/2007, de 8 de octubre, FJ 2)» (STC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 4.º).

Al respecto de las funciones concretas atribuidas por la Ley Penitenciaria al Juez de Vigilancia y que se recogen en el núm. 2 del citado artículo 76 de la misma, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de subrayar los contornos de alguna de ellas.

Así por ejemplo, en relación a la competencia del Juez de Vigilancia relativa a «resolver sobre las propuestas de libertad condicional» (art. 76.2. apartado b), ya la STC 79/1998, de 1 de abril, se preocupó de remarcar que dicha «resolución» debía ser fruto de una cognición plena por parte del Juez no vinculada por la propuesta realizada por la Administración, pues (FJ 4.º) «aunque para la concesión de la libertad condicional resulta ineludible la tramitación por la Administración Penitenciaria de un expediente administrativo ad hoc, y su elevación con la oportuna propuesta –no vinculante– al Juez de Vigilancia Penitenciaria, conforme disponen los artículos 67 y 76.2.b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y 61 y 63 del Reglamento Penitenciario de 1981 entonces vigente (arts. 194 y 198 del Reglamento Penitenciario de 1996), la concesión de la libertad condicional *es una decisión jurisdiccional que la ley atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria y a la Audiencia Provincial en vía de recurso de apelación, en cuanto órganos jurisdiccionales de ejecución de las penas. Por ello, en modo alguno puede entenderse como arbitraria o infundada la decisión de los órganos judiciales de denegar la concesión de la libertad condicional en el presente caso, por estimar que la Administración Penitenciaria no había ofrecido datos suficientes en su propuesta, en orden a acreditar debidamente la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos para la concesión del beneficio de la libertad condicional, y muy especialmente el de las garantías de hacer vida honrada en libertad, máxime tratándose de un supuesto de libertad anticipada por razón de edad, y habida cuenta de la finalidad resocializadora de la institución».*

En cuanto a la competencia relativa a «aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de condena» (art. 76.2. apartado c), y recordando a este respecto que el principal beneficio penitenciario de acortamiento de condena era la redención de penas por el trabajo (desaparecido con el Código penal de 1995 y quedando a partir de él solo el llamado indulto penitenciario del artículo 206 del Reglamento penitenciario –como beneficio que acorta pena–), el Tribunal Constitucional se ha preocupado de señalar (STC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 3.º) que «la decisión sobre el abono de días de redención corresponde, en el actual sistema implantado por la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), al Juez de Vigilancia Penitenciaria. En efecto, el art. 76.2 c) LOGP incluye, entre las funciones que especialmente le corresponden al Juez de Vigilancia Penitenciaria, la de «aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena». Nada dice, sin embargo, la Ley Orgánica General Penitenciaria sobre el carácter de dichas resoluciones y sobre los recursos a los que pudieran estar sometidas. Esta laguna fue subsanada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que, en su Disposición adicional quinta, señala que puede interponerse recurso de reforma contra todos los Autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como el de apelación (y el de queja, en caso de inadmisión de la apelación) en determinados supuestos, entre los que se cuentan las decisiones sobre beneficios penitenciarios (Disposición adicional quinta, ap. 3), ante la Audiencia Provincial en cuyo territorio esté ubicado el establecimiento penitenciario. Finalmente, el apartado 5 de la Disposición adicional que se comenta se remite a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.) para la normativa aplicable a los citados recursos, con la única excepción de que limita la legitimación al Ministerio Fiscal –que en todo caso ha de ser parte– y al interno o liberado condicional. *En un sistema así judicializado, la única vía de modificación, en principio, de las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria sobre reconocimiento de beneficios penitenciarios es la de los recursos legalmente establecidos a los que se ha hecho referencia. Y, de acuerdo con las reglas generales de la LECrím., aplicable subsidiariamente por la expresa remisión antes citada de la Disposición adicional quinta de la LOPJ, así como por exigencia del principio de seguridad jurídica, las resoluciones judiciales adquieren firmeza de no interponerse contra ellas recurso alguno en tiempo y forma por parte de los sujetos legitimados. Ello significa que un Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el que se haya abonado un determinado beneficio a*

un preso, si no es recurrido en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal o por el propio penado, deviene firme e intangible, salvo que se den una de estas dos posibilidades: una, de naturaleza procesal, la de que la ley no atribuya expresamente de firmeza a dicha resolución, excepción que en todo caso debería ser compatible con el principio de seguridad jurídica; otra, de carácter sustantivo, la de que el beneficio en cuestión no sea definitivo, sino condicional, pudiendo ser revisado en los supuestos legales en que así se prevea».

Para terminar con la libertad condicional solo recordar que en el expediente de revocación de la misma pueda participar el penado que se hallare huido mediante su personación con abogado y procurador, por entender el Tribunal Constitucional (STC 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 6.º) que no es aquí aplicable su doctrina del abuso de representación, ya que la situación de incomparecencia ante la Justicia en dicho procedimiento no puede entenderse necesariamente como una renuncia voluntaria a su derecho de defensa.

Por lo que se refiere al indulto particular, la STC 226/2015, de 2 de noviembre, señala (FJ 6.º) que «El artículo 206 RP regula la *propuesta de indulto particular que puede realizar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a instancias del centro penitenciario*. En dicha regulación la Administración se limita a iniciar el trámite y el Juzgado ha de decidir, después, si efectúa o no la propuesta de indulto al Ministerio de Justicia. Resulta evidente que la norma en cuestión no contempla un supuesto en el que el órgano judicial resuelva directamente sobre la pervivencia o el cese de la situación de privación de libertad sufrida por el penado. Es patente, en realidad, que, en el artículo 206 RP, el *órgano judicial no es prestador directo de una tutela que el justiciable pueda impetrarle a efectos de obtener su libertad*. El referido precepto solo contempla un cauce específico de tramitación del derecho de gracia, en el que hay un solo legitimado para iniciar el trámite –la junta de tratamiento a instancia del equipo técnico– del mismo modo que hay un solo legitimado –el Juzgado de Vigilancia– para formular la propuesta de indulto al Ministerio de Justicia. En suma, la norma regula un cauce procedimental que es completamente ajeno a la petición de indulto que, por su propia iniciativa, puede promover el penado, en cualquier momento, ante el órgano competente del Gobierno. *Se advierte, así, que la función que cumple el órgano judicial en la regulación del artículo 206 RP es la de decidir por sí mismo si existen razones cualificadas que aconsejan su intervención activa en la concesión del derecho de gracia*. Se trata, en definitiva, de que el juez evalúe si debe convertirse en promotor de una petición que, de ordinario, puede realizar el propio afectado. Es obvio, en este punto,

que una solicitud del penado tendente a que el juez promueva esta vía singular de indulto no altera el régimen normativo a que acaba de aludirse. Excluido el penado del régimen de legitimación y tratándose de una actuación de naturaleza discrecional, la incitación al órgano judicial a conducirse de un modo u otro se basa, en realidad, en la posibilidad general de dirigir peticiones al poder público competente, peticiones que, conforme a nuestra doctrina, no pueden ir acompañadas de un derecho paralelo a obtener una respuesta favorable (STC 108/2011, de 20 de junio, FJ 2). Estas peculiaridades de la normativa aplicable deben, pues, tenerse en cuenta a la hora de evaluar el deber reforzado de motivación exigible al órgano judicial, que debe entenderse cumplido si este consigna la circunstancia concreta del asunto planteado que, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 206 RP, le lleva a descartar, según su propia discreción, su intervención activa ante el Ministerio de Justicia, dejando que sea el penado el que asuma por sí solo la iniciativa en la petición de indulto».

Especial mención merece la competencia atribuida al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el apartado d) del artículo 76.2 de la Ley Penitenciaria, y que se concreta en «aprobar las sanciones de aislamiento en celda superior a catorce días», pues a tal respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara al establecer ya en su conocida STC 2/1987, de 21 de enero (FJ 5.º) que «no dejan de tener también relevancia constitucional las garantías expresas que para la imposición de la sanción de aislamiento en celdas impone la legislación penitenciaria, y entre ellas, aparte de las ya citadas, la que establece el artículo 76.1 de la Ley General Penitenciaria que reconoce al Juez de Vigilancia la competencia para «aprobar las sanciones de aislamiento en celdas de duración superior a catorce días». Como ha dicho la Sentencia 73/1983, de 30 de julio «es el Juez de Vigilancia quien ha de velar por las situaciones que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados». No es necesario insistir en la importancia que en nuestro sistema penitenciario corresponde al Juez de Vigilancia, cuya función 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 ejecución y en particular sobre la protección de los derechos de los detenidos. La Ley General Penitenciaria ha optado por una composición meramente administrativa de los órganos que intervienen en la disciplina penitenciaria, subrayando con ello el carácter «técnico» de la Administración Penitenciaria, pero 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. Esta importante función tiene su reflejo en el artículo 76 de la vigente Ley General Penitenciaria que atribuye al Juez de Vigilancia «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse», sino también del propio artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que alude junto al «control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias», al «amparo de los derechos y beneficios de los internos». Es claro así, que los Juzgados de Vigilancia constituyen una pieza clave del sistema penitenciario, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos, y que, por ello, debe garantizarse y exigirse, también constitucionalmente, la actuación de estos órganos judiciales especializados. En el presente caso *se ha eludido la aprobación por el Juez de las sanciones a través de la consideración aislada de diversas infracciones en un único incidente, incluyendo también una separación de expediente y de otro lado a través de una interpretación de la Ley General Penitenciaria, tendente a reducir la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Sin entrar en el análisis del sentido del artículo 42.5 de la Ley General Penitenciaria, en relación con los principios del concurso real y de la acumulación jurídica –aunque la doctrina estima que mientras no exista ruptura de nexo causal entre los actos, deberían estimarse globalmente como subsumibles en un único supuesto de infracción y no, como en el presente caso se ha hecho, con carácter sustantivo e independiente– lo cierto es que el artículo 76.2 d) *está redactado de forma tajante, y sin reserva o excepción alguna*, sin que, a la luz de la Constitución sea aceptable la interpretación, que tiene su origen en la Orden circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre de 1981 de que la necesidad de aprobación por el Juez de Vigilancia «solo se producirá en los casos de repetición de la infracción que conlleven un incremento de la sanción pertinente hasta la mitad de su duración máxima», pero no en el caso de cumplimiento sucesivo de varias sanciones de aislamiento. Según la citada Dirección General «este segundo caso no requiere –al menos, según el tenor literal de los preceptos indicados– aprobación alguna del Juez de Vigilancia. Con todo, son estos mismos Jueces quienes por vía de recurso o de petición o queja de los internos, confirmarán o modificarán en su día la anterior exégesis». Sin embargo esa interpretación, aparte de tener el riesgo de permitir la elusión de la



exigencia legal de aprobación judicial a través de la transformación, más o menos artificiosa, de un único incidente en una diversidad de expedientes y en una distinción de faltas, supone desconocer el papel que nuestro sistema jurídico confiere al Juez de Vigilancia y su función específica de «amparo» de los derechos de los internos. Las normas legales, según ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, deben interpretarse «de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental» (Sentencia 77/984, de 7 de junio), en este caso, el reconocido en el artículo 24 de la Constitución. Si debe elegirse entre los posibles sentidos de la Ley, aquel que sea más conforme con las normas constitucionales (Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1982, de 5 de mayo), más aún debe hacerse esto en aquellos casos donde la regla legal es clara y tajante, y se pretende su desvirtuación mediante una interpretación escasamente razonable y dudosa, como se deduce incluso del propio sentido dubitativo de la resolución de la Dirección General, que hace reservas a una posterior corrección jurisprudencial de esa interpretación (...). La falta de intervención en este caso del Juez de Vigilancia constituye, en consecuencia, una infracción del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, en virtud de ello son nulas las resoluciones sancionadoras, al imponer, en unidad de cumplimiento y por unos mismos incidentes, unas penas de aislamiento en celda que exceden del plazo de catorce días». Esta doctrina ha sido reiterada en la STC 128/1996, de 9 de julio, en cuyo FJ 9.º se dice que «La transcendencia constitucional de tal irregularidad ya ha sido tratada por este Tribunal en su STC 2/1987 (fundamento jurídico 5.º). En ella, además de afirmar 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». En cuanto a la localización constitucional de la mencionada irregularidad, también afirmaba este Tribunal en la referida Sentencia, que la intervención previa del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, aunque inserta en el seno de un procedimiento administrativo, «constituye una garantía de prestación judicial que, como tal, debe entenderse también amparada por el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, que

consagra el derecho del ciudadano a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado (STC 22/1982)». La aplicación al presente amparo de la doctrina reseñada supone que no puede reputarse satisfecha la garantía judicial prevista en el artículo 76.2 d) de la Ley Orgánica General Penitenciaria por el hecho de que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Guadalajara aprovechara la resolución de la queja ante él planteada por el interno para aprobar a posteriori las sanciones recurridas. La imposición y ejecución inmediata por parte de la Administración Penitenciaria sin requerir con carácter previo la autorización judicial, esquivando el papel que nuestro sistema jurídico confiere al Juez de Vigilancia, supuso la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que la pretensión esgrimida sobre la base del motivo de amparo analizado ha de ser satisfecha».

Por lo que atañe a la competencia objetiva más emblemática del Juez de Vigilancia, esto es, la referida a *resolver los recursos y quejas que los internos presenten* (apartados e, f y g del artículo 76.2 de la Ley Penitenciaria), y que supone diferenciar entre los recursos que tengan por objeto el régimen disciplinario y la clasificación penitenciaria, por un lado, y las quejas presentadas «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», por otro, el Tribunal Constitucional ha sido especialmente escrupulosos a la hora de subrayar la importancia del Juez de Vigilancia a la hora de ofrecer la tutela judicial en este sentido reclamada por los internos, haciendo especial hincapié en que, en aras a ello, se refuerce el canon de motivación constitucionalmente exigido a las resoluciones judiciales. Y es que como recordaba la STC 186/2003, de 27 de octubre (FJ 3.º): «nuestra constante jurisprudencia dictada en el sentido de considerar que, cuando se trata de resoluciones judiciales que afectan al derecho a la libertad o al mandato contenido en el artículo 25.2 CE, *las exigencias de motivación fundada en Derecho se tornan aún más rigurosas* (por todas, STC 112/1996, de 24 de junio, FFJJ 2 y 3); de manera que, en tales casos, se hace necesario que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso (por todas, STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), debiendo por consiguiente entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el artículo 24.1 CE (en este sentido, entre otras muchas: SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). A

estas consideraciones preliminares debe añadirse que, tal y como recuerda el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, también hemos declarado en anteriores ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva no solo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la indemnidad que garantiza que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a esta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que las protagoniza (por todas, SSTC 140/1999 de 22 de julio, FJ 3, y 196/2000, de 24 de julio, FJ 3)».

En este sentido es bastante gráfica la STC 226/2015, de 2 de noviembre, ya citada, al afirmar (FJ 4.º) que «En esos casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, entre los que se encuentran las decisiones relativas a la concesión de beneficios penitenciarios, hemos afirmado que debe «entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el artículo 24.1 CE» (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4) «de manera que la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentales de la decisión... sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no solo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior...» (STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3). Esta exigencia se hace aún más evidente desde la perspectiva resocializadora que debe presidir la ejecución de las penas privativas de libertad de acuerdo con el artículo 25.2 CE (STC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4). Para verificar, por tanto, si una resolución que afecta al valor libertad está motivada en los términos requeridos por el artículo 24.1 CE, este Tribunal no debe limitarse a constatar que el órgano judicial ha exteriorizado una razón sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Sin abandonar el plano externo de enjuiciamiento que caracteriza el examen constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, debemos, antes bien, asegurarnos de que el órgano judicial ha cumplido el deber reforzado de motivación que sobre él pesaba plasmando en su resolución razones acordes a la regulación legal del beneficio penitenciario solicitado y específicamente ligadas al concreto supuesto de hecho planteado, de modo que pueda comprobarse «la relación

directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma» (STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2). *Dicho en otros términos, la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que legalmente depende la concesión o denegación del beneficio penitenciario en juego.* El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del artículo 24.1 CE, ya que se trata, en definitiva, de «comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas... desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE)» (STC 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3). *En este sentido, hemos tomado como paradigma de resolución que infringe el deber reforzado de motivación aquella que se limita a incluir una motivación estereotipada, inadecuada, por definición, para plasmar las circunstancias particulares propias del caso* (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5; y 2/1997, de 13 de enero, FJ 4). Hemos afirmado, en particular, que incumple el canon de motivación reforzada *la mera constatación apodíctica de que «no se cumplen las circunstancias» que la ley exige* (STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5). Y en el caso específico de propuesta de indulto del artículo 206 RP, que es el que ahora nos ocupa, hemos afirmado inequívocamente que el órgano judicial no puede limitarse a aseverar que las circunstancias legales no concurren «en el grado extraordinario requerido» por el precepto aplicado (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4). Hemos añadido, finalmente, que *el órgano del Poder Judicial tampoco puede escudarse, para justificar sus déficits de argumentación, en el carácter discrecional de la potestad que ejerce* (SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8), pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente, lo que exige en todo caso exteriorizar de algún modo la *ratio decidendi* que ha llevado a actuar en un determinado sentido (STC 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3). Hemos trasladado, igualmente, esta afirmación al ámbito específico que ahora nos ocupa, que es el de la propuesta de indulto que corresponde formular al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme al citado artículo 206 RP (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4).

Por supuesto que esta exigencia de «motivación reforzada» no es incompatible, necesariamente, con el uso de formularios o «resoluciones judiciales estereotipadas», recordando en tal sentido la STC 69/1998, de 30 de marzo, que (FJ 2.º) «Es cierto que hemos

declarado en diversas ocasiones que *el empleo en las resoluciones judiciales de formularios estereotipados*, aunque desaconsejable, no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación (SSTC 184/1988, 125/1989, 74/1990, 169/1996, 39/1997; ATC 73/1996), pues *«peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta»* (ATC 73/1996), debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia o insuficiencia de la respuesta ofrecida por el órgano judicial. También ha precisado reiteradamente este Tribunal que *«la exigencia constitucional de motivación no obliga a un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, siendo suficiente, desde el prisma del artículo 24.1 CE, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla»* (SSTC 14/1991, 28/1994, 153/1995, 32/1996, 66/1996, etc.)» (STC 39/1997, fundamento jurídico 4.º). En el mismo sentido, la STC 155/2007, de 2 de julio (FJ 4.º) y en relación al régimen disciplinario, señala que *«a tal respecto este Tribunal, en varias ocasiones (SSTC 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 5; y 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5, entre otras), ha manifestado sus reservas sobre las respuestas judiciales estereotipadas, aunque de por sí tales fórmulas no impliquen una lesión constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamenten la parte dispositiva. De lo expuesto se deriva que las respuestas ofrecidas en las resoluciones impugnadas se refieren exclusivamente, y aun así de forma abstracta y genérica, a los hechos y a su calificación jurídica, sin que, ni de forma implícita ni explícita, se encuentre alusión motivada alguna a las irregularidades presuntamente cometidas en el procedimiento sancionador o a la supuesta falta de respuesta a las alegaciones planteadas en el recurso de alzada. Estas y no otras eran las auténticas causas de pedir del recurso de reforma, es decir, el fundamento de su pretensión de anulación del acuerdo sancionador, sobre las cuales, al resolver los recursos, los Autos del Juzgado guardaron completo silencio»*. Por su puesto, que si la resolución estereotipada omite la más mínima referencia a alguna de las pretensiones formuladas, dicha incongruencia omisiva es contraria a la tutela judicial efectiva (al respecto, SSTC 83/1998, de 20 de abril, FJ 3.º; 2/2004, de 14 de enero, FFJJ 2 a 4; 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 3.º y 5/2008, de 21 de enero, FJ 5.º), vulneración que se califica de

«aún más relevante», cuando la pretensión a la que no da respuesta el órgano judicial tuviera por objeto la supuesta lesión de un derecho fundamental (STC 34/2007, de 12 de febrero, FJ 5.º), pues en estos casos, «en la medida en que los recursos presentados por los internos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contengan alegaciones relativas a un derecho fundamental, existirá denegación de tutela por incongruencia omisiva siempre que no exista respuesta expresa, cuando menos, sobre tales pretensiones» (STC 124/2007, de 21 de mayo, FJ 4.º, con cita de SSTC 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 153/1998, de 13 de julio, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 53/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 104/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 2/2004, de 14 de enero, FJ 4; 52/2004, de 13 de abril, FJ 5).

Fuera de toda duda queda que se entenderá vulnerada la tutela judicial efectiva si la ausencia de respuesta del órgano judicial lo es por achacar motivos exclusivamente formales, señalando a tal respecto la STC 221/2006, de 3 de julio que (FJ 4.º) «De hecho, nos hallamos ante una *fundamentación arbitraria*, en el sentido de que, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma, *porque es fruto de un mero voluntarismo judicial y expresa un proceso deductivo irracional o absurdo* (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; y 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7). En efecto, la Audiencia afirma que la petición deducida por el demandante de amparo difícilmente puede ser calificada como un recurso, porque no pretende interponer queja contra la denegación del permiso de salida sino contra los motivos alegados por el Juzgador de instancia, lo que quiere decir que admite el contenido de lo resuelto por dicho Juzgador a quo. Sin embargo, el análisis de las actuaciones y, en concreto de los propios escritos referidos por la Sala pone de manifiesto, en primer lugar, que quien actúa en este proceso judicial lo hacía entonces sin asistencia letrada y carente de especiales conocimientos jurídicos. Es perfectamente comprensible, por lo tanto, que la forma de expresar sus alegaciones contra la resolución denegatoria del permiso no siempre se ajustase a las formalidades propias del lenguaje técnico-jurídico. Ello, no obstante, basta leer los escritos referidos en la resolución de la Audiencia para constatar que *el interno mostraba claramente su discrepancia con el Acuerdo de la Junta de Tratamiento y, en concreto, con los motivos expuestos para denegarle el permiso. Y, aunque es cierto que el suplico no precisaba de modo concreto que solicitaba la revocación de dicho Acuerdo administrativo y la concesión del permiso, es obvio que, cuando solicitaba que se actuara en Justicia,*

*estaba reclamando el reconocimiento de su derecho a disfrutar del mismo.* Así lo entendió el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: las dos resoluciones dictadas rechazaron la queja deducida contra los permisos, entrando en el fondo del asunto y declarando ajustado a derecho el acto administrativo». Sobre esta «voluntad impugnativa» se había manifestado antes la STC 2/2006, de 16 de enero (FJ 5.º), al entender que no era razonable sostener que al interno le fuera exigible considerar el acuerdo de retención de un libro por parte de la Junta de tratamiento como una resolución autónoma que debía impugnar expresamente al margen de la queja en la que incluyó su desacuerdo respecto a lo acordado primeramente por el director del establecimiento.

En cuanto a la atribución de las antes citadas competencias objetivas en materia de resolución de recursos y quejas al Juez de Vigilancia Penitenciaria solo subrayar que *dicha atribución competencial excluye la posible intervención de otras instancias jurisdiccionales*, como la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de recursos ante las resoluciones de la Administración penitenciaria en materia de clasificación, revisión, progresión o regresión de grado (Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 25 de junio de 1998 y Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sección 3.ª, de 30 de enero de 2003).

Respecto a la competencia del Juez de Vigilancia referida a «*autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado*», recogida en el apartado i) del artículo 76.2 de la Ley Penitenciaria nos remitimos a lo que ya estudiamos en el epígrafe dedicado a los permisos de salida, en donde nos detuvimos en las exigencias impuestas por la doctrina constitucional en cuanto a la necesaria motivación de las resoluciones denegatorias del Juez de Vigilancia, analizando específicamente algunas de las causas de denegación más habituales en la práctica. Baste por tanto ahora con solo señalar que igualmente, el Tribunal Constitucional ha afirmado de manera reiterada que no puede reputarse ataque al principio de igualdad ante la ley la mera invocación genérica hecha por el recurrente en el sentido de que en otros supuestos de penados, en los que se daban las mismas circunstancias, sí se les había concedido el correspondiente permiso de salida, recordando al respecto la STC 2/1997, de 13 de enero (FJ 2.º) que «No se identifica, ni se aporta por el recurrente término alguno idóneo de comparación que permita llevar a cabo el juicio de igualdad y del que pudiera deducirse que el mismo órgano jurisdiccional haya adoptado resoluciones distintas en supuestos sustancialmente iguales (SSTC 105/1987, fundamento jurí-

dico 1.º; 85/1989, 90/1990, fundamento jurídico 2.º y 57/1994, entre otras muchas). *Tan solo se contiene una alusión genérica, y por ello insuficiente, a otros casos en los que presos en situaciones similares o con mayores condenas a la del recurrente sí obtuvieron permisos de salida, o un trato penitenciario que considera más benigno. La pretensión de amparo basada en esta causa ha de ser, pues, desestimada».*

En cuanto a la competencia a la que se refiere el artículo 76.2 apartado j) de la Ley Penitenciaria, en virtud de la cual el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe *«conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento»*, la STC 54/1992, de 8 de abril, en su FJ 3.º vino a corroborar el cumplimiento de tal cometido en el caso estudiando, si bien que precisando que dicho conocimiento lo es no por vía de un recurso *«sino en primera instancia, otorgando validez a un acto administrativo que, hasta ese momento, no pasaba de ser una mera propuesta necesitada de respaldo judicial»*.

Entrando ya en el artículo 77 de la Ley Penitenciaria, recordar que este precepto dispone que los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios administrativos tanto regimentales como de tratamiento, delimitando así de manera negativa la competencia del Juez de Vigilancia, pues el mismo en modo alguno puede convertirse en una especie de superdirector del Centro penitenciario, limitando por tanto su facultad jurisdiccional a los límites señalados en el artículo 76 de la Ley, enmarcados en el tenor fijado en el núm. 1 del mismo, esto es, *«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»*. Así, y en cuanto a tal delimitación de competencias, ya la STC 172/1989, de 19 de octubre, vino a señalar (FJ 4.º) que dado que el derecho al trabajo de los reclusos es un derecho de aplicación progresiva, lo único procedente era *«adoptar la única medida razonablemente exigible establecida en el artículo 77 de la LOGP, esto es, formular una propuesta a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para que considere la necesidad de otorgar un puesto de trabajo a todos los internos en cumplimiento del mandato constitucional, al que debe dar respuesta la política penitenciaria y presupuestaria del Estado»*.



No obstante, como es fácilmente comprensible, a lo largo de los años se han producido supuestos en los que la competencia del Juez de Vigilancia en tutela de los derechos de los reclusos suponía una necesaria injerencia en las competencias de la Administración penitenciaria, llegando dichos casos a dirimirse en el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, siendo caso paradigmático de ello la orden de cierre temporal de un departamento en aras a la protección de la salud de los internos que hasta ese momento lo habitaban, señalando al respecto la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 9 de julio de 1986 que (FJ 7.º) «El artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone, efectivamente, que los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Administración «formulando propuestas referentes a la organización 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 regiminales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto». Sin embargo, considerar que tal precepto expresa y acuña cerradamente la configuración del Juzgado de Vigilancia supone tanto como desconocer el propio aliento con el que la Institución es concebida por el legislador, así como desdeñar, sumiéndolas en la inoperancia, las previsiones del artículo 76 de la propia Ley que, en cabal sintonía con principios de rango constitucional, establece: «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 previsto 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» (art. 76.1); «corresponde especialmente al Juez de Vigilancia... acordar lo que proceda sobre las peticiones o 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 aquéllos» [art. 76.2. g)]. *No parece difícil interpretar y aplicar armónicamente los artículos 77 y 76, sin más que considerar que aquél (art. 77) opera prima facie en el ámbito más administrativo de la organización y actividad penitenciarias, mientras que éste (el artículo 76) define con trazos vigorosos y con notoria intensidad las atribuciones judiciales en lo atinente nuclearmente a la privación de libertad, al cumplimiento de la pena y a la tutela de los derechos fundamentales de los internos. Resulta, sin duda, innecesario subrayar la lógica jurídica de uno y otro precepto y de los términos consecuentes en que definen y confieren atribuciones al Juez de Vigilancia Penitenciaria». Así pues, y apo-*

yándose en las atribuciones de control judicial de la Administración penitenciaria atribuidas al Juez de Vigilancia (con referencia expresa a la doctrina sentada en la STC 73/1983 que ya conocemos), se concluye (FFJ 9.º y 10.º) que «La actuación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona, a que se refiere el requerimiento de inhibición y sobre la que en consecuencia se halla planteado el conflicto de jurisdicción, no supone sino el ejercicio de atribuciones que, legalmente y conforme a lo dicho, le están conferidas, lo mismo si se entiende que unas mínimas condiciones de salubridad son exigencias insertas en el núcleo del derecho a la vida con la calidad que exige la dignidad humana (art. 15 de la Constitución, en relación con el artículo 10.1 y con la cláusula de promoción de los derechos incluida en el artículo 9.2), que si se substantiva y localiza en el artículo 76.2, g), de la Ley Orgánica General Penitenciaria el derecho a la salud proclamado por el artículo 43 de la Constitución, a efectos de su cobertura y garantía respecto a los internos en establecimientos penitenciarios. En ambos supuestos es clara la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Barcelona para realizar las actuaciones y adoptar las medidas que han sido cuestionadas, máxime por cuando el citado Juez, con su proceder, no solo niega las competencias de la Administración, sino que actúa la suya propia para asegurar el eficaz ejercicio de aquellas, subordinando incluso la dimensión temporal de su decisión a que el órgano competente de la Generalidad de Cataluña (la Inspección de Sanidad correspondiente) certifique la habitabilidad de la dependencia cuyo cierre ordena. *Parece evidente, tras lo expuesto, que está fuera de lugar la pretensión de que las garantías jurisdiccionales en materia penitenciaria deban necesariamente operar a partir de actos administrativos susceptibles de revisión en vía contencioso-administrativa, puesto que, sin perjuicio del ámbito y supuestos en que tal tipo de revisión jurisdiccional sea procedente, en forma alguna pueda resultar enervado el específico control que la Ley atribuye a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Una interpretación contraria se situaría a espaldas de la concepción propia de la Ley Orgánica General Penitenciaria y sería potencialmente desnaturalizadora de la misma configuración legal del Juez de Vigilancia; la función tuitiva vigorosamente atribuida a este por la Ley no puede, pues, ser cuestionada arguyendo la falta de las garantías propias del recurso contencioso-administrativo, debiendo recordarse, a este respecto, que las decisiones adoptadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria están sujetas al sistema de recursos y garantías que previene la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial».*

En la misma línea, la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de diciembre de 1993 (ponente Jerónimo Arozamena), en un asunto relativo a la organización de la seguridad de los establecimientos, comenzaría recordando (FJ 2.º) que «El Juez de Vigilancia Penitenciaria –pieza básica del sistema– ostenta por exigencias inherentes a las formulaciones constitucionales un ámbito jurisdiccional que encuentra su raíz en el núm. 3.º del artículo 117 de la Constitución. Como Juez de la ejecución corresponde a sus propias atribuciones –con exclusión de competencias administrativas– lo propio e inherente a la ejecución del contenido de la Sentencia penal en orden a las penas privativas de libertad. A estos principios responde el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. En el marco competencial así diseñado a los Jueces de Vigilancia corresponde salvaguardar los derechos de los internos, corregir los abusos y desviaciones que, en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario, puedan producirse. Fuera de este marco, incluso indisponible para el legislador en cuanto entrara en colisión con los mandatos constitucionales, la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye a los Jueces otro ámbito competencial en los términos que recoge su artículo 77 no decisoria, sino de 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. Desde estos parámetros normativos debe examinarse el conflicto, pues es indispensable que *en la separación entre las atribuciones de la jurisdicción en la que se integra el Juez de Vigilancia y las de la Administración penitenciaria no puede producirse una invasión por la Administración de lo que es propio de la función jurisdiccional y tampoco una invasión de lo que a aquélla pertenece, sin distorsionar el sistema, en el que el legislador ha establecido las líneas a las que ha de ajustarse, buscando, en definitiva, un armónico ejercicio en lo que a uno y otra está atribuido*». Y en el FJ 3.º concluirá por ello: «Este Tribunal de Conflictos en el ejercicio de la función, atribuida por la Ley Orgánica 2/1987, de 18 mayo), ha conocido con alguna frecuencia de conflictos entre la Administración penitenciaria y la autoridad judicial y, al resolverlos, con la vinculación que es propia de una decisión jurisdiccional, ha establecido los criterios requeridos por el caso concreto, pero también mediante una formulación jurisprudencial, en que pueden y deben encontrarse las respuestas a eventuales discrepancias entre la jurisdicción y la Administración en el ámbito de lo «penitenciario». Muestra de ello, no única, es la Sentencia de 8 julio 1991, en la que además de recoger una doctrina del Tribunal, se realiza una razonada exposición en orden

al recto entendimiento de los preceptos de la Ley General Penitenciaria, a considerar, esto es, los artículos 76 y 77. En lo jurisdiccional (art. 76) ostenta el Juez de Vigilancia una competencia en exclusiva (corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, dice el artículo 117, núm. 3, de la Constitución); en lo no jurisdiccional (lista del artículo 77), bien patente es que respecto del contenido de este artículo lo que ostenta el Juez de Vigilancia Penitenciaria es una facultad de «propuesta a la Administración penitenciaria». En la providencia que está en la base del presente conflicto es evidente que no puede encontrarse supuesto subsumible en el artículo 76 de la Ley de Vigilancia Penitenciaria, como han entendido con razón el Ministerio Fiscal, en su actuación ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria y ante este Tribunal de Conflictos. Podría tal vez con benevolencia encontrarse en la providencia alguna relación con el artículo 77, aunque ciertamente no exenta de excesos, pero aunque la competencia implícitamente ejercitada tuviera conexión con el mencionado artículo 77, es claro que no podría tener el carácter de mandato, directo o indirecto, pues al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en este ámbito, solo incumbe una facultad de propuesta a la Administración penitenciaria. No se trata de mera solicitud de un informe que pueda encuadrarse en el marco de colaboración entre órganos públicos. Entre propuesta y orden, decía este Tribunal en la Sentencia de 8 julio 1991, las diferencias de naturaleza y efectos, son inequívocos... *La «propuesta» es una proposición que se remite al órgano decisorio y que éste, en el ámbito de una competencia propia, decide, aceptando o no, en todo, en parte o en nada. Todo cuanto se refiere a la organización y dirección de los establecimientos penitenciarios constituye materia que competencialmente no corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien, en consecuencia, solo puede trasladar a la Administración penitenciaria información, propuestas, sugerencias.* Siendo esto así, el mantenimiento de lo que el Juez requerido cree que es de su jurisdicción invade, ilegítimamente, en términos de Derecho, las competencias de la Administración penitenciaria de Cataluña».

Otros ámbitos en los que se han producido dichos conflictos de jurisdicción han sido en materia de traslados y clasificación (de los que nos ocuparemos al estudiar el artículo 79), y en materia de seguridad, pudiendo aquí citarse los acuerdos adoptados por el Juez de Vigilancia consistentes en retirar determinadas medidas de seguridad tales como micrófonos y sistemas de grabación en locutorios conflictos resueltos en el sentido de declarar la incompetencia del Juez de Vigilancia para adoptar dichas órdenes, entendiendo que ello debería encauzarse por la vía de propuesta a la que se refiere el artículo 77. En

tal sentido las sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 28 de junio de 1995 (ponente Sánchez del Corral) y 7 de julio de 1995 (ponentes Sánchez del Corral y Ruiz-Jarabo, respectivamente), resolvieron a favor de la Administración Penitenciaria, señalando el FJ 4.º de la segunda de ellas que «Desde las indicadas coordenadas puede afirmarse que la iniciativa del Juez de Vigilancia Penitenciaria –a instancia, no de reclusos inquietados personalmente en su ámbito de derechos, sino en virtud de denuncia de una letrada– no se refiere a la imputación de la violación de un derecho fundamental, sino, propiamente, a una cuestión de organización penitenciaria, en la que el Juez requirente quiere encontrar una potencial situación que pudiera poner en riesgo derechos de los reclusos, en la medida que, en términos generales o de principio, también gozan los reclusos. *La defensa y la protección de los derechos fundamentales puede tal vez exigir que no existan en la prisión locutorios con sistemas de grabación, mas esto no debe llevar, como con exceso ha entendido el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y que está en el origen del conflicto, a que se inutilicen los existentes en el establecimiento, pues lo que importa es que estos sistemas y los locutorios con tales medios no tengan una utilización generalizada, pues no es necesario recordar que en determinados supuestos la grabación con las garantías legalmente establecidas pueda ser utilizada, bien por decisión de la autoridad penitenciaria, dando cuenta a la autoridad judicial, o bien en virtud de orden jurisdiccional. La cuestión debe situarse en el plano de calificar la orden del Juez de Vigilancia como propuesta, que no como orden, para que adopte las medidas precisas, a fin de que la intimidad de los reclusos, en las relaciones cuyo desarrollo es permitido en los locutorios, quede preservada. Sin propósito de agotar las posibilidades en este punto, parece razonable entender que ni puede disponerse la destrucción o desmontaje de los sistemas de grabado, ni, por otra parte, que al contar todos los locutorios de sistemas de grabado, la relación entre recluso y terceros y específicamente con sus Abogados, no pueda hacerse mediante una comunicación libre, si aquel sistema de grabación se hace general. Desde estas coordenadas, debe resolverse la cuestión que ha planteado la Administración Penitenciaria, mas no en modo alguno en los términos que pretende imponer el Juez requirente. En estos términos, el conflicto ha de resolverse en favor de la Administración Penitenciaria».*

Finalmente, y para terminar con el Título V de la Ley Penitenciaria, dedicado al «Juez de Vigilancia», hemos de hacer mención a la remisión que en materia procesal realiza el artículo 78 de la Ley Penitenciaria a «lo dispuesto en las Leyes correspondientes» En este sen-

tido, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de abordar y criticar el sistema de recursos que la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial, luego de la reforma llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 5 y 7 de 2003, ha diseñado, estableciendo así en la STC 167/2003, de 29 de septiembre, (FJ 3.º) que «Este Tribunal ha tenido oportunidad de analizar en varias ocasiones la previsión legal referida a la posibilidad de recurrir las decisiones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria señalando que la misma, contenida en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en su redacción de 1985, es cuando menos «poco clara e insatisfactoria» tal y como ha puesto de relieve generalizadamente la doctrina (STC 54/1992, de 8 de abril, FJ 3, en la que admitimos la necesidad de abrir paso a la apelación frente a la decisión judicial de ratificar la aplicación del régimen especial de vida recogido en el artículo 10 de la Ley Orgánica general penitenciaria –LOGP– por cuanto, afirmamos entonces, la decisión administrativa no era sino una mera propuesta que era resuelta, en primera instancia, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria). Poco más tarde, en las SSTC 128/1996, de 9 de julio, y 169/1996, de 29 de octubre, entendimos razonable y no arbitraria la negativa a tramitar la apelación frente a resoluciones judiciales dictadas en expedientes disciplinarios, pues pese a reconocer que la regulación legal «plantea algunos problemas interpretativos» en cuanto a los supuestos en que procede la interposición de los recursos de apelación y queja, dichos problemas no eran extensibles a la materia disciplinaria pues, por tratarse de «régimen penitenciario» entendimos incardinable el supuesto en el apartado 3 de dicha disposición adicional, conforme al cual «queda excluido el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que sean, a su vez, resolutorias de un recurso de apelación [por alzada] contra una resolución administrativa» (STC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 2). Sin duda son las SSTC 170/1996, de 29 de octubre, y 201/1997, de 25 de noviembre, las que han puesto de relieve la *dificultad de fijar en el ámbito penitenciario, a partir de los términos de la regulación legal, un criterio interpretativo unívoco e incuestionable en materia de recursos de apelación*. En ambos supuestos afirmamos que no era arbitraria ni irrazonable la decisión adoptada por el órgano judicial de apelación por la que se inadmitieron a trámite los recursos presentados frente a decisiones de los Jueces de Vigilancia que resolvían en alzada quejas de los internos referidas a resoluciones adoptadas en primera instancia por la Administración penitenciaria (se trataba, en el primer caso, de la decisión de intervenir las comunicaciones orales y escritas del interno y, en el segundo, de

prohibir a otro el uso del euskera en las comunicaciones telefónicas semanales que tenía autorizadas con su familia). Aún referidos a otras materias, los supuestos eran idénticos al que ahora nos ocupa. Basta poner de manifiesto para resaltar la complejidad de la regulación legal aplicada que los apartados 2 y 3 de la disposición adicional quinta LOPJ, al regular la posibilidad de recurrir en apelación, distinguen entre resoluciones dictadas «en materia de ejecución de penas» y aquellas otras referidas «al régimen penitenciario y demás materias» distintas de la ejecución de penas, diferenciando el régimen de las que se refieren a clasificación de los penados de las demás, y excluyendo de la apelación las dictadas al resolver «un recurso de apelación contra resolución administrativa». Además, se atribuye la competencia de resolución, en unos y otros casos, al Tribunal sentenciador o a la Audiencia Provincial «que corresponda». La dicción literal de la ley, pese a los intentos de unificación promovidos por los Jueces de Vigilancia penitenciaria en sus reuniones periódicas, a las que nos referimos en las SSTC 128/1998 y 65/2002, ha dado lugar a diversas interpretaciones en diversos ámbitos territoriales jurisdiccionales. Y no es a este Tribunal, sino al legislador o a la jurisdicción ordinaria, si se habilita cauce procesal para hacerlo, a quien corresponde fijar una interpretación estable y regular de la ley que permita, con suficiente seguridad jurídica, determinar en qué casos son recurribles en apelación las resoluciones dictadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. *En conclusión, dado el estado del Ordenamiento en el momento de dictarse la resolución impugnada, este Tribunal no puede afirmar que fue errónea la indicación judicial de recursos que se hizo sin ejercer con ello competencias interpretativas que corresponden en exclusiva a la jurisdicción ordinaria, según hemos reiterado una y otra vez cuando hemos señalado que «la interpretación de los requisitos procesales y supuestos en que, conforme a la ley, proceden los recursos corresponde a los Tribunales ordinarios, no debiendo este Tribunal Constitucional revisar sus decisiones en la vía de amparo más que cuando se haya producido una denegación de la admisión a trámite del mismo arbitraria, irrazonable, intuitu personae, o incurriendo en error patente» (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, 160/1996, de 15 octubre, o 93/1997, de 8 de mayo, entre otras muchas)».*

Por su parte, en la STC 114/2004, de 12 de julio, (FJ 4.º), se dijo que «hemos de partir del precepto contenido en el artículo 78.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, que ordena estar a lo dispuesto en las Leyes correspondientes «en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación». Esta remisión a las leyes

procesales conduce, de un lado, al artículo 218 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), que establece que *se podrá interponer recurso de queja frente a los Autos que denegaren la admisión de un recurso de apelación*; de otro, a los artículos 233 y ss. LECrím, que prevén el procedimiento a seguir en su tramitación –informe del Juez a quo en el corto término que se señale (art. 233 LECrím.), dictamen del Fiscal si interviniera en la causa en el término de tres días, previo traslado del informe del Juez (art. 234 LECrím), y resolución a la vista de ambos en Auto (art. 235 LECrím)–; finalmente, los artículos 219, párrafo segundo, y 220, párrafo cuarto, LECrím, determinan que el recurso de queja se interpondrá ante el Tribunal superior competente, correspondiendo su conocimiento al mismo órgano ante el que se interpone». Y la STC 37/1991, de 14 de febrero, subrayaría (FJ 4.º) el papel garante del Juez de Vigilancia a la hora de permitir al interno el acceso a los recursos, en el caso allí tratado, proveyendo de abogado de oficio para poder presentar el oportuno recurso de apelación.

Finalmente, y en cuanto al *recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria* solo hacer llamamiento al Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2004, que establece el ámbito y requisitos del mismo, habiéndose aplicado el mismo en contadas ocasiones para fijar doctrina, pudiendo citarse las referidas a la aplicación del periodo de seguridad a penas impuestas por delitos cometidos tras la entrada en vigor de la reforma del artículo 36.2 del Código penal (Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2006, ponente Joaquín Giménez); sobre abono de prisión preventiva sufrida en distinta causa (Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008, ponente Juan Saavedra); sobre los datos que se pueden tener en cuenta a la hora de resolver un recurso de apelación interpuesto contra un resolución del Juez de Vigilancia (Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012, ponente Perfecto Andrés); la revocación de permiso concedido por parte del Juez de Vigilancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 157.1 del Reglamento Penitenciario (Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016, ponente Palomo del Arco); a la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para concesión de la libertad condicional, entendiéndose que las medidas que pueden ser impuestas y referidas a la responsabilidad civil no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 la Ley de enjuiciamiento civil. (Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2018, ponente Martínez Arrieta) y la relativa a la asunción por parte de la Administración peni-



tenciaria de los gastos generados por el transporte de pertenencias del interno, si no supera el límite de peso fijado, si dicho interno es trasladado de centro penitenciario (Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2018, ponente Polo García); sobre el requisito de ausencia de mala conducta para la concesión de permisos y su vinculación con la existencia de sanciones disciplinarias sin cancelar (Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019, ponente Llarena Conde).

Respecto del citado recurso solo recordar, para terminar, que el Tribunal Constitucional ha fijado la doctrina para establecer cuándo es necesaria su interposición para entender agotada la vía jurisdiccional que abre paso al recurso de amparo, señalando al respecto la STC 221/ 2012, de 26 de noviembre, que (FJ 4.º) «La exigibilidad de la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina como requisito para el agotamiento de la vía judicial previa, ha sido examinada por la doctrina de este Tribunal (por todas, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 2/2009, de 12 de enero, FJ 2) que ha subrayado como la especial naturaleza de dicho recurso, condicionado legalmente a la concurrencia de rígidos requisitos de admisión sobre identidad y contradicción, determina que su interposición no resulte siempre preceptiva para dar por agotada la vía judicial, siendo únicamente exigible, a los efectos de la subsidiariedad del amparo, cuando no quepa duda respecto de su procedencia. Y es igualmente cierto, conforme a esa misma doctrina, que corresponde a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto (así, en SSTC 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 2; 192/2006, de 19 de junio, FJ 2; 227/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 17/2007, de 12 de febrero, FJ 2)».

## 16. DE LOS FUNCIONARIOS (ARTS. 79 Y 80 LOGP)

El artículo 79 de la Ley Penitenciaria viene a establecer que «corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia (hoy Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior) la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria».

Entre las competencias administrativas que exclusivamente corresponden a la Administración penitenciaria sobresalen la clasificación de los penados y la atribución del destino, con eventual traslado, al centro penitenciario que corresponda.

Así, por lo que a los traslados de internos se refiere ya la STC 138/1986, de 7 de noviembre (FJ 3.º) señaló que «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 artículo 80 del Reglamento Penitenciario*. 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». Y en la misma línea, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción insistirá de manera reiterada que la competencia para acordar el destino y traslado de los internos es una competencia atribuida en exclusiva a la Administración penitenciaria, siendo que las resoluciones al respecto pueden ser recurridas no ante el Juez de Vigilancia sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y es que, como bien, advirtiera la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 5 de diciembre de 1986 (FJ 3.º) «a la luz de la específica normativa reguladora de las instituciones penitenciarias, representada por la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, y el Reglamento de 8 de mayo de 1981, de cuyos textos, rectamente interpretados, se obtiene la convicción de que *el destino de los internos se enmarca dentro de la actividad de carácter administrativo, pues si, de una parte, el artículo 80 del Reglamento, en norma que se ajusta a los principios inspiradores de la Ley, determina que la autoridad administrativa es el «órgano competente para decidir con carácter ordinario o extraordinario la clasificación y destino de los reclusos en los distintos Centros Penitenciarios»*, es de observar, de otra, que la transcrita determinación legal no es sino la ineludible consecuencia de las atribuciones reconocidas a los órganos penitenciarios, pues si les corresponde organizar las instituciones, gestionar la total actividad penitenciaria y fijar la ubicación de los establecimientos, lógicamente debe serles reconocida como función propia la distribución de los penados entre aquéllos, máxime cuando habrán de ser especialmente tenidos en cuenta tanto la naturaleza de los Centros como el núm. de plazas existentes, circunstancias que no podrá realmente ponderar el órgano jurisdiccional, debiendo, además, añadirse que respecto de esta con-

creta actividad penitenciaria, de naturaleza administrativa, repetimos, no tiene atribuida específica competencia el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por cuanto el artículo 76.1 del Reglamento, tras reconocerle, en términos de generalidad, 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», concreta en el apartado 2) que le corresponde específicamente, entre otras, las funciones de «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», y es visto cómo en tales descripciones no cabe incardinar el supuesto de hecho base del conflicto, que se agota en el destino del interno al Centro de Cumplimiento de Lérida, trasladándole del de Preventivos de Tarragona sin incidir, por tanto en los derechos del penado, pues los internos de esta naturaleza condenados a más de seis meses deben ser destinados a los establecimientos de cumplimiento, según se desprende de los artículos 8 y 9 de la Ley y si a ello añadimos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 77 de la misma, los Jueces de Vigilancia únicamente podrán dirigir propuestas a la Administración en orden, entre otras materias, al tratamiento penitenciario, es por lo que resulta evidente que la competencia para acordar el destino de los penados en los establecimientos penitenciarios está residenciada en los órganos administrativos, los cuales, de otra parte, son los que tienen cabal conocimiento según anticipábamos, de la verdadera situación de los Centros, y de la posibilidad de internamiento que estos ofrecen con arreglo a los medios materiales y personales disponibles advirtiendo finalmente que el fomento de la vinculación familiar, programado dentro del tratamiento, no puede alterar la distribución de competencias establecida».

En este mismo sentido se pronunciarán luego otras sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como la de 14 de diciembre de 1990 (ponente Esteban Álamo), en donde se concluía (FJ 3.º) afirmando que «En definitiva, la orden de traslado dada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria invadía patentemente el ámbito competencial que a la Administración Penitenciaria de Cataluña le confiere el artículo 79 de la Ley General en relación con el artículo 11 de su Estatuto y el Real Decreto de 28 de diciembre de 1983, de transferencia a la Generalidad de aquellas funciones de dirección, organización e inscripción, en relación con las Instituciones Penitenciarias radicadas en

dicha Comunidad Autónoma. Consecuencia obligada de lo anteriormente expuesto y razonado es que la jurisdicción controvertida debe reconocérsele al Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña».

En relación a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a la hora de conocer los recursos que en materia de traslados de reclusos se planteen, baste con citar las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2013 o 24 de enero de 2014 (en la que se estima el recurso por falta de motivación del traslado) o de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2015 (que con un voto particular, desestima el recurso por entender que no afecta a ningún derecho fundamental el no ser destinado el interno a un centro próximo a su domicilio).

Junto a los traslados, decíamos que otra materia de competencia «natural» y exclusiva de la Administración penitenciaria sería la clasificación en grado de los internos. En este sentido, es recordable que en el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en su sentencia de 25 de junio de 1998 (ponente Sánchez del Corral), veto al Juez de Vigilancia la competencia para regresar a primer grado de oficio, sin interposición de recurso alguno, a un penado que había sido progresado a segundo grado, afirmando al respecto que (FJ 3.º) «Ciertamente entre estas atribuciones se contiene una sobre la intervención del Juez de Vigilancia en materia de progresión de grado [artículo 76.2 f)], previsión que podrá actualizar el Ministerio Fiscal, mediante el recurso que autoriza este precepto, pero no el Juez mediante un improcedente conflicto de jurisdicción. *En materia de clasificación, y en este ámbito, la de acordar las resoluciones procedentes de clasificación inicial y de progresión y regresión de grado de los penados, la competencia es inequívocamente de la Administración Penitenciaria y solo podrá conocer de ellas el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en los casos y términos que prescribe el artículo 76 de la Ley Orgánica Penitenciaria. La utilización del conflicto jurisdiccional, con fundamentaciones y principios que no son propios de tal proceso conflictual, por fuerza ha de tener una respuesta negativa. El proceso conflictual es un proceso marcadamente formal y ceñido a lo que es propio de su finalidad: el definir a quién corresponde la competencia. Proceso que ha de regirse en el presente caso, como se ha dicho, por lo dispuesto en el artículo 76, antes citado. En consecuencia, podría el Juez ejercer su competencia una vez que se recurriera la resolución administrativa, en los términos que prescribe el artículo 76.2 f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria».*

Por su parte, y en tema tan espinoso como la base FIES (Fichero de Internos de Especial Seguimiento), a la que ya hemos hecho referencia, ha sido la jurisdicción contencioso-administrativa la que ha subrayado que la inclusión/exclusión en la misma es competencia de la Administración Penitenciaria, si bien que el control sobre tal materia se radica no en dicha jurisdicción sino en la de vigilancia penitenciaria. En este sentido, la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2015 (ponente Bandrés Sánchez-Cruzat) dispone (FJ 2.º): «En efecto, siguiendo la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 17 de septiembre de 2009, consideramos, con base en la aplicación del artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la jurisdicción contencioso-administrativa carece de jurisdicción para conocer de la impugnación de las decisiones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, adoptadas en relación con la inclusión de los datos de un interno en el Fichero FIES, por corresponder a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, y, en su caso, a la Audiencia Provincial, por vía de recurso, el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y el amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios, y, en concreto, según el artículo 76.2 a) (*léase g*) de la Ley General 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 aquéllos». Por ello, dejando constancia de la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009, a los efectos de determinar la juridicidad o antijuridicidad de la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 12/2011, que regula el Fichero de Internos de Especial Seguimiento, en que se basó la resolución impugnada de 9 de diciembre de 2011, que desestimó la petición de exclusión del recurrente de la base de datos FIES, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, declaramos la competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para conocer de la impugnación de la referida resolución, sin que la circunstancia de que el Subsecretario del Interior haya resuelto el recurso de alzada promovido contra aquella resolución pueda ser óbice a este pronunciamiento».

Pero, decíamos que el artículo 79 hace una acotación competencial de la Administración penitenciaria del Estado Central en relación

a los supuestos de las competencias que en materia penitenciaria se hubieran transferido a las Comunidades Autónomas. En este sentido, la STC 104/1988, de 8 de julio, ya señaló que (FJ 2.º): «Como elemento interpretativo de la distribución competencial, la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, en su artículo 79, ha establecido una salvedad respecto a la competencia de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia, en aquellas Comunidades Autónomas «que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria». *En puridad este precepto no determina propiamente competencias autonómicas en el marco de la Constitución y los Estatutos, sino que lo que hace es una reserva respecto a la atribución de competencias ejecutivas que puedan establecer los respectivos Estatutos, pero, en todo caso, deja perfectamente claro el ámbito competencial de ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria que pueda corresponder a las Comunidades Autónomas* –incluida la dirección, organización e inspección de los centros penitenciarios– ». En esta sentencia el Tribunal Constitucional vino a avalar la competencia del Estado para dictar normas de coordinación entre la Administración central y la autonómica en materia penitenciaria, validando así el Real Decreto 1463/1984, de 20 de junio, dictado al efecto.

Por su parte, la STC 14/2004, de 12 de febrero, declaró inconstitucional una previsión de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1998, de 16 de julio, según la cual «no se permitirá la instalación de usos penitenciarios cuya capacidad supere la media de la población reclusa generada en Aragón en los últimos cinco años», entendiéndose al respecto el Tribunal Constitucional que (FJ 7.º) «un criterio normativo de carácter imperativo que supone la fijación del núm. máximo de reclusos que pueden cobijar las instalaciones penitenciarias de Aragón, por referencia a la media aritmética a que se ha hecho alusión. Es indudable que este precepto, como señala el Abogado del Estado, por su contenido y finalidad resulta más propio de la «legislación penitenciaria», atribuida al Estado por el artículo 149.1.6 CE, que de la materia de «ordenación del territorio». En efecto, en nuestra STC 104/1988, de 8 de junio, dijimos, en relación con dicha cláusula competencial, que «no cabe duda de que dentro de las facultades normativas del Estado entraría tanto la ‘congelación’ de las actuales plazas máximas y óptimas, como la fijación minuciosa de los requisitos y condicionamientos para la determinación de tales plazas» Este criterio lo sustentamos entonces en el hecho de que «nuestro sistema penitenciario se configura precisamente como un sistema único que integra un conjunto de esta-

blecimientos intercomunicados y gestionados, bien por la Administración del Estado, en algunos casos, bien por la Administración Autonómica; y como se ha indicado, este sistema es instrumento para el cumplimiento de fines globales del Estado conjunto. *Resulta de todo ello que las decisiones que afectan a todo ese sistema –como son, necesariamente, las referidas a su capacidad total, óptima y máxima, y, en consecuencia, a la capacidad de los establecimientos integrados– han de adoptarse con carácter general y de forma homogénea para todo el sistema, y, en consecuencia, por el Estado y en el ámbito estatal de actuación. No son posibles en este punto decisiones autonómicas unilaterales que, al modificar el núm. de plazas disponibles para absorber a la población penitenciaria, tendrían consecuencias o repercusiones en el conjunto del sistema penitenciario y condicionarían las decisiones de otras Administraciones Autonómicas y de la propia Administración del Estado»* (STC 104/1988, de 8 de junio, FJ 7). En este caso debemos tener en cuenta, además, que la Comunidad Autónoma de Aragón no se encuentra entre las Comunidades Autónomas que han asumido competencias de ejecución de la legislación penitenciaria que dicte el Estado (País Vasco, artículo 12.1 EAPV; Cataluña, artículo 11.1 EAC; Andalucía, artículo 17.1; y Comunidad Foral de Navarra, artículo 58.1 LORAFNA), por lo que, ex artículo 149.3 CE, al Estado le corresponden incluso las competencias de ejecución en esta materia en el territorio aragonés. Siendo, pues, el ámbito material de encuadramiento el de la «legislación penitenciaria», el apartado a) del núm. 222 vulnera las competencias del Estado en esa materia (art. 149.1.6 CE), siendo, por ello, inconstitucional».

## ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

El Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad anual. Esta revista recoge trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al derecho penal y materias afines, tales como derecho penitenciario, política criminal, criminología, derecho administrativo sancionador o derecho procesal penal.

### INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

**Envío de originales:** Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico [adpcp@mjusticia.es](mailto:adpcp@mjusticia.es).

**Formato:** Los originales deberán estar escritos, en letra Times New Roman, 12 (y Times New Roman 10 para las notas al pie), a espacio y medio y con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 25 y 50 páginas. En la primera página se incluirá el título del trabajo, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de un Resumen y *Abstract* de un máximo de diez líneas (en castellano y en inglés), así como de cinco o seis palabras clave o *key words* (en castellano y en inglés). Asimismo, deberán incluir un Sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) Libros: RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) Revistas: RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publica-



ción (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

**Recensiones:** El Anuario acepta recensiones de libros y revistas, siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas.

**Proceso de admisión, evaluación y publicación:** La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos especialistas en la materia por el sistema de pares ciegos manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor como de los evaluadores.

Emitidos los informes por los evaluadores, los autores de los trabajos recibirán una comunicación por correo electrónico, que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo, así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes, cuyo resultado podrá ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueran.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar subsanaciones como condición para su publicación, así como un plazo otorgado al efecto.
- Valoración desfavorable, cuando ambos informes lo fueran, que conlleva la no aceptación del trabajo.

En el caso de que uno de los informes fuera favorable y otro desfavorable, se estará a lo que decida el Consejo de Redacción del Anuario, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante.

A los autores cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará por correo electrónico el contrato de cesión de derechos de explotación del Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaria del Anuario. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.