

ISSN: 0210-6035



Extra
2006

9 770210 603001

EXTRA
2006

Revista de Estudios Penitenciarios

Revista de Estudios Penitenciarios

EXTRA 2006

HOMENAJE AL PROFESOR FRANCISCO BUENO ARÚS

COLABORAN:

*Carlos García Valdés (Coordinador), M.^a del Carmen Figueroa Navarro,
José Luis de la Cuesta Arzamendi, Borja Mapelli Caffarena, Manuel Gallego Díaz,
M.^a Concepción Molina Blázquez, Alfonso Serrano Gómez, Vicenta Cervelló Donderis,
Antonio Obregón García, Julián Carlos Ríos Martín, Enrique Sanz Delgado,
Abel Téllez Aguilera, Félix Pantoja García, Luis Fernández Arévalo*



MINISTERIO
DEL INTERIOR



MINISTERIO
DEL INTERIOR

Revista de Estudios Penitenciarios

Extra
Año 2006



MINISTERIO
DEL INTERIOR

DIRECCIÓN GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidenta

D.^a Mercedes Gallizo Llamas

Directora General de Instituciones Penitenciarias

Vicepresidente

D. José Ignacio Bermúdez Fernández

Vocal Asesor

Vocales

D. Carlos García Valdés

Catedrático de Derecho Penal

D. Santiago Redondo Illescas

Investigador del Programa Ramón y Cajal - Universidad de Barcelona

D. Francisco Bueno Arús

Profesor y Doctor en Derecho

D. José Luis de Castro Antonio

Magistrado del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y Menores de Madrid

D. Emilio Tavera Benito

Jurista Criminólogo

D. Abel Téllez Aguilera

Magistrado y Doctor en Derecho

D. Santos Rejas Rodríguez

Subdirector General de Personal

D. Virgilio Valero García

Subdirector General de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria

D.^a Gloria Corrochano Hernando

Subdirectora Adjunta de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria

Secretaría

D.^a Laura Lledot Leira

Jefa del Servicio de Estudios y Documentación

La responsabilidad por las opiniones emitidas en esta publicación corresponde exclusivamente a los autores de las mismas.

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://publicaciones.administracion.es>

Edita: Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica.

NIPO: 126-06-020-2

ISSN: 0210-6035

Depósito legal: M-38337-2006

Imprime: Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo
Taller de Artes Gráficas del Centro Penitenciario de Madrid III (Valdemoro)

SUMARIO

	Págs.
<i>Curriculum Vitae</i> . D. FRANCISCO BUENO ARÚS	9
COLABORACIONES	15
La Administración de Justicia entre el Antiguo y el Moderno Régimen: los Consejos y las Secretarías del Despacho. CARLOS GARCÍA VALDÉS Y M. ^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO	17
Extranjería y privación de libertad. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI	39
Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva. BORJA MAPELLI CAFFARENA	59
Acerca de la naturaleza jurídica del adelantamiento de la libertad condicional. MANUEL GALLEGO DÍAZ	75
La respuesta del ordenamiento jurídico español actual a la delincuencia habitual. M. ^a CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ	97
La teoría criminológica de Salillas. ALFONSO SERRANO GÓMEZ .	111
Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género. VICENTA CERVELLÓ DONDERIS	129
La determinación de la pena exacta en los concursos de leyes en relación de alternatidad (sentido, contenido y aplicación de la regla 4. ^a del artículo 8 del Código Penal). ANTONIO OBREGÓN GARCÍA	151
La mediación en la fase de ejecución del proceso penal. JULIÁN CARLOS RÍOS MARTÍN	169
Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas. ENRIQUE SANZ DELGADO	191
Las condecoraciones penitenciarias. ABEL TÉLLEZ AGUILERA	225
Ayer y hoy de la respuesta sancionadora a los menores. FÉLIX PANTOJA GARCÍA	245
Hospitales psiquiátricos penitenciarios y actividad penitenciaria. LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO	249



*HOMENAJE
AL PROFESOR
FRANCISCO
BUENO
ARÚS*

UNIVERSIDAD PONTIFICIA
ICAI ICADE
COMILLAS
M A D R I D

Francisco Bueno Arús

Curriculum Vitae

Nacido en Madrid el 9 de septiembre de 1935.

A) TÍTULOS.

1. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1952-57). Doctor en Derecho por la misma Universidad. Tesis doctoral sobre “La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español”, dirigida por el Profesor Don José ANTÓN ONECA. Premio extraordinario (1973).

2. Letrado del Ministerio de Justicia, por oposición (1959). Ascendido a Letrado Mayor Superior (número 1 del Cuerpo, equiparado a Magistrado del Tribunal Supremo) en 1985. Integrado en el Cuerpo de Abogados del Estado (1986), donde alcanza también el número 1, jubilándose el 9 de septiembre de 2005.

3. Profesor Titular Numerario de Universidad, por concurso-oposición (1975), de Derecho penal. Ejerce el cargo en la Universidad Complutense. Excedente (desde 1980).

B) ACTIVIDADES PROFESIONALES.

1. En el Ministerio de Justicia, ha desempeñado diversos destinos, entre ellos: Director de la Colección Legislativa de España (1964-1968); Director de la Revista de Estudios Penitenciarios (1963-1980); Jefe del Servicio de Asuntos Eclesiásticos (1968-1973); Jefe del Servicio de Asuntos Penales (Extradiciones), Recursos y Conflictos Jurisdiccionales, de la Subsecretaría (1973-1978), y Jefe del Servicio Técnico y Jurídico de Asuntos Penitenciarios, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (1978-1981), con nivel de Subdirector General.

2. Es Vocal permanente (desde 1980) de la Sección 4.^a (Derecho penal y peniten-
ciario) de la Comisión General de Codificación, de la que ha sido también Secretario. Es Presidente de dicha Sección 4.^a desde diciembre 2001. También ha formado parte

de otras Comisiones Ministeriales (v.g., Comisión de Redacción de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de sus Reglamentos) o interministeriales (v.g., Comisión de Cooperación Jurídica Internacional, Comisión de Estudios de los Problemas Derivados del Consumo de Drogas).

3. En septiembre de 1981, por concurso, pasó a ocupar plaza de Facultativo (Letrado) del Consejo General del Poder Judicial, siendo destinado al Gabinete Técnico y nombrado Jefe de Servicio en marzo de 1982, desempeñando los destinos de Jefe de la Sección de Relaciones Institucionales, Asesor de la Mesa de Contratación y Secretario del Consejo de Redacción de la revista Poder Judicial (desde 1988). Ha colaborado con la Comisión de Estudios e Informes y con las Vocalías de Publicaciones y de Relaciones con el Defensor del Pueblo, Ministerio de Justicia, Ministerio Fiscal, Universidades y Asociaciones Profesionales.

También ha participado en las actividades de Formación del Consejo (entre 1983 y 1996), dirigiendo los Cursos sobre La ejecución de la sentencia penal (1994) y monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria (1995), y ha organizado y coordinado todas las Reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria celebradas entre 1981 y 2005 (salvo los años que ejerció el cargo de Director General).

4. Como funcionario del Ministerio de Justicia y del Consejo, ha sido también Presidente, Secretario o Vocal de diversos Tribunales de oposiciones a Letrados del Ministerio de Justicia, Jueces, funcionarios de Instituciones Penitenciarias y funcionarios de la Administración de Justicia.

5. En mayo de 1996 es designado por el Consejo de Ministros Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, con competencia en las siguientes áreas: promoción legislativa, cooperación jurídica internacional, recursos administrativos, preparación de los Consejos de Ministros, documentación y publicaciones, relaciones del Ministerio con los organismos internacionales. En mayo de 2000 es nombrado Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, cesando en diciembre de 2001 y recibiendo el nombramiento de Presidente de la Sección de Derecho Penal y Penitenciario de la Comisión General de Codificación. Durante estos años (1996-2001) es designado también Vocal del Consejo de Administración de la empresa SEPES y del Club de Campo de la Villa de Madrid.

6. Entre sus actividades prelegislativas, destaca haber presidido las Comisiones que redactaron la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (1996) y la Ley Orgánica de Procedimiento ante la Jurisdicción de Vigilancia (1996), así como la Comisión Técnica para la Reforma del Sistema de Penas (2000-2002) y varias reformas parciales del Código penal, y formado parte de la Comisión que redactó la revisión de la Ley Orgánica General Penitenciaria para el Ministerio del Interior (2005).

7. En diciembre de 2001 reingresa como Letrado del Consejo General del Poder Judicial, destinado al Gabinete Técnico y a la Comisión de Seguimiento de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, cargo que ha simultaneado con el ya mencionado de Presidente de la Sección 4.^a (Derecho penal y penitenciario) de la Comisión General de Codificación.

8. Se jubila por razón de edad, al cumplir los 70 años, el 9 de septiembre de 2005.

C) ACTIVIDADES ACADÉMICAS.

1. Profesor Ayudante de clases prácticas (1962-1968), Encargado de Curso (1968-1969) y Adjunto por concurso-oposición (1970-1975) de la asignatura de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid (Cátedras de los Profesores Don José ANTÓN ONECA y Don José María RODRÍGUEZ DEVESA). En 1975 ingresó por concurso-oposición en el Cuerpo de Profesores Titulares Numerarios de Universidad, pasando a la excedencia en 1980.

2. Profesor de Penología y de Sistemas Penitenciarios (1965-1987) y Jefe de Estudios (1986-1987) del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Con posterioridad a 1987 ha venido impartiendo anualmente en el Instituto cursillos monográficos sobre Aspectos jurídicos y criminológicos del terrorismo (1983-1986) y sobre Política criminal de las Naciones Unidas (1991-1996).

3. Profesor de Derecho penal en el Colegio Universitario Cardenal Cisneros (1969-1974), en el CEU (1974-1981) y en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) desde 1973. En este último Centro adquiere la categoría académica de Profesor Ordinario (equivalente a Catedrático) y ha sido Director del Departamento de Derecho Penal y Procesal desde 1985 hasta 1996. Habiendo estado excedente durante su etapa de Director General en el Ministerio de Justicia, ha reingresado en la última Universidad citada en enero de 2002, jubilándose por razón de edad el 9 de septiembre de 2005. En la actualidad es Profesor Emérito del Centro y explica la asignatura de Derecho penal internacional.

4. Ha pronunciado más de cien conferencias sobre temas de Derecho penal, penitenciario y comunitario en las Universidades de Coimbra, Oporto, Madrid (Complutense, Carlos III, UNED, San Pablo, Europea y Juan Carlos I), Zaragoza, Valladolid, Murcia, Granada, Córdoba, Valencia, Alcalá de Henares, Alicante, Las Palmas, Orense, Pontevedra, Oviedo, Sevilla, Huelva y Jerez de la Frontera; la UNED (Mérida), el CEU (Alicante), el Colegio Universitario Luis Vives (Madrid), las Escuelas Superiores de Arquitectura de Toledo y de Las Palmas, los Institutos de Criminología de Barcelona, San Sebastián, Granada y Las Palmas de Gran Canaria, y los Colegios Mayores Isabel de España (Madrid) y Lasalle y Santa Isabel (Zaragoza), así como en el Centro de Estudios Judiciales (Madrid y Barcelona), el Centro de Estudios Judiciarios de Lisboa, las Escuelas de Práctica Jurídica de las Universidades Complutense y Comillas, la Escuela de Estudios Penitenciarios, la Escuela Superior de Policía, los Colegios de Abogados de Madrid, Cádiz, Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife; el Instituto de Reinserción Social (Barcelona), la Fundación Diagrama (Madrid), la Casa de la Cultura de Reinosa y el Club de Estudios Jurídicos de Riiza. También ha sido invitado a impartir un curso de Derecho penal español en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Poitiers y a participar en un Seminario sobre responsabilidad penal de los menores en la Universidad Católica de Santiago de Chile.

5. Ha participado, como ponente o comunicante, desde 1962 hasta la actualidad, en más de cien Jornadas de Estudio, Seminarios o Congresos, convocados por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (Santander), el Colegio Domingo de Soto (Segovia), el CEU (Madrid), el Instituto de Cuestiones Internacionales (Madrid), la Asociación Pro Derechos Humanos; las Comunidades Autónomas de

Andalucía, Castilla-La Mancha y La Rioja; el Ministerio del Interior, la Dirección General de Tráfico, la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, la Dirección General de Tributos, el Centro de Estudios y Formación de la Generalidad de Cataluña, las Escuelas de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense y la Universidad P. Comillas, la Fundación BBV (Bilbao), la Fundación El Monte (Sevilla), el Institute for International Research (Madrid); los Institutos Matrimonio y Familia, Fe y Secularidad y Superior de Ciencias Morales (Madrid), y la Fundación Diagrama (Murcia y Logroño).

6. Director de varias tesis doctorales y tesinas de graduación, y miembro de Tribunales para juzgar tesis doctorales, en las Universidades Complutense, UNED, Juan Carlos I, Comillas, Alcalá de Henares, Zaragoza y Granada, y en el Instituto de Criminología de Madrid.

D) ACTIVIDADES INTERNACIONALES.

1. Miembro de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria por elección desde 1980; miembro votante de la Delegación española desde 1989. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (desde 1975) y de la Sociedad Internacional de Criminología (desde 1982).

2. Miembro de las Delegaciones españolas designadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores para negociar Tratados de extradición y auxilio judicial internacional con Suecia (1973-74), con Austria (1976), con México (1978), con Rusia (1997) y con la India (2000).

3. Miembro, como representante español, de los Comités de Expertos del Consejo de Europa relativos a Extradición (1978-79), Tortura (1978), Tratamiento de Reclusos Extranjeros (1979-83), Competencia penal extraterritorial (1985-88), Terrorismo (1989), Pronunciamiento de las Penas (1989-92) y Mediación en materia penal (1998-99). Jefe de la Delegación española en el Comité Director de Problemas Criminales del Consejo de Europa (1996-2001). Miembro, a título personal, del Bureau del Comité Director de Problemas Criminales y del Grupo de Reflexión sobre Cooperación Jurídica Internacional en el Siglo XXI, del Consejo de Europa. Ha renunciado a estos cargos después de su jubilación, por motivos de salud.

4. También ha representado a España en los Congresos VIII y X de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, 1990, y Viena, 2000), así como en las reuniones preparatorias de Helsinki y Viena, y en el Grupo de Trabajo “Derecho penal-Derecho comunitario” del Consejo de las Comunidades Europeas (Bruselas, 1991). Durante su etapa de Director General del Ministerio de Justicia ha sido miembro o jefe de la delegación española en el llamado “Comité K-4” o “Comité CATS” y en numerosos grupos de trabajo y también ha asistido a la celebración de los Consejos de Ministros de Justicia e Interior (JAI), todo ello en el ámbito de la Unión Europea.

5. Ha participado, como ponente, comunicante o asistente, desde 1962 hasta la actualidad, también en más de veinticinco Jornadas, Seminarios o Congresos convocados por entidades internacionales, como la Sociedad Internacional de Criminología, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Fundación Internacional Penal y

Penitenciaria, los Institutos Superiores Internacionales de Ciencias Penales de Siracusa y de Messina, la Conferencia Europea de la Probation (Países Bajos), e ICOPA (Conferencia Internacional para la Abolición de la Prisión). Ha sido ponente general en la reunión celebrada por las cuatro grandes Asociaciones Internacionales de Derecho Penal (Bellagio, 1990) sobre el tema Delincuencia organizada y terrorismo, y en la celebrada por la F.I.P.P. (Neuchâtel, 1992) sobre el tema Derechos fundamentales y prisión preventiva.

E) PREMIOS Y DISTINCIONES.

1. Premio Montalbán fin de carrera (1958).
2. Becario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, adscrito al Anuario de Derecho Civil bajo la dirección del Profesor Don Federico DE CASTRO Y BRAVO (1957-1959).
3. Cruz Distinguida de San Raimundo de Peñafort, de 2.^a clase en 1962 y de 1.^a clase en 1977.
4. Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario (1978).
5. Socio de Honor del Instituto de Criminología de Madrid (1982).
6. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (1984).
7. Primera Ayuda Aranzadi a la Investigación Universitaria (1992).
8. Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort (2002).
9. Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort (2004).

F) PUBLICACIONES.

a) Libros:

1. El sistema penitenciario español, Ministerio de Justicia, Madrid, 1967. Nueva edición: Editora Nacional, Madrid, 1971.
2. Apuntes de Sistemas y Tratamientos penitenciarios, Instituto de Criminología, Madrid, 1974.
3. Estudios penales y penitenciarios, Instituto de Criminología, Madrid, 1981.
4. Legislación penitenciaria, Ed. Civitas, Madrid, 1985; 5.^a edición, 1993.
5. Ejecución de sentencias penales, ICADE, Madrid, 1986. Nueva edición, 1990.
6. Convenios de Extradición, Ministerio de Justicia, Madrid, 2.^a edición, 1988.
7. Bibliografía penitenciaria, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
8. Aranzadi. Guía para la consulta jurídica, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.
9. La Ciencia del Derecho penal, un modelo de inseguridad jurídica (Lección

inaugural del curso 2003-2004), Universidad P. Comillas, Madrid, 2003. 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2004.

10. Manual de Derecho Penal Internacional (en colaboración con Juan DE MIGUEL ZARAGOZA), Universidad P, Comillas, Madrid, 2003.

11. Ley General Penitenciaria (Comentarios), coordinación general de la obra, Editorial COLEX, Madrid, 2005.

b) Artículos de revista y Participación en libros colectivos: unas 250 colaboraciones, sobre Derecho penal, penitenciario y administrativo, publicadas en cursos colectivos, libros homenaje y revistas de las especialidades indicadas.

c) Otros: 360 recensiones bibliográficas, 7 traducciones, 8 prólogos, 5 presentaciones de libros.

Madrid, mayo 2006.

COLABORACIONES

Carlos García Valdés
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

M.^a del Carmen Figueroa Navarro
Profesora Titular EU de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

La Administración de Justicia entre el Antiguo y el Moderno Régimen: los Consejos y las Secretarías del Despacho*

Sumario: I. Los órganos centrales sentenciadores y ejecutivos: los Consejos, en especial el Real y el de Guerra. II. Las Secretarías del Despacho: creación del organigrama ministerial. Algunos de sus primeros titulares más destacados y posterior evolución.

I

Si algo pudiera caracterizar primordialmente el conjunto de la administración estatal, durante el período de los Austrias, sería la voz polisindia, es decir, el gobierno por medio de los Consejos¹ y “la ausencia de precisiones referentes a las competencias del conjunto de los magistrados, generadora de conflictos de jurisdicción”².

* La primera parte de este trabajo, titulado “La Administración de Justicia en el Antiguo Régimen: la potestad orgánica unipersonal y colegiada”, fue publicada en el Libro-Homenaje al Prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, págs. 1991 y sigs. Esta segunda, hasta hoy inédita, ve la luz en homenaje al Prof. Bueno Arús, en reconocimiento a su actividad profesional, labor personal de magisterio hacia discípulos y alumnos, y especialización pionera en la materia penitenciaria.

¹ Vid. Escudero, J. A. “Los Orígenes del Consejo de Ministros en España”, I. Madrid, 2001, págs. 20 y sigs.; el mismo: “Administración y Estado en la España Moderna”, 2.^a ed. Valladolid, 2002, pág. 43; Fernández Álvarez, M.-Díaz Medina, A. “Los Austrias mayores y la culminación del Imperio (1516-1598)”, en Historia de España, 8. Madrid, 1987, pág. 180 y Fernández Álvarez, M. “Felipe II y su tiempo”, 19.^a ed. Madrid, 2004, pág. 47.

² Cfr. Fayard, J. “Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)”. Madrid, 1982, pág. 3.

La naturaleza de los Consejos consultivos reunía, además, una triple condición: eran magistratura, órganos administrativos y de legislación. Su historia nos la resume Janine Fayard³: en su mayor parte, habían sido creados por los Reyes Católicos o Carlos V, según modelo, en ciertos supuestos, de los Países Bajos⁴ y otros por Felipe II⁵. Había doce a principios del siglo XVII, divididos en dos categorías principales⁶: Consejos de competencia geográfica o territorial, cuales el de Castilla, de Aragón, de Indias, de Italia⁷, de Flandes y de Portugal; y Consejos de competencia material o técnica, como eran el de Estado, de Guerra, de Hacienda, de las Órdenes, de la Inquisición y de Cruzada. En el XVIII su número se redujo considerablemente: Castilla, Indias, Estado, Hacienda, Guerra y Órdenes Militares⁸. Se basaban, dice Bermejo, “en el principio de que el rey debía asesorarse por los más capacitados y de mayor nivel de experiencia y preparación”; y al ser la monarquía española tan extensa -y tan intensa, añadimos- con muy complicados asuntos a resolver, bien se comprende el crecido número de dichos Consejos⁹.

Su principal técnica de actuación era la consulta¹⁰, consistente en que el rey pedía opinión sobre un tema concreto y relevante y estos organismos la evacuaban de forma escrita. Mas los Consejos ni actuaban por propia iniciativa ni podían imponer sus decisiones. Se limitaban a elevar el mencionado dictamen al rey, siendo generalmente aceptado, conformando el contenido de las más importantes pragmáticas y reales cédulas¹¹. Este sistema conllevaba inherente una gran lentitud, lo cual se intentó salvar por medio del valido. Tras la muerte, en 1661, de D. Luíís Méndez de Haro¹², ter-

³ Vid. Fayard, J. “Los miembros...”, ob. y loc. cit.

⁴ Cfr. Kellenbenz, H. “Los Fugger en España y Portugal hasta 1560”. Valladolid, 2000, págs. 46 y sigs.

⁵ Vid. Escudero, J. A. “Felipe II: El rey en el despacho”. Madrid, 2002, págs. 41 y sigs. Recuérdese que otro de nuestros más ilustres historiadores, Fernández Álvarez, M. “Poder y sociedad en la España del Quinientos”. Madrid, 1995, pág. 277, con pleno acierto, había calificado a este soberano como “rey-burócrata” y “rey-ordenancista que trataba de hacerse con la cada vez más complicada estructura política de la Monarquía Católica”, en contraposición a su padre, Carlos V, el “rey-soldado”. De la misma acertada forma, Lynch, J. “Los Austrias (1516-1598)”, en “Historia de España” de Lynch, J. (Dir.), X, Barcelona, 1993, pág. 231, escribirá: “Carlos V fue un emperador peripatético, mientras que Felipe II fue un monarca nacional”. Sobre el sistema de gobierno conciliar de los Austrias, vid. Vázquez de Prada, V. “Felipe II”. Barcelona, 1978, págs. 43 y sigs.; Clouas, I. “Felipe II”. Buenos Aires, 1993, págs. 114 y 115; Parker, G. “Felipe II”, 2.^a reimp. Madrid, 1995, págs. 51 y sigs.; el mismo: “La gran estrategia de Felipe II”. Madrid, 1998, págs. 66 y sigs.; Lynch, J. “Los Austrias...”, ob. cit., págs. 15, 16 y 66 y sigs.; Kamen, H. “Felipe de España”. Madrid, 1997, págs. 13, 14, 222 y 223; Pérez, J. “La España de Felipe II”. Barcelona, 2000, págs. 39 y 40 y Schäfer, E. “El Consejo Real y Supremo de las Indias”, I. Valladolid, 2003, págs. 53 y sigs.

⁶ Vid. Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias”. Madrid, 2005, págs. 64 y 65.

⁷ Sobre el Consejo de Italia, vid., muy recientemente, Signorotto, G. “Milán español. Guerra, Instituciones y Gobernantes durante el reinado de Felipe IV”. Madrid, 2006, págs. 137 y sigs.

⁸ Vid. Escudero, J. A. “Administración y Estado...”, ob. cit., págs. 135 y sigs. y 483 y sigs.; el mismo: “Estudios sobre la Inquisición” Madrid, 2005, pág. 24; Andrés-Gallego, J. “El motín de Esquilache, América y Europa”. Barcelona, 2005, pág. 296; Elliot, J. H. “La España imperial 1469-1716”. Barcelona, 2006, págs. 180 y sigs. y Enciso Recio, J. M., en Enciso Recio, J. M. y otros. “Los Borbones en el siglo XVIII”. Barcelona, 2006, pág. 398.

⁹ Cfr. Bermejo Cabrero, J. L. “Derecho y Administración pública en la España del Antiguo Régimen”. Madrid, 1985, págs. 15 y 16; en obra posterior, ya citada en nota 6, insiste en esta correcta idea el propio Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político...”, ob. cit., pág. 64: “El número de Consejos se acrecienta; aparecen nuevos Consejos, y la maquinaria consultiva de la Monarquía española se hará cada vez más complicada y de difícil manejo y coordinación”

¹⁰ Vid. Parker, G. “Felipe...”, ob. cit., pág. 52; Kamen, H. “Felipe de...”, ob. cit., págs. 13 y 14 y Elliot, J. H. “La España...”, ob. cit., págs. 186 y 187.

¹¹ Vid. Desdevises du Dézert, G. “La España del Antiguo Régimen”, mod. ed. Madrid, 1989, pág. 248.

¹² Vid. Belenguer, E. “El Imperio hispánico”. Barcelona, 1995, págs. 436 y sigs. y Gamba Gutiérrez, A. “Don Luis Méndez de Haro, el valido encubierto”, en Escudero, J. A. (Coord). “Los validos”. Madrid, 2004, págs. 277 y sigs.

cer nombre de la trilogía clásica, en la época de dos Austrias menores, Felipe III y Felipe IV, con Lerma y Olivares, esta figura dejaría efectivamente de presentar la fuerza de antaño¹³, aunque de hecho ejercieran la privanza otros en tiempos del último rey citado y de su sucesor Carlos II¹⁴. Si bien se considera que el declive de los Consejos, a salvo el de Castilla, arranca de la guerra de Sucesión y como producto de la nueva política borbónica encarnada por Felipe V, es más cierto que habían entrado en crisis con Carlos II, cuando D. Juan José de Austria, redescubierto con inusitado vigor por los especialistas, alterara el proceso clásico de las tomas de decisión, reuniendo en su persona la elaboración, con anterioridad en manos de los Consejos, y la ejecución de muchas de las normas¹⁵. De ahí, la más que razonable duda en calificarle de M.^a Teresa Manescau¹⁶.

Nos detendremos brevemente, en ocasiones no iremos más allá de la escueta cita, en el análisis de los Consejos que tenían competencia sobre los reos por causas criminales, centrándonos particularmente en el Consejo de Guerra pues los destinados a presidios norteafricanos dependían en varios aspectos de él.

El Consejo de Estado atendía especialmente asuntos internacionales, es decir la política extranjera y lo referido a la guerra y la paz¹⁷. Procedía de un Consejo secreto de notables, organizado por los Reyes Católicos, dentro del Consejo de Castilla¹⁸. Presidido por el rey, era el que “tenía más inserción (...) en la corte”, al decir de Fernández Álvarez¹⁹ y se dividía en dos secretarías: para el norte, principalmente ocupada de los Países Bajos; y para el sur, con especificidad para Italia²⁰. Será por el capital Real Decreto de 30 de noviembre de 1714, del que volveremos a tratar, cuando ambas se refundan dando lugar a la Secretaría de Estado.

A comienzos del siglo XVIII, con el auge de las Secretarías de Despacho, a la que dedicaremos su estudio en el apartado II de este trabajo, el Consejo de Estado resultó completamente superfluo, convirtiéndose sus consejeros en cargos honoríficos. Se pretendió su potenciación por el Real Decreto de 8 de julio de 1787, transformándolo en la Junta Suprema de Estado, especie de consejo de ministros cuyo objeto era tratar asuntos de interés general, resolver conflictos entre despachos ministeriales y tribunales superiores y nombrar a los funcionarios públicos. Esta Junta Suprema estuvo

¹³ Vid. García Cárcel, R.-Alabrús Iglesias, R. M.^a “España en 1700. ¿Austrias o Borbones?”. Madrid, 2001, pág. 53.

¹⁴ Vid. García Cárcel, R.-Alabrús Iglesias, R. M.^a “España en 1700...”, ob. cit., págs. 53 y 54.

¹⁵ Vid. Calvo Poyato, J. “Juan José de Austria. Un bastardo regio”. Barcelona 2002, págs. 219 y sigs. y Kamen, H. “La España de Carlos II”. Barcelona, 2005, págs. 429 y sigs.

¹⁶ Vid. Manescau Martín, M.^a T. “Don Juan José de Austria, ¿valido o dictador?”, en Escudero, J. A. (Coord.). “Los validos...”, ob. cit., págs. 447 y sigs.

¹⁷ Una parte de la impresionante y valiosísima documentación del Consejo de Estado, relativa a nuestro servicio exterior, ha sido recogida por Vargas-Hidalgo, R. “Guerra y Diplomacia en el Mediterráneo: Correspondencia inédita de Felipe II con Andrea Doria y Juan Andrea Doria”. Madrid, 2002; vid., asimismo, Villacorta, A. “La Jesuita. Juana de Austria”. Barcelona, 2005, pág. 212.

¹⁸ Sobre sus antecedentes castellanos y polémica acerca de su moderno y concreto origen en el s. XVI, vid. Barrios, F. “El Consejo de Estado de la Monarquía española, 1521-1812”. Madrid, 1984, págs. 42 y sigs. y el clásico estudio de Cordero Torres, J. M. “El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España”. Madrid, 1944, pág. 46; en este último sentido (1526), vid. Escudero, J. A. “Los Secretarios de Estado y del Despacho”, I. 2.^a ed. Madrid, 1976, pág. 71 y Pérez, J. “La España...”, ob. cit., pág. 40.

¹⁹ Cfr. Fernández Álvarez, M. “Felipe II...”, ob. cit., pág. 65: el Real lo tendrá en la sociedad.

²⁰ Vid. Escudero, J. A. “Los Secretarios de Estado...”, ob. cit., págs. 134 y sigs. y Kamen, H. “La España...”, ob. cit., pág. 35.

siempre presidida por el conde de Floridablanca. Se suprimió por Real Decreto de 28 de febrero de 1792, volviendo a retomarse el nombre de Consejo de Estado con sus funciones anteriores. A partir del año 1797 sólo existió de forma nominal. El artículo 236 de la Constitución gaditana le otorga un carácter consultivo: el rey “oír su dictamen” en determinados asuntos gubernamentales, “señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados”²¹.

Respecto al Consejo de las Órdenes, ha de señalarse que, a partir de la toma de Granada, las Órdenes militares²² de Santiago, Calatrava y Alcántara culminarán su antigua razón de ser²³. Sin embargo, en lugar de su supresión, se colocaron bajo control real, mediante dicho Consejo, creado en 1489, integrándose en éste también la Orden de Montesa, perteneciente a la corona de Aragón. Sus componentes gozaban de un extenso fuero privilegiado que fue restringido por Carlos V, en 1527, consiguiendo que ciertos delitos no se juzgaran por el mencionado Consejo, siempre benevolente, sino con todo el rigor de la justicia real.

En el siglo XVIII el Consejo de las Órdenes se mantiene como órgano de la nobleza, reminiscencia de sus lejanas prerrogativas. Su función era, por un lado, examinar las pruebas de nobleza, verificando que los aspirantes reunían hidalguía, limpieza de sangre, legitimidad de nacimiento y que no ejercían oficio mecánico; y por el otro, administrar sus territorios²⁴. Se componía de dos Salas: de gobierno y de justicia²⁵. Esta última, que es la que nos interesa al objeto del presente estudio, resolvía esencialmente controversias administrativas. Y aunque pretendió erigirse en tribunal territorial de apelación para causas civiles y criminales juzgadas en primera instancia, tal facultad le fue negada, continuándose por ello apelando ante las Audiencias y Chancillerías y, por último, al Consejo de Castilla. En las ocasiones contadas en que entró a conocer como segunda instancia, se cuidó la corona en advertirle seriamente que lo hacía de forma excepcional²⁶. El rey, como Gran Maestre de las Órdenes, juzgó personalmente causas de tipo criminal dada la calidad de los reos²⁷. Fatigado Carlos IV de los conflictos de competencias que se promovían, por Real Cédula de 8 de abril de 1802 reiteró lo manifestado en favor de aquéllos órganos superiores²⁸.

Otro Consejo estatal era el de la Inquisición, también llamado Consejo de la Suprema²⁹, organizado en el año 1488³⁰ y presidido por el Inquisidor general. Las con-

²¹ Cfr. “Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz. A 19 de marzo de 1812”; manejamos la ed. Madrid, 1820.

²² Vid. Rodríguez-Picavea, E. “Las Órdenes Militares hispánicas en la Edad Media”, en Novoa Portela, F.-De Ayala Martínez, C. (Eds.). “Las Órdenes Militares en la Europa medieval”. Barcelona, 2005, págs. 104 y sigs.

²³ Vid. Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político...”, ob. cit., págs. 255 y sigs. y Payne, S.G.: “El Catolicismo español”, Barcelona, 2006, págs. 27 y 28.

²⁴ Vid. Kellenbenz, H. “Los Fugger...”, ob. cit., págs. 354 y sigs.

²⁵ Vid. Desdevises du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 329.

²⁶ Vid. Desdevises du Désert, “La España...”, ob. cit., pág. 330.

²⁷ Vid. Elizondo, F. A. “Practica Universal Forense de los Tribunales Superiores de España y de las Indias”, I, 3.^a impresión, Madrid, 1774, págs. 186 y 187.

²⁸ Archivo General Militar, Segovia (a partir de ahora AGM), Sección Circulares, legajo (a partir de ahora leg.) 11.

²⁹ Vid. Rodríguez Bensé, J. R. “El Consejo de la Suprema Inquisición”. Madrid, 2000.

³⁰ La fecha precisa de 27 de octubre del citado año la da Escudero, J. A. “Estudios...”, ob. cit., págs. 203 y sigs. y 210 y sigs. En el mismo sentido, las tres obras de Pérez, J. “Crónica de la Inquisición en España”. Barcelona, 2002, pág. 268; “Breve historia de la Inquisición en España”. Barcelona, 2003, pág. 99 y “La Inquisición española. Crónica negra del Santo Oficio”. Madrid, 2005, pág. 268 y Kamen, H. “La Inquisición española. Una revisión histórica”. Barcelona, 2005, págs. 52 y 137; téngase en cuenta que el esclarecedor trabajo original del prof. Escudero vio la luz en 1983.

trroversias de competencia con diversos Consejos, en especial con los de Castilla, Indias o Italia, se fueron decidiendo a partir de este momento³¹.

En el siglo XVIII continuaba con la competencia universal en materia de fe³². Entendían los tribunales inquisitoriales de los delitos de herejía (judaizantes)³³, supersticiones y brujerías, blasfemias y proposiciones³⁴ heréticas y bigamia. Las denominadas proposiciones eran enunciados contra las verdades del dogma, es decir, errores doctrinales. Blasfemias son las expresiones irreverentes contra Dios, la Virgen o los Santos. La jurisdicción del Santo Oficio fue incuestionable en delitos de proposiciones, pero en los de blasfemia la competencia no estuvo tan clara. En principio, sólo le pertenecían aquéllas con connotaciones heréticas, o sea, las que negaban algún artículo de fe, pero dado lo complicado que era distinguir entre un blasfemo y un blasfemo herético, la Inquisición optó por atribuírselas³⁵. Los bigamos, podían ser procesados por la jurisdicción civil, episcopal o inquisitorial, pues el Santo Oficio no logró la exclusividad en este delito³⁶.

A medida que transcurrió el siglo XVIII y la Inquisición fue perdiendo poder, la jurisdicción sobre los delitos de bigamia se iría reduciendo. La solución llegaría por Real Cédula de Carlos III, de 5 de febrero de 1770. A partir de entonces, cuando el acusado no fuera reo de fe, los inquisidores no dictarían sentencia ni impondrían castigo, sino que deberían trasladarlo a los tribunales a quienes correspondiese la jurisdicción³⁷. Pocos años antes, el Consejo de Castilla había ratificado “su preeminencia sobre la Suprema y sus agentes”³⁸.

Con anterioridad, el Consejo llegó a conocer de muchos otros delitos, tales como la sodomía, bestialidad o amancebamiento que pertenecían, en principio, a la jurisdicción ordinaria, excepto si su comisión indicaba desviación del credo religioso³⁹. Y a contrario, los monarcas ante prácticas criminales nocivas para sus intereses políticos o de erradicación difícil, entregaban su enjuiciamiento a la jurisdicción inquisitorial, así, en casos de falsificación de moneda, usura, contrabando o saca de caballos. El Santo Oficio en tales ocasiones elevaba protesta, pues entendía, como nos

³¹ Vid. Llorente, J. A. “Memoria Histórica sobre qual ha sido la opinión nacional de España acerca del Tribunal de la Inquisición”, Madrid, 1812, págs. 244 y sigs. y, modernamente, Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político...”, ob. cit., págs. 201 y sigs.

³² En este sentido, cfr. Llorente, J. A. “Memoria Histórica...”, ob. cit., págs. 187 y 188 : “En las cortes de Monzón de los años 1510 y 12, habían procurado estrechar los límites de las jurisdicciones de los inquisidores a solas las causas de fe”.

³³ Vid. De Prado Moura, A. “Las hogueras de la intolerancia. La actividad represora del Tribunal Inquisitorial de Valladolid (1700-1834)”. Valladolid, 1996, págs. 67 y sigs. y Pérez, J. “Los judíos en España”. Madrid, 2005, pág. 183 y Edwards, J.: “La Inquisición”, Barcelona, 2005, págs. 63 y sigs., 69 y sigs., 81 y 82.

³⁴ Vid. Eymeric, N. “Manual de Inquisidores” (1376), mod. ed. de Fortea, J. A. Madrid, 2006, págs. 132 y 133.

³⁵ Vid. De Prado Moura, A. “Las hogueras...”, ob. cit., págs. 130 y sigs. y Pérez, J. “La Inquisición...”, ob. cit. págs. 195 y 196.

³⁶ Vid. Gacto, E. “El delito de bigamia y la Inquisición española”, en Tomás y Valiente y otros: “Sexo barroco y otras transgresiones premodernas”. Madrid, 1990, págs. 131 y sigs.; Escudero, J. A. “Estudios...”, ob. cit., pág. 43; Kamen, H. “La Inquisición...”, ob. cit., pág. 257 y Pérez, J. “La Inquisición...”, ob. cit., págs. 198 y 199.

³⁷ Vid. De Prado Moura, A. “Las hogueras...”, ob. cit., págs. 154 y sigs. y García Cárcel, R.-Moreno Martínez, D. “Inquisición. Historia crítica”. Madrid, 2002, pág. 89.

³⁸ Cfr. Edwards, J.: “La Inquisición”, ob. cit., pág. 156.

³⁹ Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla”, Salamanca, reimp. 1994, pág. 199; García Cárcel, R.-Moreno Martínez, D. “Inquisición...”, ob. cit., págs. 305 y sigs. y Pérez, J. “La Inquisición...”, ob. cit., pág. 199.

hace recordar en su extraordinaria investigación José Luís De las Heras, que “más parecía se usaba de la Inquisición por razón de Estado que por la Fe”⁴⁰.

También entendía este Consejo de las causas criminales contra los familiares⁴¹, colaboradores o auxiliares del mismo. Si bien, en un principio, los inquisidores conocieron de todas sus causas, aún las privadas, como, por ejemplo, riñas, en el año 1553 se exceptuaron de la jurisdicción inquisitorial los siguientes delitos, cometidos por los mencionados familiares: sexuales, contra la propiedad, contra la Iglesia, lesa majestad, levantamiento del pueblo (motín o sedición), rebelión, desobediencia a reales órdenes y resistencia a los justicias e infracciones en el ejercicio de los oficios públicos. Tal evolución supuso el recorte del fuero privilegiado que tenían los familiares⁴². En este sentido se dicta, con posterioridad, la Real Cédula de 11 de marzo de 1783⁴³.

Foco indudable de resistencia de la difusión de las nuevas ideas filosóficas, la Inquisición fue perdiendo protagonismo político, singularmente durante el reinado de Carlos III⁴⁴. Aunque la pena más habitual impuesta entonces por los tribunales inquisitoriales fueron las galeras⁴⁵, los presidios norteafricanos albergaron muchos reos provenientes de las sentencias de los inquisidores.

El Consejo de Hacienda data su origen en una sección del Consejo de Castilla. Carlos V lo convirtió en independiente, en el año 1523, permaneciendo a cargo de los Contadores los pleitos de rentas⁴⁶. Al año siguiente se crea la Audiencia de la Contaduría⁴⁷, nombrando en calidad de Oidores a juristas que actuaban independientemente de los Contadores. Así, esta Audiencia tuvo una autoridad, en su ámbito específico, semejante a las Chancillerías de Valladolid y Granada. A partir de entonces, los Contadores circunscribieron su competencia a la hacienda pública, mientras los Oidores a los pleitos de rentas⁴⁸.

Al Consejo de Hacienda se le incorporó, fundiéndose con él, la Contaduría Mayor en la Ordenanza de 26 de octubre de 1602, de Felipe III, desapareciendo el nombre de Contadores y constituyéndose este Consejo con un Presidente y ocho consejeros⁴⁹. En 1720 se agilizaron los asuntos mediante dos salas: una de gobierno y otra de justicia⁵⁰.

⁴⁰ Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal...”, ob. cit., pág. 200.

⁴¹ Vid. Elizondo, F. A. “Práctica Universal...”, ob. cit., págs. 295 y sigs.; De Prado Moura, A. “Las hogueras...”, ob. cit., págs. 21 y sigs.; Kamen, H. “La Inquisición...”, ob. cit., págs. 144 y sigs. y monográficamente, Cerrillo, G. “Los familiares de la Inquisición española”. Valladolid, 2000.

⁴² Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal...”, ob. cit., pág. 201 y Pérez, J. “La Inquisición...”, ob. cit., pág. 293

⁴³ AGM, Sección Circulares, leg. 5.

⁴⁴ Vid. García Cárcel. R.-Moreno Martínez, D. “Inquisición...”, ob. cit., págs. 88 y sigs.; Andrés-Gallego, J. “El motín...”, ob. cit., pág. 607 y Edwards, J.: “La Inquisición”, ob. cit., págs. 154 y sigs.

⁴⁵ Vid. Berni, J. “Práctica Criminal”. Valencia, 1749, pág. 41; García Cárcel, R.-Moreno Martínez, D. “Inquisición...”, ob. cit., págs. 172 y 173; Escudero, J. A. “Estudios...”, ob. cit., pág. 34 y Kamen, H. “La Inquisición...”, ob. cit., pág. 196.

⁴⁶ Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal...”, ob. cit., pág. 136 y Belenguer, E. “El Imperio...”, ob. cit., pág. 179; de “precaria creación” en la fecha mencionada en el texto, habla De Carlos Morales, C. J. “El Consejo de Hacienda de Castilla, 1523-1602”. Valladolid, 1996, págs. 31, 32 y 35, concluyendo en la definitiva versión de la instauración del Consejo en enero de 1525.

⁴⁷ Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal...”, ob. cit., pág. 137.

⁴⁸ Vid. De Carlos Morales, C. J. “El Consejo...”, ob. cit., págs. 229 y sigs.

⁴⁹ Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal...”, ob. cit., pág. 141 y De Carlos Morales, C. J. “El Consejo...”, ob. cit., pág. 177.

⁵⁰ Vid. Anes, G. “El siglo de las luces”, en “Historia de España” de Artola, M. (Dir.), 4. Madrid, 1994, pág. 344.

El Consejo de Hacienda actuó en el setecientos fundamentalmente como tribunal administrativo para asuntos fiscales, desmembrándose en una pluralidad de comisiones. Entre estas Juntas cabe citar la de Incorporación⁵¹ y la de Fraudes. La primera, compuesta por los delegados de las provincias y partidos, que eran los superintendentes, administradores, corregidores y alcaldes mayores, no siempre respaldada por la Junta de Fraudes. “Las penas que fallaban contra los contrabandistas fueron destierro, traslado a la Corte y presidios”. La posterior rebaja de las condenas, en su caso, “nunca fue aceptada por los superintendentes ni por los corregidores”, aunque sí era tratada por la Junta de Fraudes y el Consejo de Hacienda⁵².

Otra Junta de peso, por el volumen de fondos que podía administrar, era la Junta de Tabaco. Su primera reunión constitutiva, dice Sánchez Belén, tiene lugar el 18 de noviembre de 1683⁵³, estableciéndose sus funciones: vigilar estrictamente que nadie defraude la renta, y constituir en Valladolid, Granada, Sevilla y La Coruña tribunales para proceder contra los infractores, sustanciando causas y admitiendo las apelaciones. El 3 de mayo de 1684 se promulga una Real Cédula confirmando las atribuciones de la Junta de Tabaco, estableciendo penas pecuniarias y el comiso de bienes y efectos a los defraudadores. A estas sanciones penales se añaden, para los nobles, destierro temporal, servir en presidios de África y destierro del reino a perpetuidad si reincidieran. Para los hombres del estado llano, presidios africanos por dos años, duplicada condena y ocho años de extrañamiento del reino si no se enmiendan y galeras por seis años, en el supuesto de reincidencia. Mayor rigor se destila con los individuos de “baxa suerte y oficios mecánicos y viles”: doscientos azotes, cuatro años de galeras si infringen de nuevo la ley y acumulación al doble de la pena si reinciden⁵⁴.

Juntas de interés también fueron las de Obras y Bosques, la de Comercio, Moneda y Minas y la Junta de Correos. La mencionada en primer lugar, actuaba como tribunal de apelación de las causas existentes en los Reales Sitios y versaba sobre materias de caza, especialmente acerca del furtivismo, pesca y aprovechamientos indebidos dentro de sus límites⁵⁵.

La Junta de Comercio se estableció en 29 de enero de 1679⁵⁶ con jurisdicción para pleitos de comercio. Entendía también los casos civiles y criminales de los cinco Gremios Mayores de Madrid. La Junta de Moneda, creada en 1728, se agregó a la anterior en 15 de noviembre de 1730 y conocía de “todos los negocios civiles y criminales sobre materias tocantes a los Reales Ingenios, Plateros, Tiradores de oro, y plata y demás Artífices

⁵¹ Tímidamente Carlos II había incorporado de nuevo a la Corona alguno de los oficios vendidos. Felipe V, por Real Decreto de 21 de noviembre de 1706 y mediante la creación de la citada Junta de Incorporación, logra la reversión de muchos de los oficios y rentas vendidos por sus antecesores e incluso por él mismo. Esta Junta se absorbería en 1717 por el Consejo de Hacienda; vid. Tomás y Valiente, F. “Dos casos de incorporación de oficios públicos a la Corona en 1793 y 1800”, en *Obras Completas*, IV, Madrid, 1997, págs. 3052 y 3053.

⁵² Cfr. Sánchez Belén, J. A. “La política fiscal en Castilla durante el reinado de Carlos II”. Madrid, 1996, págs. 171 y 173.

⁵³ Vid. Sánchez Belén, J. A. “La política fiscal...”, ob. cit., págs. 179 y 180.

⁵⁴ Cfr. Sánchez Belén, J. A. “La política fiscal...”, ob. cit., págs. 181 y 182.

⁵⁵ Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal...”, ob. cit. pág. 147; Baltar Rodríguez, J. F. “Las Juntas de Gobierno en la Monarquía Hispánica (Siglos XVI-XVII)”. Madrid, 1998, pág. 481 y Díaz González, F. J. “La Real Junta de Obras y Bosques en la época de los Austrias”. Madrid, 2002, págs. 415 y sigs.

⁵⁶ Vid. Elizondo, F. A. “Práctica Universal...”, ob. cit., pág. 195.

con jurisdicción privativa al Consejo, Chancillerías, Audiencias y demás tribunales en segunda instancia” Asumiría las funciones de la Junta de Minas a partir del año 1747⁵⁷.

En cuanto a la Junta de Correos, fue creada por el Real Decreto de 20 de diciembre de 1776. Se rigió por la Real Cédula de 8 de junio de 1794 y heredó las competencias reservadas a la Sala de Justicia del Consejo de Hacienda. Tenía a su cargo lo relativo a la vigilancia de los caminos, postas y correos, juzgando en materia civil y criminal los casos de empleados acogidos al fuero de correos⁵⁸. Un apéndice del Consejo de Hacienda era la Comisaría General de Cruzada, con cuyas rentas se financiaba buena parte de los presidios norteafricanos⁵⁹.

El más antiguo, “origen de las demás”⁶⁰, señero e importante organismo de la monarquía era el Consejo Real, que pasó a llamarse Consejo Real y Supremo de Castilla o, simplemente, Consejo de Castilla, y por su especial preeminencia le llama el rey “nuestro Consejo” sin determinativo alguno⁶¹, ocupando el primer lugar en el protocolo de la Corte⁶² y su presidente el segundo, después del rey⁶³. Significa esto que cuando en los expedientes figura únicamente la palabra “el Consejo”, siempre se refieren a éste⁶⁴. Primogenitura que se debe a los Reyes Católicos⁶⁵.

Su ordenanza fundacional aparece en 1385, en las Cortes de Valladolid⁶⁶, conformándose como órgano colegiado consultivo. Sufrió diferentes reorganizaciones hasta llegar a su modelo fundamental, en tiempos de los Reyes Católicos, emprendido en las Cortes de Toledo, con la Ordenanza de 11 de junio de 1480⁶⁷, que establece que pueden asistir Arzobispos, Grandes y Maestros de Órdenes Militares a sus reuniones, sin derecho a voto, componiéndole un presidente, hasta ocho o nueve letrados, tres caballeros y un prelado, dividiéndose en cinco Salas: de relaciones internacionales, que con

⁵⁷ Vid. Desdevises du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 327; Baltar Rodríguez, J. F. “Las Juntas...”, ob. cit., págs. 217 y sigs. y González Enciso, A. “Felipe V: La renovación de España”. Pamplona, 2003, págs. 117 y sigs.

⁵⁸ Vid. Desdevises du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 328.

⁵⁹ Vid. Portugués, J. A. “Colección General de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones, y aditamentos”, VIII, Madrid, 1765, págs. 2, 3, 71 y 72; Desdevises du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 9; Barrios, F. “Los Reales Consejos. El gobierno central de la Monarquía en los escritores sobre Madrid del siglo XVII”. Madrid, 1988, pág. 110 y Llorente de Pedro, P. A. “El penitenciarismo español del antiguo régimen aplicado a su presidio más significativo: Orán-Mazalquivir”. Madrid, 2005, pág. 72; en este sentido, Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político...”, ob. cit., pág. 254, nos recuerda el procedimiento: “Los fiscales cobrarán cada vez mayor protagonismo en los Consejos y altos tribunales; de ahí que se considere que en Cruzada el fiscal debe cuidar del castigo de los delincuentes e incluso de poner en cobro, por vía judicial, aquellos atrasos y deudas pendientes a favor del Consejo”.

⁶⁰ Cfr. Fernández Álvarez, M. “Felipe II...”, ob. cit., pág. 47.

⁶¹ Cfr. Elizondo, F. A. “Práctica Universal...”, ob. cit., pág. 168; De la Plaza Boreas, A. “Archivo General de Simancas. Guía del investigador”. 4.^a ed. Madrid, 1992, pág. 141; de “Consejo a secas” se habla en Fernández Álvarez, M.-Díaz Medina, A. “Los Austrias mayores...”, ob. cit., pág. 182.

⁶² Cfr. Escudero, J. A. “Felipe II...”, ob. cit., pág. 39.

⁶³ Vid. Desdevises du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 296; Fayard, J. “Los miembros...”, ob. cit., págs. 140 y 141; De las Heras Santos, J. J. “La justicia penal...”, ob. cit., pág. 88; Pérez, J. “La España...”, ob. cit., págs. 36 y 39 y Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político...”, ob. cit., pág. 68; “primer jerarca del Reino, después del Rey y del Valido, cuando lo hubo”, precisa, con razón, el Duque de Maura (Gabriel Maura y Gamazo), “Vida y reinado de Carlos II”, mod. ed. Madrid, 1990, pág. 36.

⁶⁴ Cfr. Enciso Recio, J. M. “Los borbones...”, ob. cit., pág. 401: “El Consejo de Castilla (...) es el Consejo por antonomasia”.

⁶⁵ Vid. Suárez, L. “Los Reyes Católicos”. Barcelona, 2004, pág. 197.

⁶⁶ Vid. Fayard, J. “Los miembros...”, ob. cit., pág. 5; De Dios, S. “Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla”. Salamanca, 1986, págs. XVI y sigs. y 5 y sigs. y Belenguer, E. “El Imperio...”, ob. cit., pág. 37.

⁶⁷ Vid. Suárez, L. “Los Reyes...”, ob. cit., págs. 224 y 225 y Elliot, J. H. “La España...”, ob. cit., pág. 91.

Carlos V pasarían al Consejo de Estado; de Justicia, de problemas financieros, de representantes de las Hermandades, responsables del orden público y Sala de relaciones con Aragón, Cataluña, Valencia y Sicilia. Es en esta ocasión cuando se produce el paso de institución judicial a “elemento rector de la administración del Estado”⁶⁸.

Con el emperador Carlos V el Consejo aumenta su poder, por haber tomado partido por el bando realista en la guerra de las Comunidades⁶⁹, en detrimento de la Chancillería de Valladolid, que apoyó a los comuneros, y se potencia definitivamente con Felipe II⁷⁰. Apenas sufre cambios en el siglo XVII y a partir del 3 de noviembre de 1715 podemos distinguir el Consejo pleno, la Sala primera de Gobierno, la Sala segunda de Gobierno, la Sala de Mil y Quinientas, la Sala de Justicia y la Sala de Provincia, que aparece con Carlos II, quien, en 17 de julio de 1691, eleva a veinte el número de consejeros además de los dos fiscales⁷¹.

En 1459 ya muestra su actividad en la faceta de justicia culminando la pirámide judicial. Sus sentencias no podían ser apeladas, como no fuera únicamente en “grado de revista” ante él mismo, recibiendo esta circunstancia el nombre de suplicación⁷², a partir de la ordenanza citada de 1480. Podía avocar, además, cualquier causa que estuvieran entendiendo otros tribunales o inhibirlos.

Con Felipe V el Consejo se configura con veintidós consejeros; se repartirán, junto al presidente, en las Salas de Gobierno, de Justicia, de Mil y Quinientas y uno presidirá la Sala de Alcaldes. Ante la acumulación de negocios, se consideró insuficiente la figura, suprimida con anterioridad, del fiscal, estableciéndose dos, uno para asuntos civiles y otro para criminales⁷³.

La atribución de competencias para intervenir en los asuntos de la corona de Aragón, resultado de la extinción de este último Consejo, a consecuencia de los decretos de Nueva Planta⁷⁴, le supuso extender jurisdiccionalmente su ámbito territorial y convertirse “en la institución de gobierno con competencia sobre toda la geografía peninsular, exceptuando únicamente, el reino de Navarra, pues su Consejo territorial no sería extinguido hasta el siglo XIX”⁷⁵.

⁶⁸ Cfr. Thomas, H. “El Imperio español”. Barcelona, 2003, pág. 40; en semejante sentido, vid. Domínguez Ortiz, A. “El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias”, en “Historia de España” de Artola, M. (Dir.), 3. Madrid, 1988, págs. 21 y 104.

⁶⁹ Vid. Maldonado, J. “El movimiento de España, o sea Historia de la Revolución conocida con el nombre de las Comunidades de Castilla”. Madrid, 1840, págs. 94 y 95, 120, 125, 131, 208, 298 y 299; Fayard, J. “Los miembros...”, ob. cit., pág. 7; Belenguer, E. “El Imperio...”, ob. cit., págs. 159 y 177.; Pérez, J. “Los comuneros”. Madrid, 2001, págs. 62, 67, 104, 216 y 266; Thomas, H. “El Imperio...”, ob. cit., págs. 523 y 524 y Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político...”, ob. cit., págs. 108 y 112 y sigs. Desde esta revuelta contra el Emperador, tal delito se califica entre los que “conducen al pueblo contra su Majestad, y la República” y en él incurrir “los que llaman comuneros, y los que so color de defender su libertad, y derecho toman armas”; cfr. Pradilla Barnuevo, F. “Suma de todas las Leyes Penales, Canónicas, Civiles, y destos Reynos”, I, Madrid, 1621, fol. 26.

⁷⁰ Vid. Lynch, J. “Los Austrias...”, ob. cit., pág. 234 y Ezquerria Revilla, I. “El Consejo Real de Castilla bajo Felipe II”. Madrid, 2000, págs. 254 y sigs.

⁷¹ Vid. Elizondo, F. A. “Práctica Universal...”, ob. cit., pág. 169 y sigs.; Fayard, J. “Los miembros...”, ob. cit., págs. 13 y 95; Bermejo Cabrero, J. L. “Poder político...”, ob. cit., pág. 69 y Enciso Recio, J. M. “Los Borbones...”, ob. cit., p. 401.

⁷² Vid. De Dios, S. “Fuentes para el estudio...”, ob. cit., pág. XXV.

⁷³ Vid. Escudero, J. A. “La reconstrucción de la Administración Central en el Siglo XVIII”, en “Historia de España de Menéndez Pidal”, Dir. por Jover Zamora, J. M., XXIX, I, 5.ª ed., Madrid, 1999, pág. 110.

⁷⁴ Vid. Cánovas Sánchez, F. “Los Decretos de Nueva Planta y la nueva organización política y administrativa de los países de la Corona de Aragón”, en “Historia de España de Menéndez Pidal”, ob. y loc. cit., págs. 4 y sigs.

⁷⁵ Cfr. Cabrera Bosch, M.ª I. “El Consejo Real de Castilla y la ley”. Madrid, 1993, pág. 3.

El Consejo de Castilla no era sólo un órgano consultivo, sino que se encontraba dotado de las más amplias facultades ejecutivas, legislativas y judiciales⁷⁶. Tenía reservado el conocimiento de los delitos de alta traición y de lesa majestad. Venía a ser el tribunal supremo de justicia, al que se acudía en última instancia⁷⁷. Preparaba y redactaba las pragmáticas, reales cédulas, ordenanzas y otras disposiciones por orden del rey, ejerciendo una pluralidad de funciones⁷⁸. El Consejo ostentaba el control directo sobre jueces y todo tipo de funcionarios, incluidos los corregidores; a través de la Consulta de los viernes establece la mayor parte de los textos legales y en este sentido es, “frente a unas Cortes que se reúnen poco y legislan menos, el centro de donde procede la legislación”⁷⁹.

Los acuerdos del Consejo Pleno, adoptados por mayoría de dos tercios de sus miembros, tenían fuerza de ley y eran denominados autos acordados⁸⁰. En 1766 contaba con treinta miembros. Ciertamente su pérdida de influencia coincide con el auge de los Secretarios de Despacho⁸¹.

La febril actividad del Consejo persistió hasta las convulsiones de 1808, en que España conoció sucesivamente nueve dirigentes: Carlos IV, Fernando VII, la Junta de Regencia, los generales napoleónicos Murat y Savary, José Bonaparte, el Consejo de Castilla, las Juntas provinciales y el propio Napoleón. Por su parte la actitud del Consejo se nos antoja tímida ante los gravísimos acontecimientos⁸². Aunque pueda reprochársele ser en algún momento favorable a José Bonaparte, rehusó siempre prestarle juramento. Durante las pocas semanas en que fue responsable de la vida madrileña, salvó a la ciudad del pillaje y mantuvo la paz civil. El 11 de agosto declaró nulos todos los decretos del gobierno de José I. Al resumir lo anterior, Janine Fayard se pregunta: “¿Realmente, podía hacerse más?”⁸³.

Napoleón, advirtiendo el papel, de indubitado gran peso, de la institución, por Decreto de 4 de diciembre de 1808, prácticamente lo suprime al destituir y ordenar apresar a los consejeros. El propio Consejo consideró nulo este decreto y continuaron sus componentes en sus puestos hasta que, el 10 de diciembre, fueron sus miembros dispersados por la fuerza⁸⁴. Al no ser mencionado e instaurar un Supremo Tribunal de Justicia, la Constitución de 1812 (arts. 259 y sigs.), obra de las Cortes de Cádiz, puso fin legalmente, por vez primera, a la existencia del Consejo de Castilla y de todos los demás Consejos⁸⁵ excepto, nominalmente, el ya citado de Estado.

⁷⁶ Vid. Anes, G. “El siglo...”, ob. cit., pág. 343.

⁷⁷ Vid. Domínguez Ortiz, A. “El Antiguo Régimen...”, ob. cit., pág. 134.

⁷⁸ Vid. Desdèvises du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 305 y Fayard, J. “Los miembros del Consejo...”, ob. cit., págs. 104 y sigs.

⁷⁹ Cfr. Artola, M. “Antiguo Régimen y revolución liberal”. Barcelona, 1978, pág. 125.

⁸⁰ Vid. Anes, G. “El siglo...”, ob. cit. pág. 343.

⁸¹ Vid. Fayard, J. “Los miembros...”, ob. cit., págs. 9 y 10 y Bermejo Cabrero, J. L. “Derecho y Administración...”, ob. cit., pág. 17.

⁸² Según Morán Ortí, M. “La formación de las Cortes (1808-1810)”, en Artola, M. (Ed.). “Las Cortes de Cádiz”. Madrid, 2003, pág. 14, “tampoco (...) supo estar a la altura de las circunstancias”.

⁸³ Cfr. Fayard, J. “Los miembros...”, ob. cit., pág. 11.

⁸⁴ Vid. Fayard, J. “Los miembros...”, ob. cit., pág. 12.

⁸⁵ Para el sustrato ideológico liberal de la división de poderes, vid. Escudero, J. A. “Administración y Estado...”, ob. cit., págs. 327 y sigs.

La división de poderes, ha dicho Miguel Artola, en un libro de dos volúmenes que extiende su magisterio desde 1959, “llevaba aparejada necesariamente la revisión de las diversas instancias de la época anterior”, cuyo denominador común era “la confusión y complejidad de sus atribuciones (...) La traslación de su competencia jurídica a un tribunal supremo” anula los Consejos “al no dejarles campo alguno de intervención. Despojados de sus atribuciones”, la consecuencia era disolverlos. La reforma del procedimiento judicial significó la privación de los fueros, “principio decidido al aprobarse sin oposición el art. 248, que establecía la unidad de fuero en los negocios comunes, civiles y criminales”. Como resultado el art. 258 establecía que “el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía” y los Decretos de 17 de abril de 1812 ordenan la transferencia inmediata al Tribunal Supremo “de todos los casos en que estaban conociendo los distintos Consejos”, a los que se declaraba extintos. Sólo subsiste un “tribunal especial de las Órdenes militares, limitado a la consideración de negocios religiosos”⁸⁶.

No obstante, renacerían con la llegada de Fernando VII y la subsiguiente reacción absolutista⁸⁷ a consecuencia del llamado “manifiesto de los Persas”, cuyo autor fue D. Bernardo Mozo de Rosales, marqués de Mataflorida⁸⁸, siendo todos los Consejos restablecidos en ese mismo año de 1814⁸⁹. El de Castilla y el resto de estos órganos desaparecen durante el reinado de Isabel II, regencia de Dña. María Cristina de Borbón, en 1834⁹⁰.

Contaba el Consejo de Castilla con dos organismos anejos de singular importancia: la Sala de Alcaldes de Casa y Corte y la Cámara de Castilla.

La Sala, por su gran importancia, era llamada también Sala Quinta del Consejo, y su jurisdicción provenía de la que tuvieron en su día los Alcaldes de Corte.

Entre los Alcaldes de Corte se distinguieron varios tipos. Los antiguos “alcaldes de Corte”, también llamados de provincias, teniendo jurisdicción civil y criminal; el juez Mayor de Vizcaya, para las apelaciones de sus naturales; alcaldes del rastro, que resolvían en primera instancia las causas del lugar de residencia de la Corte y sus cinco leguas (más tarde ampliadas a diez)⁹¹; el “alcalde de Fijosdalgo” y el “de las alzadas”, para resolver causas en segunda instancia. Todos juntos constituían el llamado Tribunal de la Corte⁹², origen de la Chancillería de Valladolid.

Como tribunal criminal, la Sala juzgaba en primera instancia los casos de Corte surgidos en Madrid y sus alrededores, y en apelación, las causas criminales juzgadas

⁸⁶ Cfr. Artola, M. “Los Orígenes de la España Contemporánea”, I, 3.ª ed. Madrid, 2000, págs. 426 y sigs.; sobre el aspecto concreto de la unidad y la separación del poder en esta etapa, vid., muy recientemente, el mismo: “Constitucionalismo en la historia”. Barcelona, 2005, págs.104 y sigs.; asimismo: Marcuello Benedicto, J. I. “Las Cortes Generales y Extraordinarias: organización y poderes para un gobierno de Asamblea”, en Artola, M. (Ed.). “Las Cortes...”, ob. cit., págs. 99 y sigs.

⁸⁷ Vid. Artola, M. “La España de Fernando VII”, 2.ª ed. Madrid, 1999, pág. 420.

⁸⁸ Vid. Sánchez Mantero, R. “Fernando VII”. Madrid, 2001, pág.118 y Puga García, M.ª T. “Fernando VII”. Barcelona, 2004, pág. 98, nota.

⁸⁹ Vid. Artola, M. “Los Orígenes...”, ob. cit., págs. 630 y 631; el mismo: “Antiguo Régimen...”, ob. cit. pág. 186 y Fontana, J. “La quiebra de la monarquía absoluta”. Barcelona, 2005, pág. 102.

⁹⁰ Vid. De Dios, S. “Fuentes para el estudio...”, ob. cit., págs. XCIII y 169 y 170 (para el documento de supresión) y Cabrera Bosch, M.ª I. “El Consejo Real...”, ob. cit., págs. 100 y sigs.

⁹¹ Vid. Alloza, A. “La vara quebrada de la justicia”. Madrid, 2000, pág. 38.

⁹² Vid. De las Heras Santos, J. L. “La justicia penal...”, ob. cit. pág. 67 y Fayard, J. “Los miembros del Consejo...”, ob. cit., pág. 97.

en primera instancia por los tenientes del corregidor de Madrid. Tenía plenas atribuciones sobre la policía de la capital, y ésta era su función primordial⁹³. En materia civil sus competencias eran de menor relieve. La apelación de estas causas, juzgadas en primera instancia por el corregidor y sus tenientes, correspondía al Consejo de Castilla⁹⁴.

La Cámara de Castilla fue reestructurada por Felipe II en 1588⁹⁵, atribuyendo la mejor doctrina a Carlos V su fundación en 1518⁹⁶. Constituía una sección privilegiada del Consejo con variadas funciones⁹⁷. La Nueva Planta la suprimió, siendo repuesta en sus prerrogativas dos años más tarde, el 9 de junio de 1715⁹⁸, incluida la tramitación de indultos y medidas de gracia⁹⁹.

Fernández Conti¹⁰⁰ ha mostrado su relevante interés, relativamente reciente, por los Consejos de Estado y Guerra y la estrecha relación de origen entre ambos. Así, desde Carlos V los consejeros de Estado, que no fueran eclesiásticos, pertenecían también al de Guerra¹⁰¹.

El Consejo de Guerra caminó en pos de su independencia a través de una doble vía: como tribunal de justicia y con la gestión del gobierno militar¹⁰². Este deslinde con el Consejo de Estado se produce esencialmente al desdoblarse la secretaría del Consejo de Guerra en dos partes, de tierra y de mar. La primera tramitaba, entre otros asuntos, lo perteneciente a los presidios; la segunda, lo concerniente a galeras y arsenales¹⁰³.

Como supremo tribunal de justicia actuó esporádicamente en tiempos de Carlos V, pero es con Felipe II cuando comienza a cobrar importancia, mérito del cardenal Espinosa, presidente del Consejo de Castilla, y de Vázquez de Salazar su titular más relevante¹⁰⁴. El advenimiento de la casa de Borbón iniciará un proceso de reducción de las secretarías de los Consejos, contrario al despliegue efectuado por los Austrias, desembocando en los Decretos de 2 de octubre de 1706, cuando las mencionadas secretarías del Consejo de Guerra, de mar y tierra, quedaron reducidas a una sola¹⁰⁵.

⁹³ Vid. Cabrera Bosch, M.^a I. "El Consejo Real...", ob. cit., pág. 30; Kamen, H. "La España...", ob. cit., págs. 210 y sigs. y Stein, S.J.-Stein, B.H. "La época de Carlos III, 1759-1789". Barcelona, 2006, págs. 108 y 112.

⁹⁴ Vid. Desdevises du Désert, G. "La España...", ob. cit., págs. 315 y 316; Fayard, J. "Los miembros...", ob. cit., pág. 24 y De las Heras, J. L. "La justicia penal...", ob. cit., pág. 82.

⁹⁵ Vid. Pérez, J. "La España...", ob. cit., pág. 39.

⁹⁶ Vid. Elizondo, F. A. "Práctica Universal...", ob. cit., pág. 176 y, desde luego, Escudero, J. A. "Felipe II...", ob. cit., pág. 44; más ampliamente, vid. el mismo: "Administración y Estado...", ob. cit., págs. 467 y sigs.

⁹⁷ Vid. Desdevises du Désert, G. "La España...", ob. cit., págs. 313 y 314.

⁹⁸ Vid. Fayard, J. "Los miembros...", ob. cit., pág. 23.

⁹⁹ Vid. De la Plaza Bores, A. "Archivo General...", ob. cit., págs. 146 y 147 y Bermejo Cabrero, J. L. "Poder político...", ob. cit., págs. 318 y sigs. y 364 y sigs.

¹⁰⁰ Fernández Conti, S. "Los Consejos de Estado y Guerra de la Monarquía hispana en tiempos de Felipe II (1548-1598)". Valladolid, 1998.

¹⁰¹ En este sentido, vid. Fernández Conti, S. "Los Consejos...", ob. cit., págs. 248 y 249 y Fernández Álvarez, M. "Felipe II...", ob. cit., págs. 71 y 72.

¹⁰² Vid. Fernández Conti, S. "Los Consejos...", ob. cit., pág. 249.

¹⁰³ Para la división del Consejo de Guerra en tierra y mar, vid. Domínguez Nafría, J. C. "El Real y Supremo Consejo de Guerra (Siglos XVI-XVIII)". Madrid, 2001, págs. 94 y sigs. y Escudero, J. A. "Felipe II...", ob. cit., págs. 395 y sigs.

¹⁰⁴ Cfr. Escudero, J. A. "Felipe II...", ob. cit., págs. 169 y sigs.

¹⁰⁵ Vid. Portugués, J. A. "Colección...", ob. cit., I. Madrid, 1764, págs. 518 y 519 y Escudero, J. A. "Los Secretarios...", ob. cit., págs. 285 y 286.

El Decreto de Planta de 23 de abril de 1714 modificó su estructura. Se establecieron 16 ministros: seis militares, otros tantos togados con voto decisivo como los militares, un fiscal, un secretario y dos abogados generales¹⁰⁶; y supuso, además, una merma en sus especialidades, transfiriéndolas a la Secretaría de Despacho, denominada vía ministerial o reservada. Entre sus competencias figuran, todo lo tocante a Armamentos de Navíos, esquadras, galeras, presas en el mar, armadores corsistas y “lo perteneciente a Comercios ilícitos, y de Contravando”¹⁰⁷.

Tal pérdida de atribuciones quedó reflejada en el Decreto de 30 de noviembre de 1714¹⁰⁸, dividiéndose las materias para cada Secretaría de Despacho. Se habían agudizado los problemas, como explica el gran monografista del tema Andújar Castillo¹⁰⁹: el mayor sería “la equiparación concedida a los consejeros togados con los militares” en igualdad de número y voto decisivo. Y es que estaba en juego “la dialéctica entre un Consejo de Guerra con una fuerte impronta militar o simplemente como tribunal de justicia”.

La “contrarreforma”, como se denomina por los especialistas (Escudero, Andújar), se produjo en el año siguiente¹¹⁰. La tesis de D. José Grimaldo y el cardenal Giudice para reducir el número de ministros togados venía dada por la constatación de una realidad: la clara reducción de funciones del Consejo de Guerra por la mencionada disposición de 30 de noviembre de 1714, lo que hacía innecesario un elevado número de tales consejeros.

Por otro lado, la creación, con las primeras reformas de Felipe V, de los Consejos de guerra en los regimientos, primera instancia donde se dirimían los asuntos relativos a la justicia militar, y las funciones ejercidas por los Auditores de Guerra, situaban sus tareas judiciales en las de máximo tribunal de apelación. Con la Planta de 1715 se reforzaba el carácter militar del Consejo de Guerra, como lo tuvo durante el siglo anterior, aunque la nueva impronta no sería sinónimo de potenciación sino, al contrario, de un mayor control por la vía ministerial. Si la interpretación de la reforma de 1715 es el retorno al antiguo orden, ello sólo es cierto en cuanto a su composición pero no en sus atribuciones que, ampliamente reducidas en 1714, ya no volverían jamás a su primitivo estado¹¹¹.

La modificación de 20 de enero de 1717 producirá, como nos recuerda su secretario durante década y media, José Antonio Portugués, que realizó su carrera administrativa prácticamente en este organismo, una nueva supresión de competencias del Consejo de Guerra en favor de la vía reservada o ministerial¹¹². Como bien ha afirmado César Herrero, supuso el golpe definitivo al Consejo, configurándose desde ese momento como alto tribunal judicial en materia castrense y garante último del fuero militar¹¹³, situándolo en continuas disputas con los tribunales representados por el Consejo de Castilla,

¹⁰⁶ Archivo General de Simancas (a partir de ahora AGS), Consejo de Guerra, leg. 1594.

¹⁰⁷ Cfr. Portugués, J. A. “Colección...”, ob. cit., II, Madrid, 1764, págs. 10 y sigs.

¹⁰⁸ Novísima Recopilación de las Leyes de España (a partir de ahora, Novísima Recopilación), Tomo II, Libro III, Título VI, Ley IV.

¹⁰⁹ Cfr. Andújar Castillo, F. “Consejo y Consejeros de Guerra en el siglo XVIII”. Granada, 1996, pág. 43.

¹¹⁰ AGS, Consejo de Guerra, leg. cit.

¹¹¹ Vid. Andújar Castillo, A. “Consejo y Consejeros...”, ob. cit., págs. 41, 42 y 50.

¹¹² Vid. Portugués, J. A. “Colección...”, ob. cit., II, págs. 196 y sigs.

¹¹³ Cfr. Herrero Herrero, C. “La Justicia Penal Española en la crisis del Poder Absoluto”. Madrid, 1985, págs. 214 y sigs.

Chancillerías y Audiencias. Su jurisdicción quedó circunscrita a todas las causas civiles y criminales de militares de cualquier grado y demás personas que gozaren del fuero de guerra en los ejércitos y Armada, según quedó resuelto en Decreto de 23 de agosto de 1715¹¹⁴.

Los consejeros del Consejo de Guerra gozaban de inferiores privilegios y preeminencias que los del Consejo de Castilla, ocasionándose conflictos constantes con este último¹¹⁵. No fue hasta el 10 de noviembre de 1742 en que consiguieron los mismos honores, comunicados por el rey desde San Lorenzo de El Escorial¹¹⁶. Ahora la situación resultaba intolerable para el más importante Consejo de la monarquía. De ahí, que en 1744 se sustituyeran los consejeros togados del Consejo de Guerra por consejeros de Castilla¹¹⁷. En este estado permanecería hasta que, en 4 de noviembre de 1773, el marqués de Ricla, secretario del Despacho de Guerra, dividió el Consejo en dos salas, de gobierno y de justicia¹¹⁸. La composición y funciones de la sala de justicia se inserta en el artículo XV: “La Sala de Justicia, presidida por el Subdecano, y en su defecto del General que le siga en grado, o antigüedad, se ha de componer de los otros tres Ministros Togados, para conocer y determinar todas las causas civiles, o criminales, que por qualquier razón toquen al Fuero Militar (...)”¹¹⁹.

El mismo marqués de Ricla acabó con lo que él denominaba “consejeros prestados”¹²⁰, en alusión a los del de Castilla, que ejercían como asesores pluriempleados en el Consejo de Guerra, asistiendo con poca frecuencia. No será por otra causa el que cada vez había más asuntos atrasados¹²¹. Precisamente por el gran defecto apuntado, se potenciaron de nuevo las facultades militares del Consejo de Guerra, recobrando su razón de ser y escindiéndose del Consejo de Castilla. Por Real Cédula 16 de mayo de 1803 se suprimieron los consejeros natos, quedando reducido el número final a seis consejeros militares y cuatro togados¹²².

En términos generales y hasta la citada reforma de 1773, las funciones del Consejo de Guerra fueron predominantemente administrativas. Dentro de su competencia, aparte del ramo de guerra, figuraban otros asuntos anejos, como presidios de África¹²³ fronteras, contrabando o represalias. Cuando los negocios le sobrepasaban se creaban Juntas como la de Armadas, Galeras o Contrabando¹²⁴.

En la sala de justicia figuraban competencias respecto a los reos, ya fueran destinados a galeras o a los presidios, teniendo también idoneidad sobre los indultos, traspasada luego a la Secretaría de Despacho de la Guerra¹²⁵.

¹¹⁴ Portugués, J. A. “Colección...”, ob. cit., II, págs. 78 y sigs.

¹¹⁵ Vid. Fernández Conti, S. “Los Consejos...”, ob. cit., pág. 253.

¹¹⁶ AGS, Consejo de Guerra, leg. 5459.

¹¹⁷ Vid. Andújar Castillo, A. “Consejo y Consejeros...”, ob. cit., pág. 60.

¹¹⁸ Vid. Anes, G. “El siglo...”, ob. cit., pág. 348; Escudero, J. A. “Administración y Estado...”, ob. cit., pág. 185 y Enciso Recio, J.M “Los Borbones...”, ob. cit., pág. 409.

¹¹⁹ AGS, Consejo de Guerra, leg. 1564.

¹²⁰ Cfr. Andújar Castillo, F. “Consejo y Consejeros...”, ob. cit., pág. 70.

¹²¹ AGS, Consejo de Guerra, leg. 1563.

¹²² Vid. Anes, G. “El siglo...”, ob. cit., pág. 348 y Andújar Castillo, F. “Consejo y Consejeros...”, ob. cit., págs. 81 y 82.

¹²³ AGS, Guerra Moderna, leg. 1564 y Archivo Histórico Nacional (AHN, Madrid), Estado, leg. 4900.

¹²⁴ Vid. De la Plaza Bores, A. “Archivo General...”, ob. cit., pág. 179.

¹²⁵ AGM, 2.^a Sección, 3.^a División, leg. 30.

Con indudable conexión con el Consejo de Guerra, en el breve espacio de once años, existió un Consejo del Almirantazgo, creado por Felipe V en 1737¹²⁶. Se componía de altos mandos de la marina y fue presidido por su hijo, el infante D. Felipe, con el título de Almirante de Castilla. En su seno se generó la reglamentación marítima de 1748 y la matrícula del mar, el 18 de octubre de 1737, mediante la cual los que ya eran pescadores, salvo los vascos, hacían el servicio militar en marina¹²⁷. Fernando VI lo suprimió mediante Real Decreto de 30 de octubre de 1748.

Una de las funciones más importantes del Consejo de Guerra, referida a los presidiarios, estribó en actuar como segunda instancia cuando cometían nuevos delitos. La incoación del proceso y emisión de la sentencia en primera instancia era impuesta por el Auditor, juez militar de la plaza, y supervisada por el gobernador del presidio, si bien, en ocasiones, no llegaba a formalizarse la causa cuando el delito no era especialmente grave, solventándose el asunto con una reclusión dentro del presidio a veces prolongada¹²⁸. Si el delito era específicamente militar competía al Consejo de guerra de oficiales, desde su instauración en las ordenanzas de 1728.

Al llegar los presidiarios a su destino, se clasificaban como soldados u operarios para las obras, según su condena, edad y condiciones físicas. De esta forma, el cambio en la situación jurídica es completo¹²⁹. Al no existir en los presidios norteafricanos jurisdicción ordinaria, según la Real Orden de 30 de agosto de 1762, el personal civil era juzgado también por la vía militar en causas civiles o penales, consecuencia directa de la naturaleza que un presidio, como entera guarnición militar, venía a significar¹³⁰, competencia que se entendía desde el momento en que los reos eran condenados a esta pena¹³¹.

Será en el siglo XVIII cuanto todos los Consejos, a excepción del de Castilla, perderán sus funciones políticas, quedando prácticamente restringidos a las consultivas y judiciales. Se inicia paralelamente a este declive la preponderancia de las Secretarías de Estado que, a semejanza de las existentes en Francia, son importadas e impuestas por el primer Borbón.

II

En efecto, los comienzos de esta nueva centuria se caracterizan por otra forma de gobernar que comienza con la férrea y efectiva tutela de Luis XIV, el Rey Sol, sobre su nieto y nuestro soberano Felipe V. Y ello se manifiesta en una gradual y diferente organización administrativa española, encarnada y dirigida por significados personajes públicos franceses¹³². De ahí que, por ejemplo, Jean Orry, en relación directa con el

¹²⁶ Acerca de sus inmediatos antecedentes, vid. Baltar Rodríguez, J. F. "Las Juntas...", ob. cit., págs. 236 y sigs.

¹²⁷ Cfr. Desdevises du Désert, G. "La España...", ob. cit., págs. 543 y 553.

¹²⁸ AGS, Guerra Moderna, leg. 5651.

¹²⁹ Vid. Portugués, J. A. "Colección...", ob. cit., VIII, pág. 88: "que à los Soldados del Regimiento fixo de esta Plaza de Ceuta, del cargo V.S. y se componen de Desterrados, se les juzgue en los delitos que cometieren por las Ordenanzas, en la misma conformidad que se practica con los Soldados de los Regimientos de S.M."

¹³⁰ Novísima Recopilación. Tomo III, Libro VI, Título V; Ley VI.

¹³¹ Cfr. Portugués, J. A. "Colección...", ob. cit., VIII, págs. 450 y 451.

¹³² Vid. Calvo Poyato, J. "De los Austrias a los Borbones". Madrid, 1990, págs. 119 y 120; Lynch, J. "El Siglo XVIII", en "Historia..." de Lynch, J. (Dir.), ob. cit. XII, Barcelona, 1991, págs. 54 y sigs. y Anes, G. "El siglo...", ob. cit., págs. 127 y sigs. y 142.

duque de Harcourt, emprenda la gigantesca reforma hacendística¹³³ y el primer ministro de la monarquía instaurada fuera el antiguo embajador Miguel Juan de Amelot.

Las Secretarías de Despacho y el núcleo íntimo de Felipe V ostentarán el poder político ejecutivo central, en detrimento del sistema polisindial con cuya mención abrimos estas páginas.

El despacho universal del último Austria es desdoblado por Amelot en dos secretarías de despacho: Guerra y Hacienda, que ostentará José Grimaldo, protegido de Orry; y para los restantes asuntos, es decir, relaciones exteriores, justicia, gobierno interior y negocios eclesiásticos, que asumió el marqués de la Mejorada¹³⁴.

La trascendental disposición que representa el Real Decreto de 30 de noviembre de 1714 creó las Secretarías de Despacho. Fue una norma inspirada por Jean Orry. Se establecieron cuatro atendiendo a su concreta especialidad: Estado, Guerra, Marina e Indias y Justicia¹³⁵. Separada del organigrama figuraba la Veeduría General, desempeñada por el propio Orry, que únicamente rendía responsabilidades y cuentas al rey.

En el mencionado Real Decreto se establecen, entre otras, las competencias de la Secretaría de Guerra entre cuyas materias figuran las guarniciones y plazas africanas¹³⁶. En 1720 nace la Secretaría de Hacienda, configurándose así la estructura clásica ministerial, si bien a lo largo de este siglo fueron efectuándose diversas modificaciones¹³⁷. El fundamento primario de las Secretarías fue agilizar la gestión y, al mismo tiempo, avanzar hacia la concepción de un estado absolutista e ilustrado, que alcanzaría su máxima expresión con Carlos III¹³⁸.

La muerte de la reina, M.^a Luisa Gabriela de Saboya, el 14 de febrero de 1714, y el casamiento de Felipe V, en segundas nupcias, con Isabel de Farnesio¹³⁹, viene a señalar el declive de la orientación francesa en la política española, disolviéndose el grupo asesor íntimo del monarca¹⁴⁰. La princesa de los Ursinos, especie de moderna responsable de gabinete, es despedida¹⁴¹, Orry exonerado y el confesor real, Robinet, abandona nuestro país¹⁴². Se inicia así el predominio italiano de la mano de Giulio Alberoni, que ejercerá como verdadero primer ministro¹⁴³. Depuesto Alberoni, ocu-

¹³³ Vid. Elliot, J. H. "La España...", ob. cit., pág. 408.

¹³⁴ Vid. Gómez-Rivero, R. "Las competencias del Ministerio de Justicia en el Antiguo Régimen", en Documentación Jurídica, XVII, núms. 65-66, enero-junio 1990, pág. 21; Calvo Poyato, J. "De los Austrias..." ob. cit., pág. 114; Anes, G. "El siglo...", ob. cit., págs. 334 y 377; Escudero, J. A. "Los Orígenes...", ob. cit., pág. 41; el mismo: "Administración y Estado...", ob. cit., pág. 144 y Domínguez Nafría, J. C. "El Real y Supremo...", ob. cit., pág. 164.

¹³⁵ Vid. Escudero, J. A. "Los Secretarios...", ob. cit., I, págs. 300, 304 y 305; el mismo: "Los Orígenes...", ob. cit., pág. 52 y Martínez Shaw, C.-Alfonso Mola, M. "Felipe V". Madrid, 2001, pág. 228.

¹³⁶ Vid. Andújar Castillo, F. "Consejo y Consejeros...", ob. cit., pág. 88.

¹³⁷ Vid. Gómez-Rivero, R. "Las competencias...", ob. cit., págs. 22, 23 y 36 y sigs.

¹³⁸ Para una visión global del siglo ilustrado, vid. Guimerá, A. (Ed.). "El reformismo borbónico". Madrid, 1996.

¹³⁹ Vid. Pérez Samper, M.^a A. "Isabel de Farnesio". Barcelona, 2003, págs. 57 y sigs.

¹⁴⁰ Vid. Lynch, J. "El Siglo...", ob. cit. pág. 71 y Martínez Shaw, C.-Alfonso Mola, M. "Felipe...", ob. cit., págs. 220 y sigs.

¹⁴¹ Vid. Pérez Samper, M.^a A. "Isabel...", ob. cit., págs. 79 y sigs.

¹⁴² Vid. Lynch, J. "El Siglo...", ob. cit., pág. 71; Martínez Shaw, C.-Alfonso Mola, M. "Felipe...", ob. cit., pág. 223 y Enciso Recio, J. M. "Los Borbones...", ob. cit., pág. 490.

¹⁴³ Vid. Lynch, J. "El Siglo...", ob. cit., págs. 72 y sigs.; Anes, G. "El siglo...", ob. cit., págs. 144 y 145; Pérez Samper, M.^a A. "Isabel...", ob. cit., págs. 109 y sigs. y González Enciso, A. "Felipe V...", ob. cit., págs. 44 y 45.

paría José Grimaldo la Secretaría de Estado hasta el año 1726, en que fue sustituido por Juan Bautista Orendayn hasta 1734¹⁴⁴.

Los miembros de los Consejos pertenecían a la clase de los grandes aristócratas, provenientes de los colegios mayores, mientras la mayoría de los titulares de las Secretarías, aun de extracción hidalga, estaban desvinculados del estamento nobiliario, eran golillas o manteístas¹⁴⁵. Este desplazamiento de la fuente de decisiones a las Secretarías de Despacho significó la pérdida de influencia del grupo de presión aristocrática, provocando el relevo en el reclutamiento de los servidores del estado. A efectos prácticos, el primer ministro desempeñaba la Secretaría de Estado, “la primera Secretaría”, pero como estos Despachos podían ser adscritos a un único titular, quien poseía varios era notorio que ejercía la mayor concentración de poder efectivo. Recuérdese, a estos afectos, que el barón de Ripperdá retuvo simultáneamente Estado, Guerra, Marina y Hacienda; José Patiño, Marina e Indias, Hacienda, Guerra y Estado; y el marqués de la Ensenada, Guerra, Hacienda, Marina e Indias.

En las Secretarías de Estado y Guerra residían las medidas de cumplimiento respecto de las penas a trabajos forzados. A sus titulares, en mayor o menor grado, les correspondió dictaminar las decisiones más importantes concernientes a la ejecución penitenciaria en el siglo XVIII y principios del XIX, tanto de los reos enviados a los presidios de África como a los peninsulares, al igual que a los sentenciados a arsenales, minas, presidios industriales o galeras.

Para ocupar la Secretaría de Despacho de Guerra, con nuevo diseño, al igual que las restantes, por el citado Real Decreto de 30 de noviembre de 1714, fue nombrado Fernández Durán. Ya hemos dicho que el prestigioso político José Patiño la acumuló después a otras tantas hasta su muerte en 1736¹⁴⁶. Uno de sus sucesores en la titularidad, en 1741, sería José Campillo que la detentará, junto con Hacienda y Marina e Indias, hasta su prematuro fallecimiento acaecido en el año 1743. Entonces se hizo cargo de casi todas las Secretarías, salvo la de Estado, en manos de Sebastián de la Cuadra, un personaje excepcional, superior en talla incluso a Patiño: Zenón de Somodevilla y Bengoechea, marqués de la Ensenada¹⁴⁷. La política de Felipe V se circunscribió así, en buena medida, en torno a Patiño, al malogrado Campillo y a Ensenada¹⁴⁸. Los tres habían sido intendentes del ejército¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Vid. González Enciso, A. “Felipe V...”, ob. cit., pág. 49 y De Castro, C. “A la sombra de Felipe V. José de Grimaldo, ministro responsable (1703-1726)”. Madrid, 2004, págs. 371 y sigs.

¹⁴⁵ Vid. Lynch, J. “El Siglo...”, ob. cit., págs. 262 y sigs.; Andrés-Gallego, J. “El motín...”, ob. cit., pág. 37; Stein, S.J.-Stein, B.H. “La época...”, ob. cit., págs. 40 y sigs. y Enciso Recio, J. M. y otros. “Los Borbones...”, ob. cit., págs. 615 y 616.

¹⁴⁶ Según Lynch, J. “El Siglo...”, ob. cit., pág. 83, la “promoción de Patiño puso fin al dominio de los aventureros extranjeros en el gobierno de Felipe V. Patiño era un auténtico ministro nacional (...)”; o como dice Enciso Recio, J. M. y otros. “Los Borbones...”, ob. cit., pág. 516, “comenzaba la era de los ministros españoles, y entre ellos pronto iba a ocupar lugar preferente el último de los citados (Patiño)”; con anterioridad (1897-1904), el gran hispanista francés, repetidamente citado, Desdévise du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 250, había escrito: “Patiño (...) unía la gravedad castellana a la gracia italiana y fue el primer y más completo modelo de hombre de Estado español”.

¹⁴⁷ Vid. Escudero, J. A. “Los Orígenes...”, ob. cit., págs. 127, 128 y 163 y sigs.

¹⁴⁸ Vid. Desdévise du Désert, G. “La España...”, ob. cit., pág. 271; Mateos Dorado, D. “Estudio preliminar”, en Del Campillo y Cossío, J. “Dos escritos políticos”, ed. Oviedo, 1993, pág. XVIII; Martínez Shaw, C.-Alfonso Mola, M. “Felipe...”, ob. cit., págs. 225 y 226 y García Cárcel, R. “Felipe V y los españoles”. Barcelona, 2003, págs. 162 y sigs.

¹⁴⁹ Vid. Ramón Alonso, J. “Historia política del ejército español”. Madrid, 1974, pág. 31.

Con Fernando VI emerge en Estado José de Carvajal y Lancaster. Secretaría que vendrá a desempeñar hasta su óbito en 1754, mientras el marqués de la Ensenada continuaba con su cúmulo de Despachos, llamado por ello el “secretario de todo”, aunque para sus detractores era “en sí nada”¹⁵⁰. Será entre estas dos personalidades de carácter radicalmente opuesto, como ha enseñado Gómez Urdáñez, Carvajal hosco, austero, elegíaco y virtuoso; Ensenada, abierto, mundano y festivo, de ahí las célebres madrileñas “cenas de don Zenón”¹⁵¹, donde gravitará el eje político exterior, neutralidad y paz armada, del nuevo soberano¹⁵². Ha de contarse también para el momento histórico con el protagonismo de la esposa del rey, Bárbara de Braganza, determinante para el aislamiento de la poderosa madrastra de su marido, Isabel de Farnesio, y con ella, de todos sus partidarios¹⁵³.

La muerte de Carvajal posibilitó el ascenso del franco-irlandés naturalizado español, Ricardo Wall, en Estado. Ensenada perdería su buena estrella a causa de las intrigas del duque de Huéscar, luego de Alba, y del propio Wall, entre otros, al acusarle de deslealtad por preparar un ataque en ciertas colonias norteamericanas inglesas sin el conocimiento de Fernando VI¹⁵⁴. Desterrado a Granada, sus múltiples Secretarías recayeron en Eslava, Guerra; para Gaona y Portocarrero, conde de Valparaíso, fue Hacienda y a Julián de Arriaga correspondió Marina e Indias al dejarla Wall¹⁵⁵. No será este el único destierro en la valiosa vida del gran político alegre y confiado. Medina del Campo es su destino final, doce años después, resaca regia del motín de Esquilache.

El 10 de agosto de 1759, dictaminado de locura irreversible, la enfermedad de su padre, Felipe V, murió Fernando VI y el trono pasó, en un guiño de la suerte, a su hermanastro, hijo de la marginada Isabel de Farnesio, Carlos III, que llegaba a España siendo rey de las dos Sicilias, es decir, Nápoles y Sicilia, el 11 de septiembre de ese mismo año, coincidiendo con la orden de Ricardo Wall declarando una recolección de vagos para que al nuevo rey las ciudades le causaran a su venida buena impresión.

La dimisión de Wall, en 23 de agosto de 1763, dio entrada en el gabinete al embajador en Francia, Girolamo Grimaldi, en Estado. Esquilache, que había acompañado al rey desde tierras italianas, añade a Hacienda la Secretaría de Guerra. Manuel de

¹⁵⁰ Cfr. Gómez Urdáñez, J. L. “Fernando VI”. Madrid, 2001, págs. 53, 83 y sigs. y 114 y el mismo: “Ensenada, la Meritocracia al poder”, en *La aventura de la Historia*, núm. 43, mayo 2002, págs. 57 y 59.

¹⁵¹ Cfr. Gómez Urdáñez, J. L. “Fernando...”, ob. cit., pág. 279 y el mismo: “Ensenada...”, ob. cit., pág. 56; vid. también, para las distintas y distantes formas de ser de ambos, Lynch, J. “El Siglo...”, ob. cit. págs. 143 y 145: Ensenada era “hombre capaz y seguro de sí mismo que hacía gala de elegancia y de un lujoso estilo de vida”, Carvajal se mostraba “menos ostentoso en su forma de vida”, tenía “maneras suaves” y era tímido; cfr. asimismo, Vaca de Osma, J. A. “Carlos III”, 2.^a ed. Madrid, 2005, pág. 59: “Ensenada y Carvajal sólo se parecían en la eficacia y en sus patrióticos y competentes servicios. En lo demás eran opuestos como los dos polos”, calificando al primero de “opulento, fastuoso y gastador, con gran don de gentes” y al segundo de “sobrio, austero y desaliñado, a pesar de su rango y carrera” y Enciso Recio, J. M. y otros. “Los Borbones...”, ob. cit., pág. 564: “Los dos prohombres poseían, además, personalidad y carácter distinto. Carvajal era severo, rígido, imperioso y enemigo de concesiones. Ensenada era propenso al fasto, brillante, flexible, y tenía el arte de hacerse amigos”.

¹⁵² Vid. Enciso Recio, J. M. y otros. “Los Borbones...”, ob. cit., págs. 586 y sigs.

¹⁵³ Vid. Pérez Samper, M.^a A. “Isabel...”, ob. cit., págs. 413 y sigs.

¹⁵⁴ Vid. Lynch, J. “El Siglo...”, ob. cit., págs. 164 y 165 y Enciso Recio, J. M. y otros. “Los Borbones...”, ob. cit., págs. 407 y 570; Stein, S.J.-Stein, B.H. “La época...”, ob. cit., pág. 22, califican de “silencioso golpe de palacio” la caída de Ensenada.

¹⁵⁵ Vid. Escudero, J. A. “Los Orígenes...”, ob. cit., págs. 227 y sigs.; el mismo: “Administración y Estado...”, ob. cit., pág. 178; Vaca de Osma, J. A. “Carlos...”, ob. cit., pág. 61 y Enciso Recio, J. M. y otros. “Los Borbones...”, ob. cit., págs. 408, 570 y 571.

Roda gestiona Gracia y Justicia¹⁵⁶. Estos destacadísimos personajes sientan las bases del gobierno ilustrado, no obstante la enemiga nacional a los mandatarios extranjeros¹⁵⁷. La crisis del año 1766, conocida como motín de Esquilache, tiene consecuencias en el reinado. Las mismas se traducen, primero, en el citado nuevo exilio de Ensenada y los ensenadistas¹⁵⁸, pues aunque no fuera clara su participación directa en la revuelta, ciertas voces incitadoras reclamaron su presencia para hacerse cargo de la situación¹⁵⁹; en la expulsión de los jesuitas y el cese de Esquilache, que retorna a Nápoles, pasando sus Secretarías a Gregorio Muniáin, Guerra y a Miguel Múzquiz, Hacienda¹⁶⁰. Otra medida de gran peso fue el nombramiento de Pedro Pablo Abarca de Bolea, conde de Aranda¹⁶¹. Era el militar de mayor prestigio en nuestro país, embajador¹⁶², dos veces Grande de España y aunque a Carlos III le irritara su altivez, de su meritoria persona precisaba en estos delicados momentos. De ahí, su designación como presidente del Consejo de Castilla, además de gobernador de Madrid y capitán general de Castilla la Nueva¹⁶³.

En las disputas entre Aranda y los fiscales del Consejo, Campomanes y Floridablanca, que desempeñaban de facto las funciones de un ministerio, debido a sus fuertes personalidades, el rey se sentía más identificado con estos destacados golillas, que representaban una concepción civilista, antes que con las posiciones más militaristas de Aranda. Pese a ello, los distintos gabinetes ofrecerán un efecto de contrapeso entre ambas tendencias. Por lo que hace a la Secretaría de Guerra, la muerte de Muniáin daría entrada al conde de Riela. A su fallecimiento, en 1780, se le encargaría a Múzquiz junto con su cartera de Hacienda. Continuarían desempeñándola hasta el fin del reinado y de manera interina, López Lerena y Jerónimo Caballero¹⁶⁴.

El fracaso de la expedición de Argel, llevada a cabo por O'Reilly, en el verano de 1775, arrastró en su caída a Grimaldi, elevando a la Secretaría de Estado al entonces embajador en Roma, José Moñino, conde de Floridablanca¹⁶⁵. Con él llegaría lo que el maestro Escudero denominó "la españolización del gabinete"¹⁶⁶. El 14 de diciembre de 1788 fallecía Carlos III. Su hijo, Carlos IV, rompió pronto la línea continuista retornándose al sistema de las cinco Secretarías: Estado (Aranda), Hacienda (Gardoqui), Marina (Valdés), Gracia y Justicia (Porlier). En la de Guerra cesó Caballero entrando en su lugar el conde de Campo Alange¹⁶⁷.

¹⁵⁶ Vid. Enciso Recio, J. M. y otros. "Los Borbones...", ob. cit., pág. 408.

¹⁵⁷ Vid. Andrés-Gallego, J. "El motín...", ob. cit., págs. 280 y sigs.

¹⁵⁸ Vid. Andrés-Gallego, J. "El motín...", ob. cit. págs. 582 y 583 y López García, J. M. "El motín contra Esquilache". Madrid, 2006, págs. 187 y sigs.

¹⁵⁹ Vid. Vaca de Osma, J. A. "Carlos...", ob. cit., pág. 179 y López García, J. M. "El motín...", ob. cit., pág. 173.

¹⁶⁰ Vid. Stein.S. J.-Stein, B.H. "La época...", ob. cit., pág. 102 y Enciso Recio, J. M. y otros. "Los Borbones...", ob. cit., págs. 409 y 623.

¹⁶¹ Vid. Fernández, R. "Carlos III". Madrid, 2001, págs. 184 y 185.

¹⁶² Para esta etapa en la rica vida de Aranda, vid. Ochoa Brun, M. A. "Embajadas y embajadores en la Historia de España". Madrid, 2002, págs. 384 y sigs.

¹⁶³ Vid. Andrés-Gallego, J. "El motín...", ob. cit., pág.437 y López García, J. M. "El motín...", ob. cit., págs. 163 y 168.

¹⁶⁴ Vid. Escudero, J. A. "Los Orígenes...", ob. cit., págs. 398 y sigs. y Stein, S.J.-Stein, B.H. "La época...", ob. cit., págs. 219 y 220.

¹⁶⁵ Vid. Enciso Recio, J. M. y otros. "Los Borbones...", ob. cit., págs. 409 y sigs.

¹⁶⁶ Vid. Escudero, J. A. "Los Orígenes...", ob. cit., pág. 363.

¹⁶⁷ Vid. Escudero, J. A. "Los cambios ministeriales a fines del Antiguo Régimen". Madrid, 1997, págs. 19 y 20.

La pugna por el poder real en esta época la representa el binomio Floridablanca-Aranda¹⁶⁸ y la fulgurante ascensión de Godoy. Los sucesos revolucionarios franceses eran sentidos con honda preocupación por nuestros gobernantes pues, por muy arraigado que tuvieran el concepto de ilustrados, eran ante todo regalistas. Por ello, Floridablanca evolucionó hacia posiciones de resistencia y represión de toda nueva idea, incluida la censura de libros, que pudiera tender hacia pensamientos considerados radicales¹⁶⁹. Estas medidas resultaron, a la postre, contraproducentes. Exonerado de la Secretaría de Estado el 28 de febrero de 1792, fue luego acusado de malversación de fondos siendo preso en el castillo de Pamplona. Su puesto lo ocuparía el gran aspirante, el conde de Aranda, mas con la dignidad de una condición: que volviera a su normal desarrollo el Consejo de Estado¹⁷⁰. La alta representación le duraría pocos meses. El 15 de noviembre de ese mismo año, entre otros motivos, por su incapacidad pacifista de influir en los destinos franceses¹⁷¹, sería relevado por la estrella política ascendente: el duque de Alcudia, Manuel Godoy, auspiciado al poder por la reina M.^a Luisa de Parma. Aranda ocuparía una plaza prestigiosa pero honorífica con escasa cobertura: el Decanato del Consejo de Estado por el que tanto había luchado. Peores momentos todavía le esperaban. Por criticar las formas belicistas contra Francia de Godoy y presumibles desplantes a Carlos IV¹⁷² sería, en agosto de 1794, arrestado y recluido en Granada. Indultado con ocasión del tratado de Basilea, donde paradójicamente se imponen las tesis pacifistas en las que siempre creyó, muere el 9 de enero de 1798¹⁷³.

Con posterioridad al motín de Aranjuez tienen lugar los vergonzantes sucesos de Bayona. Abdica Fernando VII en su padre y este en Napoleón, quien entrega la corona de España a su hermano José¹⁷⁴. Poco podía esperarse. Por ejemplo: los secretarios que se habían mantenido firmes antigodoyistas, como el marqués de Caballero (Gracia y Justicia) y Olaguer Felú (Guerra), son sustituidos por Piñuela y O'Farrill, respectivamente¹⁷⁵. Al tiempo de la partida de Fernando VII a Bayona, acompañado por el secretario de Estado, Pedro Ceballos¹⁷⁶, se constituyó una Junta de gobierno para el despacho de los asuntos graves, y en verdad que excepcionales resultaron, que acontecieran mientras durase la ausencia real.

Esta Junta quedó pronto desvirtuada al asumir el mariscal francés Joaquín Murat el mando, surgiendo entonces una pluralidad de Juntas provinciales y locales hasta la creación de la Junta Central que, con Floridablanca como presidente, se trasladó a

¹⁶⁸ Vid. Escudero, J. A. "Los Orígenes...", ob. cit., págs. 483 y sigs. y Vaca de Osma, J. A. "Carlos...", ob. cit., págs. 283 y sigs.

¹⁶⁹ Vid. Enciso Recio, J. M. y otros. "Los Borbones...", ob. cit., pág. 649 y 650.

¹⁷⁰ Vid. Lynch, J. "El Siglo...", ob. cit., pág. 342; Egido, T. "Carlos IV". Madrid, 2001, págs. 62 y 63 y Escudero, J. A. "Los Orígenes...", ob. cit., págs 547 y sigs. y 583 y sigs.

¹⁷¹ Vid. Desdevises du Désert, G. "La España...", ob. cit., pág. 275; Egido, T. "Carlos...", ob. cit., págs. 147 y sigs.; Rúsoli, E. "Godoy. La lealtad de un gobernante ilustrado". Madrid, 2004, págs. 166 y sigs.; Moreno Alonso, M. "Napoleón. La aventura de España". Madrid, 2004, págs. 50 y 51 y Enciso Recio, J. M. "Los Borbones...", ob. cit., págs. 413 y 654.

¹⁷² Vid. Desdevises du Désert, G. "La España...", ob. cit., pág. 293 y Rúsoli, E. "Godoy...", ob. cit., pág. 169.

¹⁷³ Vid. Egido, T. "Carlos...", ob. cit., pág. 65.

¹⁷⁴ Vid. Artola, M. "La España...", ob. cit., págs. 61 y sigs.; Egido, T. "Carlos...", ob. cit., págs. 119 y sigs. y Sánchez Mantero, R. "Fernando...", ob. cit., págs. 67 y sigs.

¹⁷⁵ Vid. Escudero, J. A. "Los cambios...", ob. cit., págs. 54 y 55.

¹⁷⁶ Vid. Moreno Alonso, M. "Napoleón...", ob. cit., págs. 223 y sigs.

Sevilla el 16 de diciembre de 1808, doce días antes de morir el prócer. Fijada la nueva residencia en la isla de León (Cádiz) y nombrada una regencia colectiva, ésta convoca, el 18 de junio de 1810, a Cortes¹⁷⁷ en nombre del soberano, exiliado en Valençay. De sus patrióticos trabajos derivaría la Constitución de 1812. El organigrama de gobierno se contemplará en su artículo 222¹⁷⁸.

Mientras todo esto se hace, comienza en nuestro país una nueva etapa, ocaso del pasado régimen.

¹⁷⁷ Vid. Artola, M. "La España...", ob. cit., págs. 314 y sigs.; el mismo: "Constitucionalismo...", ob. cit., págs. 21 y 22 y Sánchez Mantero, R. "Fernando...", ob. cit., págs. 85 y 86.

¹⁷⁸ Las Secretarías del Despacho serán siete: Estado, Gobernación del Reino para la Península e Islas adyacentes, Gobernación para Ultramar, Gracia y Justicia, Hacienda, Guerra y, en fin, Marina.

Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi
Director del Instituto Vasco de Criminología (UPV/EHU)
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

Extranjería y privación de libertad

Dos son las facetas principales que presenta el análisis del fenómeno de la extranjería en relación con la privación de libertad:

- el tratamiento de los extranjeros privados de libertad en España; y, asimismo,
- el modo en que se lleva a cabo el seguimiento y asistencia de los ciudadanos españoles privados de su libertad en otros países.

I. EXTRANJEROS PRIVADOS DE LIBERTAD EN ESPAÑA.

A. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS.

El incremento permanente de la población -sin duda, uno de los primeros retos a los que se enfrenta la intervención penitenciaria hoy¹- viene siendo acompañado en los últimos tiempos en la mayor parte de los Estados europeos occidentales de una presencia de extranjeros cada vez más alta.

1. Lo mismo sucede en España. Si bien tradicionalmente el índice de detención era comparativamente bajo (p.e. 36.9/100.000 en 1979), la tendencia de incremento en la última década ha sido impresionante; así, en 2001 España, con un índice de 117, se colocaba en la tercera posición europea occidental, tras Portugal (132) e Inglaterra y Gales (126); en 2003 la aproximación a Portugal era ya plena (135,8 frente al 136,7 de Portugal) y en octubre de 2004 la escalada había llegado al nivel de Inglaterra y Gales (140,3 frente al 140,4 de este último)². Ya entonces la recientemente nombrada (en abril) Directora General de Instituciones Penitenciarias admitió expresamente un déficit de 12.000 plazas³.

¹ de la Cuesta Arzamendi, J. L., "Retos principales del sistema penitenciario hoy", en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp.119-137.

² Conseil de l'Europe, *SPACE I. Enquête 2004*, por M.F.Aebi, Strasbourg, 2005, p.22.

³ *La razón*, 31 octubre 2004.

2. También en lo concerniente a los extranjeros presos el análisis comparativo de la evolución de los últimos veinticinco años muestra el importante crecimiento en la última década de un colectivo que, si bien constituye un 7% de la población total, integra al 30,49% de los internos en prisión⁴, un porcentaje que supera ampliamente la media europea⁵ y que continúa en aumento: de hecho, en 2005, los extranjeros supusieron un 38% de los ingresos en prisión⁶.

EXTRANJEROS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL					
1975-1982			1998-2005		
	TOTAL	EXTRANJEROS		TOTAL	EXTRANJEROS
1975	8.440	11,63%	1998	44.747	17,6%
1976	9.937	11,99%	1999	45.384	17,6%
1977	9.392	14,07%	2000	45.104	19,93%
1978	10.463	13,17%	2001	47.571	23,32%
1979	13.627	13,69%	2002	51.882	25,85%
1980	18.253	12,40%	2003	56.096	27,10%
1981	21.185	11,02%	2004	59.375	29,10%
1982	21.942	10,59%	2005	61.054	30,49%

Los presos extranjeros se encuentran, por lo general, distribuidos por las diferentes prisiones⁷, si bien se suele venir observando una mayor concentración en varios centros: Madrid V, Topas (Salamanca), La Moraleja (Palencia), Madrid III y A Lama (Pontevedra)⁸. El perfil habitual de un preso extranjero es el de un hombre joven (menor de 40 años), no consumidor de drogas⁹, con escasos recursos económicos y bajo nivel de estudios y de conocimiento del español¹⁰. Frecuentemente en prisión debido a la comisión de un delito de tráfico de drogas (44,6%) o contra la propiedad (28,16%)¹¹, se trata de delincuentes primarios (reincidentes: 19,5%)¹² clasificados en

⁴ M. Gallizo, "Los retos del sistema penitenciario en el siglo XXI". <http://www.mir.es/instpeni/Articulo.htm>

⁵ García España, E., Pérez Jiménez, F., *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: Análisis e interpretación de las estadísticas oficiales*, Málaga, 2004, p. 103.

⁶ García García, J., "Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria", 2006, http://penitenciari.meetingcongress.com/ponencias/Julian_Garcia_Garcia.pdf, p. 2.

⁷ Indica J. García García que en cada Centro la distribución de extranjeros por módulos persigue asegurar un cierto equilibrio entre permitir a los internos extranjeros el contacto con otros de su misma nacionalidad, lengua o cultura y la evitación de formación de guetos que dificulten la integración social, así como prevenir posibles conflictos intergrupales. *Ibidem*, pp.7-8 (n.11). Con todo, Rodríguez Yagüe, C., 'Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad', *Revista General de Derecho Penal Iustel* (<http://www.iustel.com>) 2 noviembre 2004, apdo.II.2.2.

⁸ Rodríguez Yagüe, C. *ibidem*, apdo.II.2.2.

⁹ Según J. García García el 15.2% son consumidores de drogas, cuando un 60% de la población en general reconoce haber consumido drogas ilegales en el mes anterior a su entrada en prisión. "Extranjeros...", *cit.*, p. 9.

¹⁰ Almeida Herrero, C. & Lucena García, M., *Situación de los presos extranjeros en el Centro Penitenciario de Topas (Salamanca)*, 2002, p.19 http://caritas.caritasalamanca.org/uploads/media/cd0053_Indice_tematico_Situacion_juridico-penitenciaria_Topas_2002.pdf El 15% no sabe español y casi un 30% lo entiende. García García, J., 'Extranjeros...', *cit.*, p.8.

¹¹ En la población penitenciaria general, el 28.8% son internos por tráfico de drogas y el 50.4% por delitos contra la propiedad. García García, J., *ibidem*, pp.5 s.

¹² En la investigación de García España, un 22% (frente al 56,92% de reincidencia en la población total). *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Valencia, 2001, p. 368.

segundo grado¹³. Sin embargo, debido a su situación irregular, a la falta de coordinación entre la normativa penitenciaria y de extranjería y a los graves problemas de exclusión social que presentan en el momento de su detención¹⁴, les resulta muy difícil tener acceso al trabajo, permisos de salida y otros beneficios penitenciarios.

En el colectivo de presos extranjeros la población magrebí es la más importante (y hay más de 6.000 musulmanes). Marruecos (5.279), Colombia (1.998), Argelia (1.289), Rumania (1.255) y Ecuador (610) fueron las nacionalidades más representadas en 2005¹⁵.

3. La comparación de estos datos con los relativos a la delincuencia de extranjeros en España (alrededor del 6,30%) confirma plenamente algo hace tiempo conocido por la investigación criminológica¹⁶: la sobrerrepresentación de los extranjeros en prisión. También se conoce ampliamente la negativa incidencia de este fenómeno de sobrerrepresentación en la construcción de la imagen social de la delincuencia, en particular, debido al automatismo de las percepciones sociales en la identificación de inmigración con delincuencia, algo que contradice plenamente los resultados del análisis racional de los datos estadísticos disponibles¹⁷.

En el origen de esta situación se encuentra, sin duda, junto a un mayor control formal, la precariedad de la situación social y jurídica de los extranjeros privados de libertad, que finalmente aboca a una más frecuente aplicación a los mismos de la prisión provisional¹⁸. Son muchas las razones que contribuyen a esta más frecuente aplicación de la prisión provisional a los extranjeros: la ausencia de un domicilio permanente o estable o la falta de vínculos sociales y/o familiares, así como el riesgo (supuestamente mayor) de evasión, reducen sin duda las posibilidades de mantenimiento en libertad provisional. Pero la sobrerrepresentación penitenciaria de los extranjeros tiene también que ver, al margen de otros factores criminológicos, con el cumplimiento de largas condenas (por ejemplo, por tráfico de drogas de carácter internacional): en 2001, un 40% de los extranjeros presos tenían que cumplir penas superiores a seis años de prisión¹⁹; asimismo, son muchas las dificultades (principalmente, aunque no sólo, de carácter burocrático) que se alzan contra el cumplimiento en el país de origen. Todo ello produce como resultado un mayor tiempo de permanencia en prisión para los extranjeros, un tiempo

¹³ Almeida Herrero, C. Lucena García, M., *Situación...*, *cit.*, pp. 24-25.

¹⁴ Según el informe social de Cáritas (2003) sobre los presos extranjeros en Topas (Salamanca), en el momento de detención un 55% no tenía trabajo (y entre los que trabajaban el 60% lo hacía sin contrato), un 12% vivía en la calle, y sólo un 57% tenía algún (bajo) salario; el 27% no tenía intención de residir en España y en un 15% de los casos la comisión del delito fue la causa de su llegada a España. Ver Almeida Herrero, C., Lucena García, M., Rodríguez Enríquez, F. J., *Situación social previa de los presos extranjeros en el Centro Penitenciario de Topas (Salamanca)*, 2003, pp.122-125, http://caritas.caritasalamanca.org/uploads/media/cd0003_Situacion_social_previa_extranjeros_en_Topas_2003.pdf

¹⁵ García García, J., "Extranjeros...", *cit.*, p.2.

¹⁶ Varona Martínez, G., "Extranjería y prisión. ¿Igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?", *Eguzkilore*, 8, 1994, p.64 ss.

¹⁷ Como denuncia García España, E., *Inmigración...*, *cit.*, pp. 23 ss. Ver también su artículo, "Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria", en *Derecho migratorio y extranjería*, Valencia, 2002, pp. 45 ss.

¹⁸ García España, E., *Inmigración...*, *cit.*, pp. 444 ss. Según J. García García, un 39% de los extranjeros presos son presos preventivos, mientras que esta categoría sólo supone un 23% de la población penitenciaria total; de otra parte, el 52% de los preventivos son extranjeros, pero los extranjeros representan sólo el 24% de los condenados. "Extranjeros...", *cit.*, p.4.

¹⁹ García España, E., "Extranjería...", *cit.*, p.52.

las más de las veces idéntico o muy próximo al del cumplimiento íntegro; un período de ejecución en condiciones que pocas veces pueden asimilarse a las de un preso ordinario²⁰.

B. TRATAMIENTO PENITENCIARIO DE LOS EXTRANJEROS.

Legalmente, el régimen penitenciario de extranjeros no difiere del previsto para los demás internos: se rige por el correspondiente grado de clasificación, aun cuando la Ley y Reglamento contienen algunas disposiciones específicas.

1. La Ley Orgánica General Penitenciaria (1979) y el Reglamento Penitenciario (1996).

Las escasas disposiciones normativas específicas²¹ concernientes a los extranjeros fundamentalmente persiguen:

- Garantizar especialmente algunos de sus derechos; y
- Facilitar la aplicación de la medida de expulsión.

- Por lo que se refiere a la información, la Administración Penitenciaria se encuentra obligada a disponer de folletos informativos en los idiomas más frecuentes con el fin de ofrecer una adecuada información a los presos extranjeros sobre el régimen de la prisión y el sistema penitenciario. Si no hay folletos en una lengua que el extranjero pueda entender²², se les dará información oral por parte de un funcionario o interno que conozca su idioma. En caso necesario, la Administración Penitenciaria deberá solicitar ayuda a los correspondientes servicios consulares con el fin de suministrar la información legalmente exigida (art. 51.3 RP).

El RP considera también que es derecho del interno extranjero recibir información sobre su situación actual procesal y penitenciaria (art. 4.2 k) y sobre la aplicación de los convenios o acuerdos internacionales de traslado de presos a otros países, así como acerca de las posibilidades legales de sustitución de la pena por la expulsión; por su parte, el art. 197 RP, carente de otro apoyo legal de mayor rango, autoriza expresamente el cumplimiento de la libertad condicional por el extranjero en su país de origen²³.

- A los presos extranjeros se les reconoce igualmente el derecho reconocido a ser informados de la dirección y teléfono de sus respectivas Embajadas o Consulados en España (art. 52.2 RP), cuyos representantes pueden visitarles en el marco de lo dispuesto en el régimen de comunicaciones y visitas (art. 49.3 y 4 RP). Disfrutan también del derecho (del que deben ser informados en el plazo de 48 horas desde su ingreso) de que se comunique a estos representantes el hecho de su internamiento en prisión (art. 15.5 RP)²⁴.

²⁰ Varona Martínez, G., *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria-Gasteiz, 1994, pp. 426 ss.

²¹ Ver también Instrucción 18/2005, de 21 de diciembre.

²² Hay folletos disponibles en nueve idiomas, incluido el árabe y el rumano. García García, J., "Extranjeros...", *cit.*, p. 10.

²³ El número de internos trasladados a su país de origen para proseguir la ejecución de la pena impuesta fue de 64 en 2005. García García, J., *ibidem*, p. 6. Sobre las dificultades prácticas, *ibidem*, p. 19.

²⁴ Si no están documentados, el establecimiento, en un mes, ha de iniciar los trámites de obtención de la documentación personal del interno. García García, J., *ibidem*, p. 10.

- En el campo educativo, el art. 118.2 RP garantiza a los internos presos las “mismas posibilidades de acceso” que los internos españoles a los programas educativos. Con tal fin, la Administración Penitenciaria debe facilitarles medios adecuados para aprender el castellano (y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma). El Plan Marco de Intervención Educativa con Internos Extranjeros prevé diferentes programas a aplicar en relación con las Comunidades Autónomas, los Consulados y Organizaciones No Gubernamentales (en especial, las pertenecientes al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes) con el fin de posibilitar a los extranjeros presos el aprendizaje del español y cursar la educación primaria -el art. 123.1 declara la prioridad de la formación básica impartida, entre otros, a los extranjeros-, así como para favorecer la formación multicultural y en derechos humanos y la educación en valores y habilidades cognitivas²⁵.

Al mismo tiempo, y habida cuenta del número de internos extranjeros de cada establecimiento, el art. 127.3 autoriza a las bibliotecas a disponer de publicaciones en los idiomas extranjeros más frecuentes.

- Libertad religiosa (art. 54 LOGP): los internos pueden comunicar con los sacerdotes o ministros de su religión (art. 51.3 LOGP), solicitar la asistencia religiosa de su elección y el establecimiento penitenciario está obligado a preparar un lugar para la práctica de las ceremonias religiosas. Ligado a las prácticas religiosas, la Administración penitenciaria debe facilitar el respeto de las normas alimenticias y festividades religiosas, en la medida en que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y la vida del Centro y los derechos fundamentales de los demás internos (art. 230 RP). La diferencia de trato entre la religión católica y las demás es, en todo caso, clara a nivel legal y reglamentario²⁶.

- Finalmente, el art. 242.2 j) RP reconoce a los internos extranjeros que no sepan español la posibilidad de ser asistidos por un funcionario o interno, que actúen como intérpretes, en los procedimientos disciplinarios.

Al margen de estas reglas específicas, plenamente justificadas²⁷, los internos extranjeros quedan sometidos al régimen penitenciario general, conforme a las reglas de separación y clasificación y a las necesidades de tratamiento.

2. Dificultades prácticas.

En realidad, la problemática principal de los internos extranjeros no se halla tanto a nivel legal cuanto a nivel práctico, donde la falta de regulación específica de determinados aspectos, unida a la realidad del extranjero y de la vida penitenciaria, acaban resultando en una auténtica “discriminación institucional”²⁸. Así, a pesar de las normas específicas en materia de información, muchos unen a la pobre información real sobre su situación y circunstancias de internamiento²⁹ el desconocimiento de su propio abogado³⁰; de otra parte, sus muy reducidas posibilidades de resocialización, debido a su origen cultural y a la falta de arraigo y de apoyo social, limitan completamente las opor-

²⁵ García García, J., *ibidem*, pp. 21-23.

²⁶ Rodríguez Yagüe, C., “Los derechos...”, *cit.*, apdo. II. 2.3.

²⁷ Giménez-Salinas i Colomer, E., “Los extranjeros en prisión”, *Eguzkilore*, 7, extra, 1994, p. 136.

²⁸ García España, E., *Inmigración...*, *cit.*, p. 485.

²⁹ Rodríguez Yagüe, C. “Los derechos...”, *cit.*, apdo. II. 2.1.

³⁰ García España, E., *Inmigración...*, *cit.*, p. 378.

tunidades de ejercicio efectivo de no pocos de sus derechos y, muy en particular, el acceso al trabajo (ya escaso en prisión), el disfrute de comunicaciones y visitas, permisos de salida, la progresión en el tratamiento y el beneficio de la libertad condicional³¹. Por ello, en algunos pasajes, el Reglamento Penitenciario añade cautelas especiales: así, por ejemplo, en materia de comunicaciones y visitas -uno de los aspectos en los que las distancias entre legislación y realidad son más grandes, debido al desconocimiento por los presos de sus derechos en este ámbito, por la propia situación personal de los internos extranjeros, su carencia de recursos y hasta por las dificultades administrativas (“sin papeles”) de las personas con las que comúnmente se relacionan³²- se establece que habrán de organizarse de modo que se cubran las necesidades especiales de los internos extranjeros (art. 41.7 RP); pero estas directrices pueden quedar en papel mojado si, por puras razones de comodidad administrativa³³, los extranjeros son internados en establecimientos alejados de los lugares en los que mantienen algún lazo social en España (o de los núcleos urbanos en donde trabajan las asociaciones de apoyo) o son trasladados tan pronto como entablan nuevas relaciones.

Según el RP (art. 62.4), la Administración penitenciaria debe fomentar “la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los internos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso a través de las autoridades consulares correspondientes”.

Esta importante disposición podría tener un mayor alcance en la práctica. En primer lugar, para ayudar a superar la incomunicación y con el fin de aprovechar mejor las posibilidades legalmente abiertas de ejecución de la pena en los países de origen³⁴, para lo que la existencia de un instrumento internacional válido es ciertamente el primer requisito, pero que precisa igualmente del consentimiento de todas las partes concernidas: el propio extranjero, los representantes de su país de origen y las autoridades españolas. Ahora bien, si la consecuencia del rechazo por el interesado es, como sucede en la actualidad, la expulsión y su devolución, quedando allá en libertad, no será nada fácil lograr su consentimiento. De otra parte, la coordinación con las administraciones extranjeras no es nunca tarea sencilla y la práctica pone de manifiesto el escaso alcance de la aplicación de no pocos acuerdos internacionales por causa de la excesiva duración de los trámites administrativos (normalmente más de un año)³⁵.

Volviendo a las posibilidades abiertas por el art. 62.4 RP, la condición de extranjero se asocia generalmente a la ausencia de apoyo familiar, algo que se presenta como una variable de riesgo de evasión. Ciertamente cabe distinguir entre europeos y no europeos y las reglas aplicables no dejan de hacer mención a los vínculos per-

³¹ Rodríguez Yagüe, C., “Los derechos...”, *cit.*, apdo. II. 2.6-10. También, Torrecilla Collada, M. P., “Problemática planteada por la Ley de extranjería”, en *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*, Madrid, 1993, p. 261; Varona Martínez, G., *La inmigración irregular*, *cit.*, p. 426.

³² García España, C., *Inmigración...*, *cit.*, pp. 369 ss; Rodríguez Yagüe, C., “Los derechos...”, *cit.*, II. 2.7.

³³ Críticamente Ríos Martín, J., *Manual de Ejecución Penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, 2.^a ed, Madrid, 2001, p. 351.

³⁴ Bermejo Romero de Terreros, J. A., “El extranjero privado de libertad: particularidades en la legislación penitenciaria. Especial referencia a la libertad condicional: la cooperación jurídica internacional. Régimen de los centros de detención”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, II, 1999, pp. 330 ss; Hernando Galán, M. B., *Los extranjeros en el Derecho penitenciario español*, Madrid, 1997, pp. 53 ss y 68 ss.

³⁵ García España, E., Rodríguez Candela, J. L. “Extranjeros en prisión”, <http://www.icamalaga.es/funcio/extran/doctrina/doc1.pdf>, p. 13.

sonales y sociales (también a la relación con asociaciones) con el fin de posibilitar al Director del Establecimiento la individualización de la decisión, que se ve absolutamente contrariada por la denegación automática de permisos³⁶, y la autorización de salidas en casos excepcionales y con las necesarias garantías. Pero, sólo si trabajan intensamente con el fin de establecer y asegurar un seguimiento permanente del extranjero preso, las entidades y asociaciones de apoyo a los extranjeros acaban siendo consideradas como el soporte precisado para permitir a los internos extranjeros disfrutar de permisos, del acceso al tercer grado, la libertad condicional y otras oportunidades favorables abiertas por la legislación penitenciaria para todos. En suma, en la práctica³⁷ los internos extranjeros apenas aprovechan esas posibilidades, debido principalmente a las dificultades que presenta el cumplimiento de los requisitos legales en materia de apoyo familiar y social, y ello a pesar de que, con cierta flexibilidad, podrían ser cubiertos en cierta medida por aquellas organizaciones.

La cuestión es muy relevante y recuerda cómo frecuentemente (incluso en la vida ordinaria) no basta con el reconocimiento formal de los derechos. Como reconoce el art. 9.2 de la Constitución, en ocasiones, para dar a determinados ciudadanos la posibilidad de ejercer los derechos formalmente proclamados es precisa una intervención (constitucionalmente encomendada a los poderes públicos) que remueva los obstáculos que impiden o dificultan su participación en la vida social, cultural o política. Esto es particularmente cierto a nivel penitenciario en el caso de no pocos derechos reconocidos a los presos, que no pueden ejercerse sin una intervención positiva y efectiva por parte de la Administración penitenciaria. Y hay que tener presente que las carencias generales penitenciarias acaban afectando “en mayor grado a los colectivos menos favorecidos”³⁸ y éste es el caso de los presos extranjeros. Como afirman diferentes estudios realizados al respecto, los presos extranjeros se encuentran en general satisfechos con las condiciones materiales de las prisiones españolas³⁹, aun cuando critiquen la disciplina y la vida absolutamente rutinaria; mas, al mismo tiempo, cuentan que experimentan múltiples dificultades en la vida diaria en el disfrute de las comunicaciones y visitas (en particular, visitas *vis a vis* y llamadas telefónicas)⁴⁰, así como en el ejercicio de otros derechos.

En este punto, el problema de los *intérpretes* en los Establecimientos⁴¹ claramente agrava la incomunicación de algunos presos extranjeros y no hace falta insistir en los negativos efectos que las dificultades de comunicación pueden tener a nivel penitenciario. Resulta además absolutamente insuficiente lo dispuesto por el art. 51.3 RP sobre la traducción oral de la información penitenciaria por parte de los funcionarios o internos que conozcan el idioma del interno extranjero, recurriéndose, en caso necesario, a los servicios consulares.

Las dificultades en la comunicación pueden llegar a originar la indefensión del interno extranjero, en la medida en que la barrera lingüística agrave la ya inefecti-

³⁶ García España, C., *Inmigración...*, cit., p. 378; Rodríguez Yagüe, C. (2004), “Los derechos...”, cit., apdo. II. 2.8.

³⁷ Ver, por ejemplo, para Cataluña *Justidata* 33, noviembre 2002.

³⁸ Rodríguez Yagüe, C., “Los derechos...”, cit., II. 2.5.

³⁹ Ver, por ejemplo, Sánchez Tarifa, J. A., Stangeland, P., “La situación de los extranjeros en cárceles españolas”, *Boletín Criminológico*, 25 enero 1997, p. 1.

⁴⁰ Sánchez Tarifa, J. A., Stangeland, P., *ibidem*, pp. 1 y 3.

⁴¹ La escasa calidad de los intérpretes es algo repetidamente denunciado por los presos extranjeros, Sánchez Tarifa, J. A., Stangeland, P., *ibidem*, p. 4.

va y escasa relación con sus respectivos abogados; y ello habrá de tener, sin duda, repercusiones muy negativas en la formulación de una adecuada estrategia de defensa en la fase instructora y en el propio juicio oral⁴². Lo mismo puede decirse en relación con los procedimientos disciplinarios, en los que la posibilidad admitida por el art. 242.2 j) RP (asistencia, como intérprete, de un funcionario u otro interno) no parece en modo alguno de recibo; muy en particular si se tienen presentes las relevantes consecuencias que pueden derivar de un procedimiento disciplinario en lo que concierne a los derechos del preso. En este sentido, el aseguramiento de medios suficientes y adecuados de acceso a intérpretes competentes con carácter permanente o, al menos, para garantizar plenamente el derecho a ser oído en los procedimientos penitenciarios, debería reconocerse a nivel legal como un derecho de los presos extranjeros⁴³.

Como ya se ha dicho, los internos extranjeros tienen derecho a que se comunique a su Embajada o autoridades consulares su ingreso en prisión (art. 15.5 RP). Siendo un derecho, el interno puede oponerse a que se lleve a cabo esta comunicación. Ahora bien, la comunicación con las respectivas autoridades consulares puede resultar esencial para obtener la documentación personal, algo a lo que está obligada la Administración penitenciaria, pero que al interno puede no interesar: porque piensan, por ejemplo, que sin documentación es más difícil la expulsión⁴⁴. En cualquier caso, bien como resultado de este conflicto o por la tardanza de las oficinas consulares y embajadas en identificar y documentar a sus nacionales, el interno extranjero puede estar largo tiempo sin los necesarios papeles⁴⁵. La falta de toda documentación personal regular tiene muy negativas consecuencias de cara a la resocialización⁴⁶: así, dejando al margen la cuestión de los permisos, en el caso del acceso al régimen abierto, los extranjeros no documentados pueden ser clasificados en tercer grado, pero, en la práctica, sólo acaban cumpliéndolo en su modalidad restringida (art. 82.1 RP)⁴⁷. Similares problemas se suscitan en relación con la libertad condicional que exige prognosis favorable individualizada de reinserción social, y nadie puede iniciar un proceso de reinserción social si no cuenta con la documentación que le permita vivir legalmente en el país. Con el fin de evitar estos problemas algunos Jueces (en particular, en Madrid y Bilbao)⁴⁸, entendiendo que la libertad condicional no puede depender de la situación administrativa del interno extranjero, han llegado a otorgar la liberación condicional del extranjero, considerando que en tal caso la decisión judicial constituye el título que les autoriza a residir temporalmente en España; y de esta manera abrieron la posibilidad de concesión de un permiso de trabajo por el mismo tiempo⁴⁹. En cualquier caso, habida cuenta de la relevancia del pleno disfrute del sistema de permisos y del régimen abierto de cara al tratamiento penitenciario y de la

⁴² García España, E., Rodríguez Candela, J. L., "Extranjeros en prisión", *cit.*, p. 4.

⁴³ García España, E., Rodríguez Candela, J. L., *ibidem*, pp. 4 s.

⁴⁴ Almeida Herrero, C., Lucena García, M., *Situación...*, *cit.*, p.

⁴⁵ De hecho, el porcentaje de presos extranjeros documentados es sólo del 40.2% Almeida Herrero, C., Lucena García, M., *ibidem*, p. 41.

⁴⁶ En sentido crítico, García España, E., *Inmigración...*, *cit.*, p. 463.

⁴⁷ Hernando Galán, M. B., *Los extranjeros...*, *cit.*, p. 60. Acerca de la necesidad de impulsar el acceso de los clasificados en tercer grado a unidades dependientes, Rodríguez Yagüe, C., "Los derechos...", *cit.*, apdo. II. 2.9.

⁴⁸ <http://www.malaga.acoge.org/prisiones.htm>

⁴⁹ García España, E., Rodríguez Candela, J. L., "Extranjeros en prisión", *cit.*, p. 11.

trascendencia de la liberación condicional, las limitaciones de la Instrucción segunda del acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005⁵⁰ resultan excesivas y es de reclamar un mayor esfuerzo en la apertura de vías que permitan encauzar un mayor número de casos⁵¹.

Si, como se acaba de ver, la falta de documentación personal genera una situación administrativa de irregularidad, en ocasiones son los mismos obstáculos que el sistema pone a la renovación de determinados permisos administrativos los que generan aquella situación: la práctica demuestra con cuánta frecuencia un permiso de residencia ya aceptado o renovado a favor de un preso preventivo caduca porque el extranjero no se presenta en las oficinas policiales para firmar el documento o tomarle las huellas digitales. Esto es algo que podría, sin embargo, resolverse fácilmente aplicando el mismo procedimiento que se sigue para la renovación de los documentos nacionales de identidad: aquí los funcionarios se desplazan a la prisión para tomar las huellas digitales y firmas de los internos; alternativamente, debería autorizarse la conducción del extranjero preso a la comisaría de policía para realizar todas estas formalidades⁵².

De todos modos, los esfuerzos desarrollados a nivel penitenciario y durante la libertad condicional de cara a la reinserción social del preso extranjero pueden acabar frustrados tras la liberación definitiva, en que el extranjero (sin permiso de residencia permanente) queda abocado o a la expulsión o a la permanente irregularidad⁵³: sólo para la renovación del permiso y con carácter excepcional, en atención a las circunstancias concurrentes, puede eximirse a los extranjeros que hayan cumplido condena del cumplimiento del requisito general de ausencia de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia (art. 31.4 LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). Y conviene recordar que el art. 57.2 de este mismo texto normativo -aplicable en principio a todos los extranjeros (legalmente residentes o no)- establece como causa de expulsión administrativa el haber sido condenado en España o fuera a privación de libertad de más de un año por un delito doloso, salvo que los antecedentes se encuentren cancelados.

3. Expulsión de extranjeros condenados y presos.

De hecho, con arreglo a lo dispuesto por el art. 89 CP, salvo en el caso de ciertos delitos (art. 89.4), el resultado ordinario de la imposición de una sanción penal a un extranjero (no residente legalmente en España) debería ser la expulsión (con la prohibición de regresar a España en los siguientes 10 años)⁵⁴.

⁵⁰ Sobre las Instrucciones aprobadas por el Gobierno (1 julio 2005) con el fin de autorizar las actividades laborales de internos extranjeros en tercer grado o en libertad condicional, García García, J., "Extranjeros...", *cit.*, p. 17.

⁵¹ García España, E., Rodríguez Candela, J. L., *ibidem*, p. 11. El Defensor del Pueblo, en su *Informe anual* (Madrid, 2003, p. 309 <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes1.asp>) se lamentó de que el Ministerio del Interior no hubiera seguido su recomendación de otorgar a los extranjeros en tercer grado o que disfruten de permisos un documento similar a la tarjeta de extranjero (sin mención de su condición de internos) con el fin de facilitar su identificación durante ese período de tiempo. <http://www.lukor.com/not-esp/nacional/04061422.htm>

⁵² <http://www.malaga.acoge.ort/prisiones.htm>. Ver también García España, E., Rodríguez Candela, J. L., "Extranjeros en prisión", *cit.*, p. 6.

⁵³ Rodríguez Yagüe, C. "Los derechos...", *cit.*, apdo. II. 1.

⁵⁴ Considera suficiente el plazo de 2 a 6 años, Grupo de Estudios de Política Criminal, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia, 1998, p. 52.

- bien como sustitutivo de la privación de libertad inferior a seis años (ver también art. 27 RP)⁵⁵.

- o, en caso de condena a prisión igual o superior a seis años, tras el acceso al tercer grado o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena (igualmente, art. 26 RP)⁵⁶.

La expulsión se contempla asimismo por parte del art. 108 CP como sustitutivo de las medidas privativas de libertad impuestas en casos de peligrosidad criminal a un extranjero no residente legalmente en España. Además, el art. 57 de la LO 4/2000, junto a la ya mencionada expulsión administrativa de los condenados en España o en el extranjero a pena privativa de libertad superior a un año (n.2), contempla también la expulsión administrativa en la fase instructora con base en la comisión de un delito castigado con privación de libertad de hasta seis años u otra pena de distinta naturaleza (n.7)⁵⁷.

Aun cuando la jurisprudencia no considera ninguna modalidad de expulsión (tampoco a la adoptada tras la ejecución de la pena) como violación del principio *ne bis in idem*, son muchas las críticas que recibe este tipo de expulsión que, salvo en los casos de sustitución directa de la totalidad de la pena impuesta, acaba castigando de nuevo el mismo delito ya sancionado penalmente⁵⁸. También se censura, con razón, la extensión permanente de las posibilidades de expulsión por parte de las últimas reformas, debido a su difícil acomodo constitucional⁵⁹ por su carácter puramente inocuidador, por las contradicciones e incongruencias de las argumentaciones oficiales desplegadas para defender esta medida de política penal⁶⁰ y en razón de los efectos contraproducentes generados no sólo en los afectados⁶¹ y en el propio sistema penal, sino también hasta para la restrictiva política migratoria mantenida oficialmente⁶².

Tras la reforma de 2003⁶³ los jueces deben pronunciar casi siempre la expulsión del extranjero condenado. El art. 89.1 CP sólo admite una excepción: tras oír al Fiscal, se puede motivadamente rechazar la expulsión si la naturaleza del delito justifica su ejecución en España. Con todo, la jurisprudencia⁶⁴ ha admiti-

⁵⁵ En 2005 fueron expulsados 1.229 internos por esta vía. García García, J., "Extranjeros...", *cit.*, p. 6.

⁵⁶ Sólo 59 internos fueron excarcelados en 2005 debido al acceso al tercer grado o por ejecución de las 3/4 partes de la condena; y cerca de 400 lo fueron para cumplir la libertad condicional en sus países de origen. García García, J., *ibidem*, p. 6.

⁵⁷ En 2005 fueron expulsados 140 internos por esta vía. García García, J., *ibidem*, p. 6.

⁵⁸ Ver Muñoz Lorente, J., "La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, extra 2, 2004, p. 415 (con completa bibliografía).

⁵⁹ Maqueda Abreu, M. L., "¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?", en *Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, pp. 509-518.

⁶⁰ Asúa Batarrita, A., "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración", en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, pp. 17 ss.

⁶¹ Ciertamente, los efectos no son iguales para todos, García España, E., *Inmigración...*, *cit.*, p. 472.

⁶² Cancio Melià, M., Maraver Gómez, M., en Bacigalupo, S. y Cancio Melià, M (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, pp. 385 ss; Navarro Cardoso, F., "Expulsión "penal" de extranjeros: una simbiosis de derecho penal "simbólico" y derecho penal del enemigo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17, 2006, pp. 153 ss.

⁶³ Encinar del Pozo, M. A., "Expulsión de extranjeros: el artículo 89.1 del Código penal. Un ejemplo de infortunio del legislador", *Derecho.com*, marzo, 2005 (<http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0278.htm>)

⁶⁴ Ver Fernández Arévalo, L., "Sesión 3.ª Intermigra. Derecho Penal y Penitenciario de Extranjería", 15 diciembre 2005, <http://www.intermigra.info/semiex/archivos/Conclusiones3.pdf>. Ver también Romero Sánchez, M. R., "Extranjería, Derecho penal y penitenciario", <http://www.intermigra.info/semiex/archivos/Cuestionariointermigra3.pdf>

do más excepciones a la expulsión automática y la STS 8 julio 2004⁶⁵ considera que también ha de darse audiencia al condenado para tener en cuenta todas las circunstancias personales y los vínculos familiares y sociales que puedan verse afectados por la decisión. Esto es particularmente importante en ciertos casos: existencia de menores dependientes del extranjero y residentes en España, posibilidad de que quede frustrada la indemnización a la víctima si se produce la expulsión, conflictos entre la expulsión y el cumplimiento de los deberes y obligaciones eventualmente a cargo del condenado, en especial en casos de violencia doméstica⁶⁶.

La LO 19/2003, de 28 diciembre dispone que la expulsión ha de aplicarse sin demora y, dejando a salvo supuestos debidamente justificados, en un plazo de 30 días, prosiguiéndose con la ejecución de la pena mientras el extranjero no sea expulsado⁶⁷. Sin embargo, la práctica pone de manifiesto lo difícil que resulta ejecutar la expulsión y, aun cuando los arts. 26 y 27 RP ordenan al Director del Establecimiento que notifique a la autoridad competente la fecha de salida con tres meses de antelación, pocas expulsiones se ejecutan realmente⁶⁸.

El Defensor del Pueblo ha insistido repetidamente en la necesidad de dar una solución a la difícil situación, jurídica y social, de los ciudadanos extranjeros afectados por decisiones de expulsión no ejecutables, personas que quedan “a menos de un paso de caer en el delito”⁶⁹: presumiblemente permanecerán en España un cierto tiempo (probablemente largo), pero no pueden trabajar ni acceder al estatus de residente. Según el Defensor del Pueblo dos vienen a ser las posibles alternativas: incrementar las ayudas sociales o (mucho más apropiada, al menos como propuesta a estudiar) darles la posibilidad legal de trabajar (temporalmente) en ciertas actividades con el fin de permitirles vivir con cierta dignidad, creando, al mismo tiempo, con las cantidades retenidas para la Seguridad Social un fondo especial que podría ser recuperado por el extranjero por vía consular si la expulsión finalmente tiene lugar⁷⁰.

C. DETENCIÓN ADMINISTRATIVA DE EXTRANJEROS A LA ESPERA DE EXPULSIÓN.

La LO 4/2000 permite también el internamiento de extranjeros en situación administrativa irregular susceptible de ser sancionada con expulsión, o que se encuentren

⁶⁵ Durán Seco, I., “El extranjero delincuente “sin papeles” y la expulsión (a propósito de la STS 8-7-.2004)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15,2005, pp. 307-353; , Torres Fernández, M. E., “La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario a la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003”, *Revista Poder Judicial*, 76, 2004, pp. 231-245.

⁶⁶ Encinar del Pozo, M. A., “Expulsión...” *cit.*

⁶⁷ Si no se ordenó la expulsión en la sentencia, según la Instrucción 18/2005 (n.2.2), tras la ejecución de la mitad de la pena (inferior a seis años) la Administración penitenciaria ha de comunicarlo al juez por si se autoriza la sustitución del resto de la pena por la expulsión. Si la pena era de duración igual o superior a seis años, la comunicación tiene lugar con tres meses de antelación al cumplimiento de las ³/₄ partes o tan pronto como se clasifique al interno en tercer grado.

⁶⁸ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2004*, Madrid, 2005, pp. 477 ss.

<http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes1.asp>

⁶⁹ Avilés, M., “Inmigración y delincuencia. Algunos apuntes sobre la problemática de los extranjeros en prisión”, en *Jornadas...*, *cit.*, p. 157.

⁷⁰ Defensor del Pueblo, *Informe anual 2004*, *cit.*, pp. 477 s.

pendientes de expulsión o de devolución. El art. 61.1 e) regula el internamiento preventivo como medida provisional (sólo aplicable durante el tiempo necesario⁷¹ y nunca por más de 40 días)⁷² adoptada por el juez de instrucción competente tras audiencia al extranjero⁷³ y susceptible de recurso ante el mismo juez (reforma) y ante la Audiencia Provincial⁷⁴; el auto decretando el internamiento debe comunicarse al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado del correspondiente país (art. 62.3). El art. 62.2 prohíbe todo nuevo internamiento basado en cualquiera de los elementos del expediente; esto es igualmente aplicable en caso de expulsiones adoptadas por otro Estado miembro de la UE, de aquí la importante labor del abogado para la obtención de la necesaria información que evite nuevos internamientos⁷⁵.

Los extranjeros sometidos a internamiento administrativo ingresan en los Centros de Internamiento de Extranjeros⁷⁶, creados en 1985⁷⁷; el internamiento de menores es aplicado por los servicios competentes de protección de menores, pero el juez de menores puede decidir su internamiento con sus padres en un CIE si: 1) los padres lo solicitan, 2) no se opone el Fiscal y 3) considera que el Centro puede garantizar la intimidad familiar (art. 62.3).

*El Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*⁷⁸, del Defensor del Pueblo, recoge la siguiente información sobre los CIEs:

(Ver cuadro en página siguiente)

Estos establecimientos públicos no tienen carácter penitenciario y se encuentran integrados en la Dirección general de Policía, bajo el control judicial. El art. 62⁷⁹ y ss. LO 4/2000 (introducidos en parte por LO 14/2003) y los arts 153 y ss. RD 2392/2004 recogen las líneas principales de su regulación, desarrollada por Orden de 22 de febrero de 1999⁸⁰, un texto parcialmente anulado por la STS 11 mayo 2005 debido a las restricciones introducidas, sin respaldo legal, en materia de visitas de familiares y abogados, control de la correspondencia y uso de objetos personales.

Los extranjeros internados en los Centros mantienen todos sus derechos no afectados por la medida jurídica de internamiento y, en particular, los declarados por el art. 62 bis: derecho a ser informados de su situación, derecho a la vida, integridad física y salud y a la dignidad e intimidad, sin que puedan verse sometidos a tratos degradantes u otra forma de maltrato; derecho a que se les facilite el ejercicio de sus derechos legalmente reconocidos; derecho a recibir una adecuada asistencia médica y de salud y a la

⁷¹ Sin embargo, como la liberación debe ser autorizada judicialmente, sufre en ocasiones retrasos inadmisibles por razones burocráticas. Defensor del Pueblo, *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005, pp. 257 ss.

⁷² Ver también art. 153 RD 2393/2004.

⁷³ Defensor del Pueblo, *ibidem*, p. 241.

⁷⁴ Según el art. 60.2 los extranjeros que se encuentren a la espera de su devolución a sus países de origen quedan sólo privados de su libertad de movimientos y pueden permanecer internados en otros lugares, determinados por el juez de instrucción, en la medida que no tengan carácter penitenciario y que dispongan de servicios sociales, jurídicos, culturales y asistenciales. Ver también, en este sentido, Defensor del Pueblo, *Informe sobre asistencia jurídica*, cit., p. 217.

⁷⁵ Adam Muñoz, M. D., "El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión", *La Ley*, 23 diciembre 1991. Ver también, para un rápido repaso histórico del internamiento preventivo de extranjeros en España, Defensor del Pueblo, *Informe sobre asistencia jurídica*, cit., pp. 221 ss.

⁷⁶ Defensor del Pueblo, *ibidem*, pp. 228 ss.

⁷⁷ Reformado por LO 11/2003.

⁸⁰ Ver, además, STC 115/1987, de 7 de julio.

Centro	Año	Capacidad	N.º Total de internamientos	Estancia media	Ocupación media
Algeciras	2003	192	580	31	56%
	2004	192	1.657	29	58%
Barcelona	2002	80	1.297	20	89%
	2003	111	2.103	17	75%
	2004	111	1.516	19	74%
Fuerteventura (*)	2003	1.070	5.942	28	45%
	2004	1.070	7.644	31	44%
Gran Canaria	2002	84	1.703	13	75%
	2003	168	896	29	52%
	2004	168	1.264	28	56%
Lanzarote (*)	2003	200	1.069	26	32%
	2004	200	616	25	29%
Madrid	2002	80	1.339	16	75%
	2003	75	3.253	25	84%
	2004	75	3.378	27	85%
Málaga	2002	90	1.530	17	87%
	2003	110	2.232	18	95%
	2004	110	2.469	127	92%
Murcia	2002	50	718	17	75%
	2003	60	1.683	12	68%
	2004	60	2.981	14	71%
Tenerife	2003	238	38	21	12%
	2004	238	511	24	37%
Valencia	2002	50	708	22	88%
	2003	60	1.799	14	79%
	2004	60	2.454	13	76%

(*) "Centros de Detención"

asistencia por parte de los servicios sociales del Centro, a que se comunique su internamiento a las personas que determinen (incluido su abogado y las autoridades consulares); derecho a la asistencia por un abogado (en su caso, de oficio) y a comunicarse con éste y con su familia, con las autoridades consulares y otras personas (este derecho sólo puede ser restringido por resolución judicial); derecho a la asistencia de intérprete y a tener en su compañía a los hijos menores de edad. También deben respetar ciertos deberes y obligaciones recogidos por el art. 62 ter y han de ser informados acerca de sus derechos y deberes y de las reglas generales del Centro en un idioma que entiendan (art. 62 quáter). Salvo en supuestos de urgencia, el Director del Centro es el único competente para adoptar la decisión de aplicar medios físicos de contención en caso necesario; esta decisión debe comunicarse inmediatamente al juez que autorizó el internamiento del extranjero, que puede poner fin a la ejecución de la medida preventiva de separación del eventual agresor (art. 62 quinquies).

El capítulo V de la Orden de 1999 regula el régimen interior de los Centros y el estatuto jurídico de los extranjeros internados en los mismos (art. 27). Siempre que sea posible, los internos serán alojados, si lo desean, con otros extranjeros de la misma nacionalidad o lengua o costumbres similares (art. 25). Se garantizan dos horas de patio y ocho horas de descanso nocturno (art. 29) y pueden recibir visitas y hacer llamadas telefónicas (art. 30). El Director del Centro debe garantizar la libertad religiosa de los detenidos y facilitar sus prácticas en un marco idéntico al establecido en la materia por el RP (art. 32). También se reconoce el derecho de petición y de queja ante el Director y el Defensor del Pueblo, así como el derecho de recurso ante el juez de instrucción (art. 33).

La medida de internamiento tiene como fin asegurar la presencia del extranjero en el procedimiento administrativo y la ejecución de la orden de expulsión; por consiguiente, nunca debería durar más tiempo del necesario. En este sentido, el art. 4.3 ordena que, tan pronto se compruebe la imposibilidad de ejecutar la orden de expulsión en el plazo de 40 días, debe comunicarse esta circunstancia al juez de instrucción para que ponga fin a la medida⁸¹.

Las críticas generadas por estas instituciones⁸², en continuo crecimiento, son múltiples y muy importantes, dada la superpoblación, las instalaciones inadecuadas (en las que predomina el modelo arquitectónico carcelario)⁸³, las duras condiciones de la vida en el interior, la situación de indefensión de los detenidos extranjeros, el secretismo y la ausencia de transparencia, la falta de intérpretes y la carencia de servicios médicos regulares suficientes. El Defensor del Pueblo ha denunciado repetidamente las inaceptables condiciones detectadas en estos Centros⁸⁴.

II. ESPAÑOLES PRIVADOS DE LIBERTAD EN EL EXTRANJERO.

En junio de 2005 el número de españoles detenidos en el extranjero se elevaba a 1.485 (1.072 por delitos relativos a las drogas, la mayor parte de tráfico, pero también algunos por consumo)⁸⁵. En los últimos años, los países más importantes desde el

⁸¹ Con todo, art. 39.

⁸² http://www.nodo50.org/detensajuridica/article.php3?id_article=13

⁸³ Defensor del Pueblo, *Informe sobre asistencia jurídica*, cit., p. 227.

⁸⁴ Ver, por ejemplo, *Informe Anual 2004*, cit., pp. 441 ss.

⁸⁵ <http://www.pnsd.msc.es/prensa/2005/nota45.htm>

prisma de la detención de españoles han sido, en primer lugar, Francia (más de 200 en 2003) y, a continuación, Estados Unidos de América (142), Portugal (139), Alemania (124), Italia (75) y Reino Unido (74). Los países no europeos más importantes fueron (junto a los USA), Venezuela (103 en 2003), Marruecos (96 en 2003), Ecuador (80), Perú (79), Colombia (40)...⁸⁶

La asistencia a los españoles presos fuera es competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores. Con arreglo a las normas e instrucciones aplicables⁸⁷, el sistema de asistencia y protección cae bajo la responsabilidad de los representantes diplomáticos y consulares en el correspondiente país. Meta principal es asegurar a los ciudadanos españoles un adecuado tratamiento y respeto de sus derechos por parte de las autoridades penitenciarias extranjeras, en especial en aquellos países donde por sus propias condiciones objetivas el riesgo de violación es más intenso. Con este propósito, tan pronto como se conoce la detención, los Consulados deben entrar en contacto con las autoridades con objeto de obtener toda la información relevante y para asegurarse de que la situación no se prolongará sin razones suficientes y de que el trato dispensado al detenido español será al menos similar al mejor otorgado a los nacionales del correspondiente país.

Las diferentes modalidades de intervención comprenden⁸⁸:

1. Visitas, conforme a la situación particular y siempre que el ciudadano las solicite motivadamente. En general, está prevista una visita bimensual si el Centro penitenciario se encuentra cercano al Consulado o Embajada o, al menos, dos anuales; en los casos más difíciles ha de mantenerse como mínimo una comunicación por correo mensual.
2. Comunicación del hecho de la detención (y eventualmente de la condena a prisión) a la familia y amigos, si lo autoriza el detenido, y prestar toda clase de ayuda para facilitar la comunicación entre ellos y con las autoridades locales, con objeto de obtener la mayor información posible sobre el caso y los procedimientos en curso.
3. Asesoramiento en la elección de abogado y/o para obtener uno de oficio, o ayuda para el pago de los honorarios, si esto no es posible o la previsible condena será grave.
4. Otras ayudas: de carácter educativo y para la compra de alimentos, vestido y medicinas, en caso necesario; los presos que lo precisen pueden recibir hasta 100 euros mensuales de ayuda para subvenir a sus necesidades más básicas.

Por otra parte, tanto a través del Convenio n.º 112 del Consejo de Europa o por medio de los acuerdos bilaterales firmados por España con el mismo fin, los ciudadanos españoles condenados en más de 70 países cuentan con la posibilidad de ser trasladados a España para cumplir sus condenas. En estos casos, si el preso pide ser trasladado, los representantes consulares y diplomáticos le asisten en el procedimiento burocrático, frecuentemente demasiado largo (entre año y año y

⁸⁶ <http://www.espamundo.org/informesvestadisticas/estadisticas%202003.htm>

⁸⁷ <http://www.espamundo.org/Consulares/Indicecirculares.htm>

⁸⁸ <http://www.mae.es/es/MenuPpal/Consulares/Servicios+Consulares/Espanoles+en+el+extranjero/Asistencia+a+detenidos/>

medio) debido a la complicada documentación (a traducir en cada caso) y a las dificultades de la negociación y fijación de la fecha exacta del traslado.

Según el *Defensor del Pueblo*⁸⁹, las quejas más frecuentes de los presos españoles en el extranjero son las relativas a los retrasos en el procedimiento, las malas condiciones de las prisiones extranjeras y las irregularidades procesales; el caso especial de los transportistas por carretera detenidos por transporte ilícito introducido en los bultos cerrados sin su conocimiento, merece igualmente una atención particular.

Junto a la frecuente falta de cooperación por parte de las autoridades locales, en la práctica se pone igualmente de manifiesto que los presos no son con frecuencia informados por sus abogados sobre las posibilidades de ayuda. Al mismo tiempo, el margen de discreción en la intervención de consulados y embajadas es muy amplio y esto lleva a apreciables diferencias en la actuación no sólo en general, sino hasta respecto de los presos internados en un mismo país. Ciertamente una regulación más estricta de la ayuda a los detenidos en el extranjero permitiría organizar mejor este sistema; con tal objeto, en 1999 el Grupo Socialista del Senado presentó una interesante y completa *Proposición de Ley para la asistencia y amparo de los españoles privados de libertad en el extranjero*⁹⁰, que lamentablemente no fue tomada en consideración⁹¹.

En el año 2000, nuevamente en el Senado, en el seno de la Comisión Constitucional, se formó una *Ponencia de estudio sobre la situación de los españoles internados en prisiones de países extranjeros*. La *Ponencia* presentó sus propuestas y recomendaciones en 2002⁹²; merecen destacarse en particular:

- la elaboración de un folleto informativo con las penas por tráfico de drogas en los diferentes países (a distribuir a través de las agencias de viaje);
- la promoción de una acción multilateral comunitaria para objetivar la responsabilidad de los transportistas por carretera en casos de tráfico ilícito;
- el refuerzo de las medidas asistenciales, en particular de asistencia jurídica en aquellos casos que pueden resultar en pena capital; y la toma en consideración de la posibilidad del pago total o parcial de las multas en determinadas circunstancias;
- el impulso de la acción de los consulados con el fin de llegar a acuerdos con las autoridades locales que permitan la agrupación de los españoles presos en establecimientos cercanos a la sede consular;
- la suscripción de acuerdos específicos con las ONG locales para el apoyo de la acción paliativa y asistencial, así como dotar a los consulados de personal cooperante especializado en trabajo social;
- la mejora de los mecanismos de traslado de presos y de la legislación penitenciaria con objeto de regular de manera más adecuada la llegada a España y el ingreso en prisión de los ciudadanos españoles condenados en el extranjero.

⁸⁹ http://www.espamundo.org/informesyestadisticas/informe_del_defensor_del_pueblo%202005.htm

⁹⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VI Legislatura*, Serie III A: 15 (a), 26 febrero 1999.

⁹¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VI Legislatura*, Serie III A: 15 (c), 9 diciembre 1999.

⁹² *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura*, Serie I, 514, 16 octubre 2002.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES.

- El incremento incesante de la población penitenciaria se viene acompañando por una cada vez mayor participación de los internos extranjeros, probablemente debido al efecto del mayor control formal sobre los mismos y la más frecuente aplicación en estos casos de la prisión provisional. Las características de la población extranjera penitenciaria y de los hechos que les imputa justificaría, no obstante, no cejar en el empeño dirigido a la búsqueda y aplicación de alternativas a la prisión provisional aplicables en estos casos.

- Aun cuando las disposiciones específicas recogidas por la legislación penitenciaria respecto de los extranjeros se encuentran plenamente justificadas, la realidad penitenciaria pone de manifiesto la discriminación institucional en que viven los internos extranjeros, derivada de la insuficiencia de aquella normativa y de las propias circunstancias personales y sociales de estos internos, que dificulta su participación en la vida penitenciaria, el disfrute de comunicaciones, visitas y permisos de salida y, muy en especial, el acceso al tercer grado y a la libertad condicional.

- Objetivo inicial de toda política penitenciaria sobre extranjeros debería ser, por ello, vencer la incomunicación que, aislando al individuo, tantas veces acaba resultando en indefensión y hasta en desestructuración. En este sentido, de manera simultánea a la imprescindible mejora de la formación de los funcionarios y al fomento y facilitación del aprendizaje del español, debería reforzarse la colaboración profesional de intérpretes en prisión dirigida a cubrir las necesidades de comunicación e información, en el seno de la prisión (muy en particular en los procedimientos disciplinarios), así como en relación con su defensa procesal, frecuentemente muy insuficiente. También convendría prever un sistema de abaratamiento de las llamadas telefónicas a sus familias, al menos en los supuestos, tan habituales, de escasez de recursos, así como estudiar la posibilidad de internamiento, en su caso, de los reclusos extranjeros en establecimientos cercanos a las respectivas fronteras si ello puede facilitar las visitas y comunicaciones de esos internos con sus allegados.

- Ciertamente el hecho de completar la documentación del interno extranjero resulta del mayor interés. Ahora bien, convendría poner fin a la práctica detectada de identificación automática de la falta de documentación con la falta de arraigo y el riesgo de evasión, variables que en el marco penitenciario deberían valorarse a partir de la toda la información existente. En este sentido, habrían de cobrar mucha mayor trascendencia otras variables como el conocimiento del idioma, las posibilidades de seguimiento de algún programa en el exterior, la realidad de los lazos sociales entablados en su caso en España... De otra parte, merecen considerarse con detenimiento propuestas como la retención de la documentación o el seguimiento telemático cuya aplicación pueda permitir una mayor amplitud en el disfrute de permisos de salida y en el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

- Con todo -y sin perjuicio de otros tipos de intervenciones como la coordinación con consulados y embajadas, el establecimiento de puntos de contacto con las familias etc.-, es de la intensificación de la colaboración con el universo penitenciario de

las entidades y asociaciones de ayuda y apoyo a los internos extranjeros de donde cabe esperar los mayores efectos tanto para la superación de la incomunicación y la defensa de los derechos de estos internos, como en la búsqueda de una actividad (eventualmente laboral) en el exterior y, en general, para favorecer el establecimiento de vínculos sociales que permitan superar esa falta de arraigo que frecuentemente cierra el acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional. El refuerzo y apoyo de la actividad de estas entidades ha de considerarse fundamental, también para el establecimiento de programas dirigidos a la preparación para el regreso y reinserción en los propios países de origen, dado el papel cada vez más relevante que alcanza la expulsión.

- En efecto, la combinación de las disposiciones penales y de extranjería determina un amplísimo espectro para la expulsión (tan criticada desde perspectivas múltiples) de los extranjeros privados de libertad: en la fase instructora, como sustitutivo (total o parcial) de la pena y hasta tras el cumplimiento de la misma. Entre los múltiples problemas generados por la expulsión destaca la situación en que se encuentran los ciudadanos extranjeros afectados por decisiones de expulsión no ejecutables, los cuales permanecerán presumiblemente en España durante un largo tiempo. Frente a la insuficiencia del mero aumento de las (sin embargo, imprescindibles) ayudas sociales destinadas a este colectivo, el estudio de la apertura de alguna posibilidad de acceso (cuanto menos temporal) a determinadas actividades laborales propuesto por el Defensor del Pueblo merecería una atención especial.

- Los Centros de internamiento de extranjeros, creados en 1985 (y los Centros de Detención) suscitan muchas y muy importantes críticas debido al hacinamiento, las instalaciones inadecuadas, las difíciles condiciones de vida en el interior, el secretismo y la falta de transparencia, la carencia de intérpretes y las insuficiencias de determinados servicios (como el servicio médico). A pesar de las reformas introducidas recientemente, es absolutamente necesario mejorar las condiciones de las instalaciones (todavía demasiado parecidas a las prisiones) y servicios, así como garantizar una mejor asistencia jurídica de los detenidos, admitiendo sin restricciones las visitas del abogado (acompañado de intérprete si el establecimiento no cuenta con un profesional) en dependencias adecuadas. También es de recomendar la regulación legal de la audiencia del extranjero por el juez, con pleno respeto de los principios de contradicción y defensa y la introducción de garantías que eviten retrasos en la resolución de los recursos por razones burocráticas, y con el fin de asegurar el cumplimiento del art. 62.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su reinserción social: éste prohíbe todo internamiento ulterior basado en cualquiera de los elementos del expediente que haya dado lugar a un primer internamiento hasta por 40 días; una disposición que ha de respetarse incluso en aquellos casos en que el expediente de expulsión haya sido tramitado en otro Estado miembro de la Unión Europea.

- En cuanto a los presos españoles en el extranjero, la mayoría se encuentran en Europa y en los EE.UU., pero las cifras de los internados en Marruecos y en algunos países de Iberoamérica son también altas. Los programas de ayuda existentes tratan de asegurar la comunicación con los internos y cubrir sus necesidades fundamentales, particularmente en supuestos de escasos recursos económicos y en aquellos países con condiciones penitenciarias deficientes. Ahora bien, la regula-

ción vigente deja un importante ámbito de discrecionalidad en manos de los representantes consulares y diplomáticos. Sería conveniente la aprobación de una más completa regulación y de mayor rango normativo, y simultáneamente el refuerzo de los medios personales (trabajadores sociales) de los consulados con mayor número de internos a su cargo, o que han de ocuparse de presos recluidos en establecimientos geográficamente alejados. También es de recomendar la firma de acuerdos con el fin de agrupar a los presos españoles en establecimientos cercanos a la sede consular y con ONGs locales, así como la mejora de los mecanismos de traslado de presos.

Borja Mapelli Caffarena
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva

1. INTRODUCCIÓN.

A pesar de sus fundamentos en inconfesables razones de carencia de honor de quienes han sido condenados a penas de prisión, a pesar de que su imposición se rigen por modelos de automatismo y determinismo contrarios a los principios que inspiran el sistema de sanciones, a pesar de que erigen graves barreras a los procesos de reinserción social, a pesar de que son penas, en ocasiones, más graves que las penas principales y a pesar de que, en definitiva, nos encontramos ante penas difamantes constitucionalmente prohibidas; a pesar de todas estas circunstancias, observamos, con preocupación, que las penas accesorias continúan con un proceso de consolidación expansiva imparable.

Sin embargo, la respuesta de la ciencia penal y de la jurisprudencia a este fenómeno se caracteriza por una parálisis acrítica inexplicable. A penas hemos encontrado en el panorama nacional trabajos en los que se aborde críticamente la accesoriedad punitiva y se proponga, sencillamente, su desaparición de *lege ferenda*.

Nuestra intención, pues, con esta modesta publicación en merecido homenaje a Francisco Bueno Arús, es animar a una revisión crítica sobre la conveniencia de mantener sistemas de determinación punitiva preveccarianos, ajenos a los fines de resocialización. Los condenados a pena de prisión no pueden ser tratados de forma difamante añadiendo a aquella nuevos castigos automáticos y ajenos a la gravedad del injusto. O si se quiere, permítaseme que lo exprese con unas reflexiones aún más certeras que las precedentes escritas por Bueno Arús en el año 1965, unos tiempos en los que dichas ideas no solo eran auténticamente precursoras sino que reflejaban una profunda convicción democrática, garantista y humanitaria en quien de esa manera se expresaba: “El sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta para

él en la aplicación efectiva de una pena; ni pierde, en consecuencia, la titularidad de los derechos que las Constituciones o las Leyes fundamentales reconocen y proclaman, salvo en cuanto sea precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta”¹

2. EL ORIGEN Y LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCESORIEDAD DE PENAS.

I. Con anterioridad a los textos codificados encontramos ya algunas penas acompañadas de otras que vienen a agravar la intensidad del castigo. El Código de 1822, al igual que las Partidas (L.2. Tit. 18. P IV), consideraba muertos civilmente a quienes eran condenados a las penas de trabajos perpetuos, deportación o destierro perpetuo del Reino. Estos tenían un plazo para arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes, pasado el cual se entendía como un supuesto de abintestato. No podían adquirir bien alguno ni por sucesión ni por otro título e, incluso, en el supuesto de que el condenado a estas penas estuviere casado, su matrimonio se entendía disuelto, salvo que la esposa lo acompañase a su destierro o deportación (Art. 53).

Por su parte, los Códigos de 1848 y 1870 amplían considerablemente el espectro de las penas accesorias, porque si bien, rebajan la dureza de la muerte civil del texto precedente, sustituyéndola por la interdicción civil, la inhabilitación absoluta y la sujeción a vigilancia de por vida, como contrapartida, asocian a un importante número de penas, otras accesorias. En el Código de 1848, por ejemplo, la pena de muerte no ejecutada, llevaba como accesoria la inhabilitación absoluta y el sometimiento a vigilancia de por vida (Art. 51). Las penas de argolla y degradación civil se acompañaban de la inhabilitación absoluta perpetua y la sujeción a vigilancia de la autoridad de por vida. La cadena temporal llevaba consigo la interdicción civil durante el tiempo de la condena, la inhabilitación absoluta y la vigilancia de autoridad durante el mismo tiempo (Art. 55) y así sucesivamente hasta completar la práctica totalidad del catálogo de penas.

El panorama no era distinto en el derecho comparado de la época. A los condenados se les privaba en concepto de penas accesorias de títulos, honores, profesión militar, derechos civiles y otras pérdidas, tan inexplicables hoy, como el derecho a la matrícula, si se trataba de un estudiante (Art. 23 del Código austriaco). El análisis comparativo nos permite ilustrar el absoluto desorden que imperaba en torno al uso de las penas accesorias y la escasa seguridad jurídica que acompañaba su aplicación, en unos momentos -sobre todo a partir del Código de 1870- en el que comenzaba a preocupar que los condenados disfrutaran de los derechos de las personas reconocidos por las leyes, no afectados por la condena.

El Código español de 1928, con el que se inaugura el siglo, muy influido por el positivismo, ofrece un panorama distinto a sus predecesores en este tema. El legislador renuncia a la denominación de penas accesorias, para pasar a considerarlas efectos de otras penas, siguiendo el modelo inaugurado por el Código italiano de 1889 de Zanardelli. Su empleo sigue extendiéndose a todas las penas privativas de libertad, incluso, a las penas leves. Únicamente, en caso de que la pena principal fuera el arresto domiciliario, el juez podía acordar que el condenado continúe con sus ocupaciones

¹ Bueno Arús, *Los principios políticos de un sistema penitenciario*. En Revista Penal Penitenciaria (Santa Fé), núms. 3-4. 1965. También en *Estudios penales y penitenciarios*. Madrid 1981. Pág. 126.

siempre que no sean incompatibles con la ejecución de la pena principal. El cambio en la denominación acentúa aún más el carácter automático de las penas accesorias, si bajo la vigencia del resto de los códigos por expresa referencia del legislador el órgano judicial se veía obligado a condenar en la sentencia a las penas accesorias, aun cuando lo hiciera a su principal, el Código de 1928 al convertirlas en meros efectos de estas permite prescindir de esa garantía procesal.

La consideración de las penas accesorias como simples efectos de otras penas no se mantendría en los textos posteriores, probablemente porque en ello se vio una fuente de inseguridad jurídica y de endurecimiento del conjunto del sistema penal. De manera que el Código republicano de 1933 recupera el *nomen iuris* de penas accesorias a la vez que crea una sección específica para ellas, modelo que se va a mantener hasta nuestros días. Con la incorporación dentro de esta sección del comiso, que tiene más relación con las exigencias penológicas de algunos delitos patrimoniales, que con la idea de la accesoriedad de penas principales, se inicia también en el Código de 1933 una técnica legiferante que consiste en utilizar el epígrafe de penas accesorias a modo de cajón de sastre en el que se irán incluyendo aquellas reformas del sistema de penas que no encaja en los apartados ya conocidos.

Al desaparecer las penas a perpetuidad, desaparecen consiguientemente las accesorias perpetuas. Aunque las accesorias siguen acompañando a la práctica totalidad de las penas menos a las leves, su número se ha visto considerablemente reducido. Pocas novedades que destacar en el Código de 1944 salvo que con la recuperación de la pena de muerte, se recupera la accesoriedad de interdicción civil e inhabilitación para cuando aquella no se ejecutase.

En un contexto de evolución reduccionista de lo que, a nuestro juicio, no es sino una particular regla de determinación de las penas, nos sorprende el empuje expansivo que han recibido con el Código de 1995 y que se ha consolidado con la reforma de 2003. Todavía resulta más llamativo este respaldo si se considera que ya algunos países, tan cerca del nuestro como Portugal, establecen como principio general que ninguna pena puede tener como efecto necesario la pérdida de derechos civiles, profesionales o políticos (Art. 65).

II. Llama la atención el escaso interés que nuestra ciencia penal moderna y nuestra jurisprudencia presta a las penas accesorias. Apenas encontramos trabajos monográficos y los tratados se limitan, por lo general, a un análisis positivo de las mismas. Falta una reflexión crítica sobre la conveniencia de que sigan existiendo y, lo que es aún más sorprendente, tras las últimas reformas, que se siga ampliando en su número y efectos. La supervivencia histórica y la generalizada aceptación de la mismas en el derecho comparado, parece que fueran razones suficientes para su mantenimiento. Pero no es más alentadora la actitud de la jurisprudencia que, presa de la norma positiva, se muestra escasamente interesada en interpretar este expediente a la luz de los principios y garantías del sistema penal. El condenado tiene que soportar la desagradable sorpresa de una sentencia en la que se le informa que también ha sido condenado a las “accesorias correspondientes” sin mayor esfuerzo por concretar cuales pueden ser éstas.

En una revisión crítica de la accesoriedad punitiva es conveniente analizar que razones históricas han movido al legislador a incluir este modelo de imposición de

penas. A pesar de la impresión desordenada que ofrecen y de su aparente injustificación ya los comentaristas de los primeros códigos coinciden en los mismos argumentos justificativos. Para Gómez de la Serna/Montalbán la razón de su existencia está en el interés público, más concretamente, en el decoro de los cargos públicos y en el peligro de confiar el ejercicio de los derechos políticos a personas que han sido objeto de sentencias “terribles”². En el mismo sentido, señala Groizard en relación al Código de 1870 y a la pena de presidio mayor, que es bastante grave como para que quien la sufra no decaiga para siempre “del público concepto”³.

Por más que pueda sorprender por tratarse de un argumento radicalmente opuesto al sentido que el legislador pretende dar al condenado como sujeto de plenos derechos, nuestro TS sigue recreándose con argumentos muy similares, como sucede en la STS 03/02/03 que justifica que las inhabilitaciones para cargo público acompañen a la prisión porque es “incompatible con las exigencias de todo orden -incluso de honorabilidad- que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de su relación directa con el delito cometido”.

A estas razones se añadían otras de tintes pragmáticos para justificar porque las penas privativas de libertad a perpetuidad o las que expulsaban de nuestro país de forma definitiva a los condenados, se acompañaban de la interdicción -pena que imposibilitaba ejercer los derechos civiles-. Así, Pacheco⁴, consideraba que mantener al condenado en el ejercicio de esos derechos no sólo carecía de utilidad, sino que representaba una carga gratuita para sus familiares. ¿Cómo va a ejercer la patria potestad o a gestionar su patrimonio, se preguntaba este autor, quien nunca más saldrá de la cárcel o volverá a su país?

En uno y otro caso los argumentos nos reconducen por igual a la idea de la expulsión a través de la pena. Como señaló Garofalo cuando un hombre ha incurrido en la violación de las reglas de conducta esenciales, para la clase, orden o asociación a la que pertenece, la reacción se manifiesta por medio de su expulsión, expulsión social y no física de quien a través de la infracción ha manifestado una adaptación deficiente o incompleta⁵. Rocco, por su parte, destaca en el comentario al Código italiano que las penas accesorias son complementarias, ayudan a las principales a conseguir los fines previstos. La prisión expulsa a la persona en su dimensión física, las penas accesorias lo hacen en su dimensión civil. Si hasta el siglo XIX, las leyes no contemplaban otra forma de expulsión que la muerte, las reclusiones a perpetuidad o el destierro, con la Ilustración, surgirían nuevos modelos adecuados a un entorno social y cultural más permisivo, como la interdicción o muerte civil, que, ya en nuestros días, serían nuevamente sustituidos por la inhabilitación absoluta o especial o la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Pero los basamentos ideológicos apenas han variado. Las penas accesorias no se fundamentan en la comisión de ciertos delitos, sino en algo mucho más insoportable desde la óptica del Estado de Derecho: la condición de penado. Las penas accesorias tienen mucho más que ver con el Derecho penal de autor que con la responsabilidad por el hecho delictivo.

² Gómez de la Serna/Montalbán. Elementos del Derecho civil y penal de España. T. III. Madrid. 1877. Pág. 111.

³ Groizard y Gómez de la Serna. El Código penal de 1870. Concordado y comentado. T. II. Burgos. 1872. Pág. 301.

⁴ Pacheco. El Código penal concordado y comentado. T. I. Madrid. 1848. Pág. 385.

⁵ Garofalo. La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Madrid. 1890. Pág. 308.

Semejante conclusión no iba a pasar desapercibida para un tratadista de la talla de Groizard, a quien corresponde la siguiente reflexión sobre la justificación de las penas accesorias:

“Figura, en primer lugar, por no decir exclusivamente, la idea de castigo, y parece que a los penados se les trata con dureza por creer que lejos de corregirse y enmendarse y proceder con rectitud y prudencia, habrán de separarse cada vez más del buen camino que abandonaron; idea que si tiene algo de exacta por la mala atmósfera que se respira en nuestros presidios, no lo es en todo, y, que en último lugar no es fundamento sólido para tomar como base indestructible de justicia”⁶.

Más recientemente se ha defendido en la doctrina el fundamento preventivo especial, no en un sentido reeducador, sino próximo a las ideas de la prevención especial natural. El objetivo alejamiento del sujeto de ciertas funciones o de ciertas personas o situaciones es una garantía de que no recaerá en el delito. Una reactivación de la prevención especial inocuizadora. Independientemente del juicio que merezca concebir las estrategias preventivas especiales como fuente de limitación de los derechos civiles de las personas y no como dinamización de los mismos, parece evidente que la regulación actual de la accesoriedad punitiva va mucho más allá de esos planteamientos. No sólo porque se impone automáticamente sin que vaya precedido de un informe que cohoneste su imposición con esas metas preventivas, sino porque su imposición se hace depender aleatoriamente de unas penas, consideradas principales, y no de esas situaciones de riesgos.

3. VALORACIÓN DE LA ACCESORIEDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL SISTEMA DE PENAS.

I. Por más que el legislador se refiera a penas accesorias, como unidades punitivas distintas, en realidad bajo este epígrafe nos encontramos con unas reglas especiales de determinación de las penas, complementarias y subsidiarias de las reglas generales, en los términos que veremos más adelante. En este sentido, nos parece más acertado hablar de la *accesoriedad punitiva* como un grupo de reglas específicas de determinación de las penas. Las llamadas penas accesorias coinciden siempre en sus contenidos con algunas de las penas recogidas en el catálogo general (Art. 33 CP) y las únicas diferencias que presentan son las reglas que se emplean para su determinación temporal. No obstante, la accesoriedad punitiva analizada desde las exigencias de los principios que informan y garantizan la aplicación de las penas presenta graves objeciones, que harían recomendable *lege ferenda* su desaparición, permitiendo tan sólo que se apliquen en relación con delitos concretos en el marco de la regulación de penas coprincipales. De esta forma se mantendrían sometidas a las garantías de las reglas generales de determinación. Veamos, cuales son estos aspectos críticos.

II. Como ya sabemos el Código penal parte del principio de responsabilidad por el hecho. El delito, único fundamento posible de la pena, es, antes que nada, una acción u omisión (Art. 10 CP) y la culpabilidad, como principio que limita el *ius puniendi*, garantiza que nadie puede hacerse responsable ni por su forma de

⁶ Groizard y Gómez de la Serna. El Código penal de 1870. Concordado y comentado. T. II. Burgos. 1872. Pág. 242.

conducirse en la vida, ni por sus convicciones, ni por su raza, ni por su religión, ni tampoco por su condición jurídica. Únicamente, el hecho doloso o culposo permite aplicar una pena. Esta vinculación de la pena al injusto, como consecuencia del principio de culpabilidad, esta ausente en las penas accesorias, las cuales se aplican de forma automática cuando la persona es condenada a otras penas distintas, de las que dependen las accesorias.

Como apunta Mir⁷, la culpabilidad, como garantía de la persona frente a la potestad sancionadora del Estado, deriva del reconocimiento constitucional de la dignidad humana. En un Estado de Derecho la persona debe ser tratada dignamente, es decir, no puede ser limitada en sus derechos fundamentales, sino es por la singular realización de un hecho tipificado y antijurídico que lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido. La consideración de que el condenado a una pena de determinada gravedad, pierde, exclusivamente, por su condición jurídica el derecho a los honores, a los cargos y empleos públicos y a ejercer el derecho de sufragio pasivo que haya obtenido, sin necesidad de que estos tengan vinculación con el delito, ni siquiera que el ejercicio de los mismos pueda resultar incompatible con la ejecución de la pena principal, constituye, a nuestro juicio, un intolerable atentado a la dignidad de los condenados, residuos de viejas concepciones lombrosianas.

III. De la misma manera entendemos que las penas accesorias son un obstáculo injustificado para los fines resocializadores (Art. 25.2 CE). Por una parte, favorecen la autoexclusión del condenado. Las razones que inspiraron estas penas en sus orígenes están aún vigentes. Detrás de ellas permanece como idea central que quien es condenado no ofrece ni garantías, ni confianza a la sociedad para ejercer la función pública y, por esta razón, se le excluye de esa posibilidad. Se trata de transmitir un mensaje eminentemente simbólico, ya que, considerando el perfil social y profesional de la población penitenciaria, son muy pocos a los que les puede afectar la imposición de una pena como la inhabilitación absoluta en otro plano, que no sea el meramente simbólico. Los tratadistas clásicos se encargaron de destacar que el efecto que se pretende con la pena accesoria es reforzar la idea de la exclusión social del infractor. Cuando estaba vigente la pena accesoria de degradación, el juez se dirigía al condenado en el momento de su ejecución y le arrancaba las insignias a la par que pronunciaba estas palabras: “la ley le degrada, por haberse el degradado a si mismo” (Art. 114 CPO 1948).

Pero, también, con las penas accesorias se levantan barreras que hacen aún más difícil el proceso de reinserción social. El condenado no puede acceder a ningún cargo o empleo público hasta tanto no haya terminado de cumplir la condena. Esto significa que durante el período que está disfrutando de la libertad condicional tampoco puede acceder a esos puestos de trabajo. Además, en un Estado de Derecho lo razonable es que quien no merece confianza para el ejercicio de un empleo o cargo público, tampoco la debe merecer para uno privado. Si la Administración discrimina mediante las penas accesorias, ¿dónde va a encontrar legitimación para impedir que aplique el mismo criterio discriminatorio el sector privado? ¿Cómo compaginar las penas accesorias con la prohibición constitucional de la discriminación (Art. 14 CE) o, más con-

⁷ Mir Puig. Derecho penal. Parte general. Barcelona. 2004. Pág. 132.

cretamente, con lo dispuesto en el Art. 73.2 LOGP en el que se afirma con rotundidad que los “antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social y jurídica”? Son, pues, los antecedentes de la pena principal los que abren la posibilidad de discriminar en el ejercicio del empleo o el cargo público a los condenados.

IV. Tratando de buscar para la imposición de las penas accesorias una razón más ajustada a nuestro tiempo que las que se invocaron en el siglo XIX, se podría concluir que su existencia hoy estaría justificada por una presunta peligrosidad del condenado que no le hace merecedor de confianza para el ejercicio de la función pública. Pero semejante conclusión, encuentra también graves obstáculos para coherencia con los principios del Derecho penal. En primer lugar, la peligrosidad por si misma no es fundamento de las penas, sino de las medidas de seguridad. Pero aún más grave resulta explicar en que momento exige el legislador como presupuesto de su imposición verificar que el condenado presenta unos perfiles de peligrosidad insoportables para el ejercicio de la función para la que se le inhabilita.

V. Por otra parte, el automatismo hace a estas penas incompatibles con los principios generales del sistema penal. A pesar de que su gravedad en ocasiones, es muy superior a la de las llamadas penas principales, lo cierto es que respecto de ellas la discrecionalidad judicial se encuentra totalmente excluida, porque, como tendremos ocasión de ver más adelante, el órgano judicial no solo viene obligado a imponerlas, sino que la dimensión temporal de las mismas resulta predeterminada por la pena principal con independencia del delito cometido o de las circunstancias que concurren en el mismo. Ni criterios preventivos, ni de humanización del castigo pueden ser tenidos en cuenta por los tribunales en el proceso de imposición y concreción de estas penas.

Téngase en cuenta que por su naturaleza las penas accesorias guardan una relación mucho más estrecha con el delito que el resto de las penas. Es decir, los contenidos de las penas de prisión o multa tan solo varían en su dimensión temporal y en función del desvalor del injusto y de la culpabilidad; pero no debe ser lo mismo en una pena que gira en torno a una serie de limitaciones civiles o profesionales del condenado. En estos casos, parece lógico que el legislador permita cierta discrecionalidad no solo para fijar los contenidos de la inhabilitación, sino también para determinar su gravedad, en función de circunstancias, por ejemplo, como el mayor o menor abuso del ejercicio profesional para cometer el delito.

VI. Estas objeciones enfrentan a la accesoriedad punitiva con los principios que informan el Derecho penal moderno y permite explicar la creación de un nuevo espacio punitivo bajo el dudoso epígrafe de consecuencias accesorias que se alimenta, precisamente, de sanciones procedentes del grupo de penas accesorias, como ha sucedido con el comiso en nuestro país o en Alemania. Las penas accesorias huidas del concepto de pena y trasladadas a este nuevo escenario con escasa elaboración doctrinal y jurisprudencial parecen liberadas de las cargas garantistas sin las cuales resultan inaplicables.

4. DEFINICIÓN Y RELACIÓN DE ACCESORIEDAD.

I. A tenor del Art. 54 CP las penas de inhabilitación son accesorias “cuando no están previstas especialmente para el delito, sino que la ley declara que otras penas las llevan consigo”. De acuerdo con esta definición la accesoriedad viene caracteri-

zada por dos elementos de signo contrario. Uno de carácter negativo, que el delito no tenga prevista específicamente esa pena, otro, de carácter positivo, que la ley la asocie a otra que juega el papel de principal.

Pero a lo largo del Código tenemos ocasión de comprobar que dicha definición no se corresponde con la realidad jurídica de la accesoriidad. En primer lugar, porque bajo esta denominación se recogen otras penas distintas a las inhabilitaciones, como pueden ser la suspensión del empleo o cargo público (Art. 56 CP) o las penas recogidas en el Art. 48 CP (Art. 57 CP). Por otra parte, en la propia Sección 5.^a (Tít. III), bajo esta modalidad de relacionar las penas, se recogen algunos supuestos en los que no se dan esas notas diferenciales. Concretamente, en el Art. 57 CP las penas accesorias allí contempladas no guardan relación con otras principales, sino con una serie de delitos. Por el contrario, las consecuencias accesorias previstas en el Art. 127 CP tienen un carácter más marcadamente accesorio, a pesar de no ser consideradas como tal por la ley, ya que su único presupuesto es una pena por un delito o falta dolosos. Dicho en otros términos todas las penas impuestas por infracciones dolosas llevan como accesorias algunas de las consecuencias recogidas en el mencionado precepto.

A pesar de que la definición empleada por el legislador en el Art. 54 CP no se corresponde con su desarrollo posterior, compartimos con él la idea de que *son penas accesorias aquellas que añaden a las penas principales nuevos efectos punitivos, distintos de sus contenidos naturales*.

II. La disciplina de la accesoriidad se concreta en una serie de directrices que han sido de aplicación obligada hasta nuestros días; sin embargo, la evolución de las llamadas penas accesorias desde el Código de 1995 ha dado lugar a nuevas formas de accesoriidad que no respetan aquellas, de manera que podemos afirmar que hoy nos encontramos con una *accesoriidad limitada*, lo cual no solo plantea numerosas interrogantes no resueltas por el legislador, sino que permite una reflexión crítica sobre el sentido de mantener en la actualidad la accesoriidad punitiva.

En concreto, la selección de los principios rectores de la accesoriidad punitiva, que estudiaremos a continuación, son el resultado expresivo de la voluntad del legislador de excluir cualquier margen de discrecionalidad judicial, tanto en la imposición como en la cuantificación de las penas accesorias.

1.- *Automaticidad*. Las penas accesorias se aplican en estrecha relación con sus correspondientes penas principales sin necesidad de que el legislador las haya previsto para el delito cometido. Las normas que recogen dichas penas son normas extensivas de penalidad. Sin aquéllas, éstas no podrían nunca aplicarse. En este sentido, constituyen una auténtica excepción al principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas del delito, puesto que si la pena justa es aquella con la que aparecen castigados los delitos, la pena accesoria añade un plus punitivo que no depende del injusto sino de otros criterios político penales no justificados.

A pesar de ser penas adheridas a sus correspondientes principales, los tribunales están obligados a imponerlas expresamente en la sentencia, en los mismos términos que si se trata de penas principales.

El automatismo arrastra la pena accesoria junto a la principal en su devenir. No obstante, es compatible con cierta autonomía en relación con algunos expedientes.

Así, por ejemplo, los indultos pueden afectar indistintamente a una u otra pena, pero si se ejerciera el derecho de gracia sin mencionar la pena accesoria se entiende que ésta se verá afectada en la misma medida que la principal, salvo que se trate de la inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos (Art. 6. Ley reguladora del indulto de 18 de junio de 1870).

De la misma manera la automaticidad obliga a aplicar la suspensión de la ejecución de la pena principal a la accesoria. Este efecto extensivo no se producirá, en cambio, cuando la pena accesoria debilita su relación con la principal porque ya no se aplica automáticamente, sino guiada por sus propios criterios y generalmente con sus propias reglas de determinación temporal. Entonces la concesión de cualquiera de las formas suspensivas o sustitutivas que contempla la legislación sólo será de aplicación a la pena principal.

2.- *Coincidencia temporal.* Las accesorias duran, señala el Art. 33.6 CP, lo que duran las penas principales. Por esta razón los tribunales no están obligados a someterlas a las reglas de determinación. Se entiende que la pena accesoria durará lo que dure la principal en su magnitud concreta, es decir, una vez descontada el tiempo de las medidas cautelares que el condenado haya podido sufrir durante la instrucción.

Esta directriz solo es respetada en el Art. 55 CP, pero no en los supuestos recogidos en el Art. 57, en el que las penas accesorias no tiene porque coincidir con sus principales. Para superar esta contradicción se ha modificado la regla general de coincidencia temporal, señalando que la misma no tendrá que respetarse si expresamente así se indica en algún precepto del Código. De esta manera sólo se resuelve el problema formal, pero queda aún por saber a que reglas de determinación deben someterse las penas aparentemente accesorias del Art. 57 CP.

En relación con la coincidencia temporal se plantea la duda sobre cuando se inicia el computo de las penas accesorias en aquellos casos en los que el condenado ha sufrido prisión preventiva. Efectivamente, si nos atenemos a criterios formales la pena accesoria no puede entenderse aplicada hasta que no se produce la sentencia firme. Sin embargo, la pena accesoria sobreviviría siempre a la principal y, por tanto, no sería simultánea si no se le abonara también el tiempo sufrido en prisión preventiva o se le compensara en la misma medida que a la principal por la medida cautelar impuesta durante la instrucción, a pesar de que para la prisión preventiva no está prevista ningún tipo de medida cautelar accesoria análoga a las penas de esta naturaleza.

3.- *Incompatibilidad con penas de idéntica naturaleza (Principio de subsidiariedad de las penas accesorias).* Las penas accesorias son incompatibles con las penas principales que tenga idéntica naturaleza. Si el delito cometido tiene específicamente previsto la imposición de la pena de inhabilitación, en cualquiera de sus modalidades, los tribunales se abstendrán de aplicarlas como pena accesoria. No se trata de un caso de extinción de penas, sino de desplazamiento motivado por razones no fáciles de entender. Aparecen las penas accesorias aquí con un carácter subsidiario, de forma que el Código pretende asegurar que determinados condenados no accedan al ejercicio de ciertos derechos durante el cumplimiento de su condena. Si esto se puede alcanzar mediante penas principales ya previstas para el delito de que se trate, no tiene justificación mantener las accesorias.

La incompatibilidad, en principio dispuesta para la accesoriedad de la inhabilitación absoluta con la prisión superior a los diez años, debería ser también de aplicación para el resto de las accesorias. Esta interpretación extensiva, que nos parece la más acertada, responde a un ejercicio de coherencia. Si para el caso más grave de accesoriedad, que es el que acabamos de referir (Art. 55 CP), se produce este efecto de desplazamiento, con más razón se debe producir para el resto, en los que el legislador se preocupa por preservar la proporcionalidad (“atendiendo a la gravedad del delito”) y se preocupa porque la imposición de la pena accesoria se justifique por el abuso que el autor ha hecho del derecho para el que se va a inhabilitar.

A pesar de todas estas razones la reforma 15/2003 nos ha sorprendido con una disposición expresa en el sentido contrario (“*Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas*” Art. 56. 2 CP).

De acuerdo con el carácter subsidiario de las penas accesorias, en los casos en que corresponda desplazar una de las penas idénticas concurrentes, se entiende que se desplazan las accesorias y no las correspondientes principales, que mantendrán la duración resultante de aplicar las reglas generales. No está previsto por el legislador un desplazamiento parcial de la pena accesoria. Esta solución puede beneficiar al condenado en aquellos supuestos en los que la pena principal desplazante tiene una duración inferior a la que podría tener la pena accesoria desplazada.

4.- *Simultaneidad*. Las penas accesorias no sólo duran lo que dura la principal, sino que se cumplen materialmente durante el mismo espacio de tiempo. La literalidad del Art. 55 CP no permite otra interpretación cuando dispone que la inhabilitación absoluta irá con su pena principal “durante el tiempo de la condena”. Nuevamente, nos encontramos con una regla que ha sido excepcionada con las últimas reformas introducidas en relación con este tema. El Art. 57 CP obliga a prorrogar la vida de la pena accesoria más allá de la pena principal cuando el condenado lo ha sido a prisión.

A pesar de esta simultaneidad, las penas accesorias tienen su propia vida, durante la cual imponen al condenado unas restricciones en función de su naturaleza. De manera que la pena accesoria puede ser quebrantada y dar lugar con ello a nuevas responsabilidades en los mismos términos que la pena principal.

5. LA CLASIFICACIÓN DE LA ACCESORIEDAD PUNITIVA.

Para poder establecer algunas pautas y, en definitiva, alcanzar unos mínimos de perfectibilidad teórica sobre la accesoriedad punitiva, la doctrina penal ha ensayado algunos criterios diferenciadores.

Ya Liszt, que empleaba para este grupo de penas la elocuente denominación genérica de “penas accesorias contra el honor”, distingue en su Tratado entre las *simultáneas* y *subsiguientes*, estas últimas caracterizadas por ser susceptibles de ejecución después de cumplida la pena principal. La secuencialidad es extraña a la relación accesoria, ya que para ella rige comúnmente el principio de la simultaneidad más acorde con su carácter automático. No obstante, nuestro Código acaba de incorporar recientemente penas accesorias cuya vida se prolonga más allá de su correspondiente penal principal (Art. 57 CP).

En nuestro país Saldaña refiriéndose al Código Penal de 1870 distingue entre las penas accesorias *generales y específicas*. Las generales se aplican junto a todas las penas, mientras que las específicas van asociadas a penas determinadas. En el Código de 1870 formaban parte del primer grupo la degradación, la interdicción civil, el comiso y el pago de costas. El Código vigente permite mantener parcialmente esta distinción. Si tomamos en consideración la pena principal se da un supuesto de accesoriedad genérica en el Art. 57, en el que todas las penas pueden eventualmente acompañarse de otras que harían el papel de accesorias en determinados delitos.

Sobre las bases de la distinción de Saldaña y teniendo en cuenta nuestro Código el carácter específico de la accesoriedad puede venir determinado bien por la naturaleza de la pena principal (Arts. 55 y 56 CP) o bien por la del delito cometido (Art. 57 CP).

No todos los supuestos de penas accesorias se regulan mediante normas generales. El Libro II nos ofrece algunos ejemplos de accesoriedad punitiva específica, como es el caso recogido en el Art. 369.2.1 CP que prevee, para cuando concurren ciertas agravantes específicas, acompañar la pena principal de la imposibilidad de obtener subvenciones o incentivos fiscales durante el tiempo que dure la pena privativa de libertad impuesta (En términos similares, vid. Arts. 288, 302.2, 305, 308 CP). En el Art. 545 se aplica la inhabilitación absoluta con algunas de las características de la accesoriedad, como el automatismo, la simultaneidad y, en especial, la coincidencia temporal.

Mayor interés ofrece la distinción entre las penas accesorias *discrecionales y penas accesorias fijas*. Las primeras se imponen preceptivamente, en tanto que las segundas introducen una cierta discrecionalidad judicial. Es fijo el supuesto del Art. 55 CP, mientras que es discrecional el del Art. 57 CP. A pesar de su nueva redacción el Art. 56 CP se debe incluir a nuestro juicio dentro de este segundo grupo. Esta distinción tiene importantes consecuencias procesales, ya que la omisión en el fallo condenatorio de las accesorias fijas resulta irrelevante, pero no lo es en cambio, cuando se trata de penas accesorias en las que existe discrecionalidad judicial para imponerlas. En el primer caso, se puede acudir a la corrección de errores materiales de las sentencias o puede subsanarse mediante un recurso de casación por infracción de ley (STS 06/03/00), en el segundo, no. Por otra parte, la imposición de las fijas debe hacerse de oficio aun cuando no haya habido solicitud expresa por la parte acusadora, sin que ello suponga lesionar el principio acusatorio (STS 26/01/99).

Por último, teniendo en cuenta su duración las penas accesorias pueden ser *temporales o perpetuas*. Son estas últimas las que ocasionan en el condenado restricciones irreversibles, tales como la pérdida definitiva de un cargo público. Dentro de las penas temporales podemos, a su vez, distinguir entre aquellas que carecen de reglas para determinar su duración, porque duran lo que duran las penas principales y aquellas otras que disponen de sus propias reglas y, en consecuencia, que su duración puede no coincidir con la de la pena principal.

6. DISTINTOS MODELOS DE ACCESORIEDAD EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

A tenor de la Sec. 5.^a del Capítulo 1.^o del Título III del Libro I de nuestro Código existen tres modelos de accesoriedad punitiva, que se corresponden con los tres artículos que conforman dicha Sección. Del análisis de los mismos, que realizaremos a

continuación, se desprende la escasa homogeneidad que presentan. En muchos casos sencillamente se ha prescindido de las directrices que inspiran la accesoriedad y se trata tan solo de encubrir bajo esa relación auténticos supuestos de penas principales alternativas que han sido traídas a la parte especial desordenadamente para asegurar su aplicación universal allá donde no ha sido prevista en la parte especial y pueda ser recomendable, sin considerar que con ello se provoca una expansión injustificada y desproporcionada de las mismas.

I. La accesoriedad propia de las penas de prisión superiores a los diez años (Art. 55 CP)

La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate (Art. 55 CP). Nos encontramos ante una relación de accesoriedad en sentido estricto, en la que concurren las características que históricamente la han definido. Como quiera que la duración de la inhabilitación absoluta viene determinada por la de la prisión, en ocasiones es posible que aquélla resulte de una duración superior a los veinte años, que establece el Art. 40 CP como tope máximo.

Por más que pueda resultar incompatible la aplicación simultánea de ambas penas “por su naturaleza y efectos” (Art. 73 CP), la accesoriedad obliga a su ejecución paralela (“durante el tiempo de la condena” Art. 55 CP). La accesoriedad en estos términos se extiende también a otros expedientes como es la eventualidad de un indulto. Cuando el condenado resulta agraciado por la concesión de un indulto total o parcial el mismo se proyectara sobre la pena accesoria, reduciéndola en idéntica proporción a su principal.

En cambio, la relación de accesoriedad no se ve modificada por los distintos regímenes penitenciarios por los que pueda pasar el condenado durante la ejecución de la prisión, ya que en todos ellos se sigue ejecutando ésta, incluso cuando se disfruta de la libertad condicional.

En cuanto a sus contenidos la pena de inhabilitación absoluta mantiene los mismos tanto cuando se impone como pena principal, como cuando es pena accesoria.

II. La accesoriedad impropia de las penas de prisión inferiores a los diez años (Art. 56 CP)

Con las penas de prisión inferiores a los diez años se impondrán como accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

- Suspensión del empleo o cargo público.
- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

Aparentemente nos encontramos con una norma secuencial con respecto a la anterior. Una y otra, en definitiva, aseguran que los condenados a penas de prisión, por muy corta que sea la condena, sufrirán además de la pérdida de la libertad ambulatoria la merma en el ejercicio de algunos derechos que ni guardan relación con el delito cometido, ni tampoco son efectos naturales de la pena de prisión. Este es el sentido último que se pretende con la accesoriedad punitiva.

Sin embargo, el modelo de relación punitiva seguido aquí por el legislador no es fiel a las reglas generales de la accesoriedad, en especial tras la reciente reforma del Art. 56. Dicho precepto ha sido objeto de una reformulación en profundidad que venía motivada por un texto precedente confuso que planteo a nuestra jurisprudencia serias dudas sobre cual era su alcance. Concretamente, se cuestionaba, en primer lugar, la obligatoriedad de aplicar en todo caso las penas accesorias y, en segundo lugar, la posibilidad de aplicar sólo una de ellas o varias conjuntamente. La Consulta 2/2000 del TS venía a corroborar lo que ya era asentada jurisprudencia (SSTS 23/03/99; 25/09/99; 18/10/99 y otras) y optaba por la interpretación más rigurosa de todas las posibles, que a la postre ha influido de forma decisiva en la reforma 15/03.

El texto actual deja expresamente aclarado que el órgano judicial debe por obligación imponer alguna de las penas que recoge el precepto, lo puede hacer, incluso, de oficio y, en segundo lugar, que puede imponer varias de ellas. Con esta solución resulta que las accesorias de la prisión inferior a los diez años pueden ser, paradójicamente, mucho más graves que las que acompañan a la prisión superior a los diez años ya que la inhabilitación absoluta sólo va referida a cargos o empleos públicos, mientras que la inhabilitación especial se extiende también a las profesiones u oficios. Aún resulta más gravosa la accesoriedad para penas de prisión inferiores a los diez años si tenemos en cuenta que dichas penas podrán imponerse sin perjuicio de lo dispuesto sobre las mismas en relación con delitos concretos, es decir, que son compatibles con penas idénticas impuestas como principales. Pero lo que nos interesa destacar es que esta posibilidad contradice una de las reglas de la accesoriedad que hemos estudiado anteriormente, según la cual las accesorias son incompatibles con sus homólogas principales. De nuevo aflora en el texto legal el desorden entorno a la accesoriedad punitiva porque en su nueva redacción se menciona expresamente que las penas recogidas en el Art. 56 CP se podrán imponer como accesorias, lo que de acuerdo con el tratamiento que las mismas reciben en relación con la prisión superior a diez años significa que no son compatibles con sus homólogas.

No obstante, se mantiene la cláusula (“atendiendo a la gravedad del delito”) cuya interpretación, ahora, puede resultar problemática. En sintonía con la interpretación que de la misma hacía la jurisprudencia precedente (STS 26/01/99) y para no optar por su absoluta irrelevancia, se puede convenir que con dicha cláusula se pretende limitar el uso de las penas accesorias automáticas en este supuesto a la prohibición del sufragio pasivo, siendo de aplicación las demás cuando se encuentre justificada por la naturaleza del delito y por la verificación en la vista oral de que el condenado hizo uso de la profesión o cargo público para cometerlo. Con esta solución se alcanza, a su vez, un uso ponderado de las inhabilitaciones en proporción menos grave y decreciente a los casos en que concurren penas superiores a los diez años.

Bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones en las que el condenado se aprovechó de su empleo público, de su profesión o su oficio para la comisión del delito,

estas inhabilitaciones laborales le vendrán ya impuestas como pena principal. Lo que no se alcanza a entender es porque se han hecho compatibles con las accesorias de idéntico contenido. Quizás así se aprecia con mayor evidencia el sinsentido de mantener la accesoriedad punitiva en los términos de su regulación actual.

Como en el caso anterior, la relación de accesoriedad punitiva permite resolver los distintos expedientes de acuerdo con la reglas que rigen esta especial relación entre penas, salvo en los que se refiere a la compatibilidad con penas de idéntica naturaleza. En especial entendemos que está garantizado el cumplimiento simultáneo de la accesoria junto con la principal y, si concurriera además otra pena idéntica a aquélla, se cumplirá al concluir la principal.

III. La accesoriedad impropia respecto de ciertos delitos (Art. 57 CP)

A) El tercer modelo se encuentra también alejado de las reglas generales de la accesoriedad punitiva. Forman los tres modelos una suerte de círculos concéntricos y de ellos este es en el que de forma más debilitada se observan las reglas generales. El Art. 57, en el que se incluye, regula una compleja relación de accesoriedad que -como en el caso anterior- más bien nos recuerda una relación de penas principales mediante una cláusula general en el Libro I, lo cual tampoco es excepcional porque se vuelve a plantear en relación con las consecuencias accesorias.

La regla troncal (Art. 57.1 CP) viene a establecer que el órgano judicial, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico y las faltas contra las personas (Arts. 617 y 620 CP), atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, de cinco si fuera menos grave de seis meses si fuera falta.

Las excepciones a la accesoriedad punitiva son las siguientes:

- En primer lugar, la pretendida pena accesoria se hace depender no de una principal, sino de la comisión de ciertos delitos, es del todo indiferente la naturaleza de la pena *principal*. El sentido de aplicar aquí las penas del Art. 48 es evitar que, en los delitos que afectan a bienes jurídicos personalísimos, el condenado vuelva a entrar en contacto con su víctima, al menos, hasta que no cumpla la pena. Su fundamento peligrosista le asemeja más a una medida de seguridad que a una pena y, de hecho, respecto a textos legales precedentes se discutía por la doctrina esta posibilidad. Sin embargo, el precepto ha ido mucho más allá porque junto a esos delitos que afectan a bienes personales encontramos otros patrimoniales o contra el orden socioeconómico en el que carece de justificación añadir estas prohibiciones accesorias.
- La aplicación es potestativa debiendo valorar la oportunidad de su imposición con dos criterios: uno de carácter objetivo que asegure el respeto al principio de proporcionalidad y, el otro, subjetivo que hace referencia a la peligrosidad. Si bien la peligrosidad no es el fundamento de la pena, sino de las medidas de seguridad, nos parece oportuno que se haga mención a ella, para asegurar que su imposición sea finalística y sometida siempre al principio de necesidad.

- En tercer lugar, la duración de la pena *accessoria* no viene comprometida por ninguna otra. El Código se limita a decir que no excederá de diez años, si el delito fuera grave, de cinco, si fuera menos grave y de seis meses, si fuera falta. Nada permite pensar que en la fijación temporal de estas penas se deba acudir a las reglas generales de determinación. Más bien, al contrario, los criterios expresados que deben servir para optar por su aplicación -gravedad de los hechos o peligro del delincuente- tendrán que ser empleados para fijar el tiempo de duración. Nos parece esta solución más acertada ya que garantiza mejor un sometimiento al criterio de necesidad, que inspira -como ya hemos señalado- la aplicación de este plus punitivo. Es posible que en la aplicación de esta norma se sobrepasen los límites temporales máximos de diez años establecidos para las penas recogidas en el Art. 48 CP, excepción expresamente contemplada en el Art. 40.5 CP. De esta manera el órgano judicial dispondrá de la máxima discrecionalidad, sin parangón a lo largo de todo el Código.

B) Debemos de entender que por razones sistemáticas, en este supuesto, la pena *accessoria* deberá cumplirse a la par que la otra y, por los mismos argumentos sistemáticos, si concurrían otras penas de idéntica naturaleza dejarían de aplicarse. Por el contrario, las circunstancias que concurren en este particular supuesto de accesoriedad -mucho más debilitado que en los modelos anteriores- obliga a dar una respuesta distinta a los problemas de vinculación entre las dos penas concurrentes. Si el condenado se viera favorecido por un indulto sobre la pena *principal*, esto no afectaría a la otra ya que su aplicación no sólo no es automática, sino que responde a fundamentos distintos en su imposición y en su fijación temporal.

Hasta aquí lo que podemos considerar las condiciones generales de esta accesoriedad punitiva impropia del Art. 57 CP. Además, está previsto un endurecimiento cuando el “condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”. El precepto muestra una imprecisión técnica lamentable. Se refiere a la pena en concreto (“impuesta en la sentencia”) y hace depender de ello un gravísimo endurecimiento de la otra u otras penas. Olvida el legislador que en el apartado anterior se le ofrece al órgano judicial dar una extensión a la pena accesoria menor que a la principal, en cuyo caso la regla anterior deviene en inaplicable. Veámoslo con un ejemplo:

Ej. La persona ha sido condenada a diez años de prisión y el órgano judicial de acuerdo con la gravedad del hecho y la peligrosidad del autor le prohíbe aproximarse a la víctima durante seis meses. Si hubiera que aplicar la disposición anterior, la prohibición de aproximarse tendría que durar once años aunque con ello se lesionen los principios de proporcionalidad y necesidad que inspiran la aplicación de estas penas.

Para hacer coherente este pasaje con el supuesto general, solo es de aplicación cuando el juez haya decidido previamente imponer cualquiera de las penas del Art. 48 CP y la duración de estas en ningún caso podrá excederse de los topes máximos señalados en el Art. 57.1 CP.

La imposición potestativa se torna obligatoria por ministerio legal cuando los delitos mencionados en el apartado primero del Art. 57 se cometen contra “quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.

Nos parece contradictorio que se impongan estas penas cuando resulten del todo innecesarias -por ejemplo, porque la víctima haya fallecido- o el condenado no sea peligroso. Para este supuesto se ha tenido en cuenta que el párrafo primero establece unos límites generales, que finalmente, resultan ahora excepcionados para permitir que la pena pueda sobrevivir a la de prisión.

Con carácter general las penas accesorias deberán de ser tenidas en cuenta junto con las principales a los efectos de las comparaciones resultantes de aplicar las reglas de los concursos. Pero mientras que tratándose de accesorias que cumplen con todas las directrices, las comparaciones concursales no resultan problemáticas, si lo son en cambio, en los modelos de los Arts. 56 y 57, en los que está previsto que la accesoria no coincida temporalmente con la principal. Un concurso real de dos penas de prisión de la misma duración puede resolverse a partir de la duración de la pena accesoria, determinándose los límites del concurso a partir de la duración de ésta. También las accesorias deben tenerse en cuenta en los concursos ideales, no sólo en las comparaciones internas, sino en las externas con las penas resultantes del concurso real.

Manuel Gallego Díaz
Profesor Ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia de Comillas de Madrid

Acerca de la naturaleza jurídica del adelantamiento de la libertad condicional*

I

A pesar de que tanto el CP (art. 36.1) como la LOGP (art. 76.2 c) se refieran a los beneficios penitenciarios que suponen un acortamiento de la condena, como si ésta fuera la modalidad de beneficio penitenciario más representativa de nuestro ordenamiento, la realidad es que, una vez suprimida la redención de penas por el trabajo, la institución que se ha consolidado como beneficio penitenciario es el adelantamiento de la libertad condicional¹, que no supone ninguna reducción o acortamiento del tiempo de la condena, sino sólo del tiempo efectivo de internamiento en un centro penitenciario². La otra alternativa viene constituida por el indulto particular, cuya naturaleza jurídica es una medida de gracia consistente en la extinción total o parcial de condena.

El CP 1995, siguiendo la línea abierta por la LOGP 1979 dentro del sistema de individualización científica, prescindió de la redención de penas por el trabajo y acogió, en cierta medida como heredero suyo, el adelantamiento de la libertad con-

* Este trabajo se ha beneficiado del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+I, SEJ 2004-05103/JURI, del Ministerio de Educación y Ciencia, cuyo objeto es estudiar "el proceso de reforma del sistema de determinación de la responsabilidad penal: análisis de los fundamentos dogmático-penales y constitucionales y de su eficiencia en la aplicación".

¹ Véase VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 119.

² En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, ya el RP 1981 fracasó en el tema de los beneficios, hasta el extremo de no haber sido capaz de desarrollar ninguno de los que efectivamente suponen reducción de la condena, pues dejando de lado el artículo 257, cuyo beneficio penitenciario consistía -como un pequeño parto de montes- en "tramitar" algo, con el artículo 256 sólo había alargamiento del tiempo de libertad condicional sin que se alterara el día de licenciamiento definitivo. En tales condiciones, señalaba este autor, no se estaba en el caso contemplado por el artículo 76.2 c) LOGP (MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, págs. 47-48).

dicional. Esta institución ya se encontraba prevista en el artículo 256 del Reglamento Penitenciario de 1981, pero carecía de la necesaria cobertura legal al permitir conceder la libertad condicional antes de lo establecido en el CP 1973. Desde el punto de vista de la individualización científica el adelantamiento de la libertad condicional constituye una institución más coherente que la redención de penas por el trabajo al no operar de forma automática e indiscriminada. Por otro lado, no es posible ignorar que las posibilidades que tiene la Administración penitenciaria de ofrecer trabajo u otras ocupaciones a los internos son reducidas. Por ello, en la práctica las posibilidades de aplicación del adelantamiento de la libertad condicional son más modestas que las de la redención de penas por el trabajo, lo que necesariamente se tendrá que traducir en un mayor tiempo efectivo de internamiento por parte de los penados con el consiguiente aumento de la población penitenciaria³.

El adelantamiento de la libertad condicional encuentra su marco legal en el artículo 91 CP, reformado por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. El apartado 1 de este precepto amplía considerablemente las posibilidades de concesión de la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena (en lugar de las 3/4 partes de las penas impuestas), siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. La citada Ley Orgánica ha ampliado aún más las posibilidades de adelantamiento de la libertad condicional al añadir en un nuevo apartado 2 del artículo 91⁴ otra modalidad de carácter privilegiado o extraordinario que reduce todavía más el tiempo para su concesión a razón de 90 días por año de cumplimiento efectivo de condena con respecto al plazo del apartado 1, siempre que se haya extinguido al menos la mitad de ésta y se acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso. Una y otra posibilidad de adelantamiento quedan vedadas a los delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales.

La incorporación del requisito de haber desarrollado de forma continuada actividades laborales, culturales u ocupacionales conecta directamente el adelantamiento de la libertad condicional, aparte de con la reeducación y reinserción social del penado, con el trabajo. Por ello, como se ha destacado por la doctrina, esta institución pretende ser en parte continuadora de la redención de penas por el trabajo, aunque

³ Véase SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, pág. 421.

⁴ Esta nueva posibilidad del art. 91.2 no aparecía ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto de LO presentado por el Gobierno. Surge como consecuencia de la enmienda núm. 66 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) por la que se propuso, durante la tramitación de la Ley en el Congreso, que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pudiera adelantar el período de la libertad condicional hasta un máximo de ciento ochenta días por cada año de cumplimiento efectivo de condena, incluidos los períodos de prisión provisional, pudiendo subordinar, en cualquier caso, el disfrute de dicha institución a la participación del condenado en programas de reparación a las víctimas y en trabajos en beneficio de la comunidad. Con notables modificaciones respecto de la propuesta de CIU, fue en la Comisión de Justicia e Interior, y más concretamente en el trámite en que elevó la Comisión su Dictamen a la Presidencia de la Cámara, donde se advirtió la incorporación del vigente número 2 del art. 91 (véase RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., págs. 219-220).

obviando de ella su carácter automático e indiscriminado, hasta el punto de que para algún sector doctrinal no se trataría más que de una redención de penas encubierta⁵.

II

El adelantamiento de la libertad condicional nace ex novo del Anteproyecto de Código Penal de 1992 (art. 90). No obstante cuenta con dos antecedentes históricos. El más remoto hay que situarlo en el Código Penal de 1928 y el otro, ya más próximo, en el Reglamento Penitenciario de 1981. El precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 174 CP 1928⁶, que se introdujo sorpresivamente, ya que ni el Proyecto de la Comisión de Codificación ni el Proyecto proveniente de la revisión ministerial preveían este adelantamiento de la libertad condicional, fue favorablemente acogido por la doctrina⁷. La institución fue desarrollada en los artículos 36 y 37 del Reglamento de los Servicios de Presidios y Prisiones de 24 de diciembre de 1928⁸. Sin embargo, el mencionado precepto del CP 1928 no pasó a los Códigos Penales de 1932, 1944 y 1973, ni a los Reglamentos de Servicios de Presidios y Prisiones de 5 de marzo de 1948 y 2 de febrero de 1956. Habrá que esperar al RP 1981 para encontrar en su artículo 256 una institución semejante a la del CP 1928.

La LOGP 1979, que introduce los beneficios penitenciarios en sustitución de la redención de penas por el trabajo, no llega sin embargo a regularlos específicamente. Sólo hace referencia a ellos incidentalmente en los artículos 29.1 y 2 y 76.2 c) dejando su desarrollo a los reglamentos. El RP 1981 contenía en su Título Sexto dos clases de beneficios penitenciarios: uno ordinario, en el art. 256, consistente en la reducción de la condena de hasta cuatro meses de adelantamiento de la libertad condicional por cada año de cumplimiento efectivo, y otro extraordinario, en el art. 257, coincidente con la solicitud de indulto particular hasta la cuantía de dos meses por cada año de prisión efectiva o en la cuantía que aconsejaran las circunstancias concurrentes.

⁵ Según MANZANARES parece como si la vieja redención de penas por el trabajo volviera al Código por la puerta trasera (MANZANARES SAMANIEGO, J. L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo. I, 1997, Trivium, Madrid, pág. 1299). También GARCÍA ARÁN, M. considera que los beneficios penitenciarios del artículo 256 del RP 1981 “nacieron con la vocación de sustituir a la redención de penas por el trabajo” (“Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1983, pág. 112). Se trata, señalan asimismo GRACIA, L. y ALASTUEY, C., de una reminiscencia de la redención de penas por el trabajo que es heredera del beneficio del art. 256 del anterior RP (en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 105).

⁶ El art. 174 CP 1928 establecía: “[...] No obstante lo preceptuado en el párrafo anterior, en cuanto al mínimo del cumplimiento de la pena exigido para la concesión del beneficio de la libertad condicional, los condenados a reclusión o prisión que no se limiten al cumplimiento de sus deberes y a la observancia de la disciplina, sino que se distinguan por actos extraordinarios que demuestren su arrepentimiento y firmes propósitos de ser buenos ciudadanos, que hayan aumentado su cultura con propósitos honrados, que hayan realizado trabajos de mérito notorio o que en momentos peligrosos hayan ayudado a la Autoridad o a los funcionarios del establecimiento penitenciario o en tales ocasiones hayan realizado actos de abnegación y sacrificio, podrán adelantar la concesión del beneficio de la libertad condicional expresado [...]”.

⁷ Véase RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003, págs. 195-196.

⁸ El artículo 36 de este Reglamento de 1928 disponía que “los penados que durante la extinción de sus condenas de prisión o reclusión no se limiten al cumplimiento de sus deberes y a la observancia de la disciplina, sino que se distinguan excepcionalmente por actos extraordinarios con arreglo a la enumeración que se determina, podrán ser favorecidos con la concesión de bonos de cumplimiento de condena, cuyo tiempo se sume al de extinción de ésta, para adelantarles el disfrute de la libertad condicional”.

Pero el precepto del artículo 256 RP 1981 dio lugar a dos problemas. Uno de ellos, debido a la falta de coordinación entre el legislador penal y el penitenciario, fue el solapamiento normativo con la redención de penas por el trabajo prevista en el art. 100 CP 1973⁹. La LOGP, previendo que no tardaría en promulgarse el nuevo CP que prescindiría ya de la redención de penas por el trabajo, no incluyó esta institución, la cual siguió vigente en el citado precepto del CP 1973 hasta que en 1996 entró en vigor el CP 1995. Hasta este momento, pues, subsistieron solapadamente dos instituciones que con los mismos fines se servían del desarrollo de la actividad laboral, aunque en un caso se tratara del acortamiento de la condena y en otro sólo del adelantamiento de la libertad condicional. La consecuencia fue que en la práctica se aplicara siempre con carácter general la redención de penas por el trabajo, dejando sin efectividad la institución del beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional del art. 256 RP 1981 o que, incluso, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria comenzaran a conceder de manera generalizada los adelantamientos de libertad condicional sin parar mientes en su ilegalidad y conjuntamente con el beneficio de la redención de penas por el trabajo¹⁰. Será el RD 787/1984, de 28 de marzo, que reformó el RP 1981, el que advierta la situación y resuelva normativamente el problema añadiendo a la Disposición transitoria 2.ª a) *in fine* del RP 1981 la cláusula de que la redención de penas por el trabajo sería incompatible con los beneficios penitenciarios regulados en el artículo 256 del Reglamento Penitenciario.

El otro problema que suscitó la introducción del adelantamiento de la libertad condicional en el RP 1981 fue su falta de cobertura legal, ya que los beneficios penitenciarios no se regulaban ni en la LOGP ni en el CP 1973. Por ello el art. 256 de este RP 1981 fue criticado como ilegal desde un punto de vista formal por contradecir el principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.3 CE, ya que sobrepasaba los límites y requisitos establecidos en el art. 98 CP 1973 al chocar con su circunstancia 2.ª que exigía la extinción previa de las tres cuartas partes de la condena¹¹.

Esta situación cambia con la entrada en vigor del nuevo CP 1995, que deroga la redención de penas por el trabajo y el beneficio penitenciario del artículo 256 RP 1981 (Disposición derogatoria única, apartado I. f) y en su lugar incluye en el artículo 91, con carácter excepcional, una institución semejante a la del RP 1981, un adelantamiento de la libertad condicional para los sentenciados a penas privativas de libertad que el RP 1996 considerará expresamente como beneficio penitenciario. De esta manera se da rango de ley orgánica a la institución del adelantamiento de la libertad condicional¹².

⁹ Véase RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, cit., págs. 195-198; VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., pág. 126.

¹⁰ Véase BUENO ARÚS, F., "Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria", en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pág. 1002.

¹¹ Véase RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2003, pág. 342; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y...*, cit., pág. 42; BUENO ARÚS, F., en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, cit., pág. 1002.

¹² Véase VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., págs. 127-130; RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., pág. 198; RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 342.

III

El CP 1995, aparte de los supuestos de edad o enfermedad muy grave del penado del art. 92, prevé dos modalidades de adelantamiento de la libertad condicional. La primera, prevista en el apartado 1 del art. 91, tiene lugar cuando se hayan extinguido las dos terceras partes de la condena, siempre que el penado merezca el beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. Y la segunda, contemplada en el apartado 2 de ese mismo precepto, introducido por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, supone adelantar todavía más el momento de la libertad condicional, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, respecto del plazo de las 2/3 partes previsto en el apartado anterior, una vez extinguida la mitad de la condena. Esta nueva posibilidad de adelantamiento, que constituye una excepción a la excepción, ha merecido los nombres de adelantamiento reforzado¹³ o privilegiado¹⁴ y, como modalidad del adelantamiento, constituye también un beneficio penitenciario¹⁵. Para su concesión tienen que cumplirse todos los requisitos del art. 91.1 que, a su vez requieren los del art. 90, salvo el referido al tiempo extinguido de la condena impuesta, y, además, como requisitos específicos, que haya acreditado la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso, y cumplido la mitad de su condena.

En opinión de RENART, este nuevo apartado 2 del artículo 91 constituye un precepto farragoso y de redacción confusa, poco afortunada y clarificadora, que, aparte de las posibles decisiones arbitrarias a que puede dar lugar, obliga a efectuar algunas piruetas aritméticas. Así, por ejemplo, en el supuesto de un interno condenado a 12 años de prisión, de acuerdo con el art. 90.1 CP alcanzaría la libertad condicional a los 9 años (3/4 partes), conforme al artículo 91.1 a los 8 años (2/3 partes) y según el artículo 91.2, a los 6 años y 6 meses, resultado de multiplicar 90 días por los 6 años ya cumplidos (540 días=18 meses), descontados de los 8 años de prisión que constituyen las 2/3 partes de la condena, siempre que el Equipo de Tratamiento hubiera propuesto la aplicación máxima de los 90 días por año de cumplimiento¹⁶. El criterio temporal para el adelantamiento de la libertad condicional que adopta este precepto recuerda al artículo 256 RP 1981 así como al artículo 71.2 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, referente a la redención de penas por el trabajo.

El desarrollo de las actividades y la participación en los programas a que se refieren los dos apartados del artículo 91 constituyen un síntoma de reinserción, razón por la cual desde el punto de vista de la prevención especial se concede al interno el adelantamiento de la libertad condicional. La concesión es coherente también con el principio establecido en el artículo 72.4 LOGP, según el cual “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se

¹³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., en BUENO ARÚS, F. (Coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, Colex, Madrid, 2005, págs. 624-625.

¹⁴ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 343.

¹⁵ En el mismo sentido, GRACIA, L. Y ALASTUEY, C., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 110.

¹⁶ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, cit., págs. 220-221. Sobre el modo de efectuar el cómputo a que se refiere el art. 91.2 CP, véase también TÉLLEZ AGUILERA, A., “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de la pena: una nota de urgencia”, en *La Ley*, 2003, tomo 4, pág. 1647.

haga merecedor a su progresión”. Respecto de los requisitos específicos que se exigen para la concesión del adelantamiento privilegiado de la libertad condicional hay que tener en cuenta que el artículo 91.2 se refiere a la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso, además de al desarrollo continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales del apartado 1, actividades que normalmente estarán integradas ya en programas de tratamiento. Por ello hay que entender que los programas de tratamiento a que alude el apartado 2 son los programas de tratamiento específicos que se incluyen en el Capítulo II, Título V, del Reglamento Penitenciario, por ejemplo, grupos en comunidad terapéutica o programas de actuación especializada, actividades de tratamiento distintas de las comprendidas en los Capítulos III (formación, cultura y deporte), IV (trabajo productivo) y V (trabajos ocupacionales no productivos) del mismo Título V, a las que en general se refiere el apartado 1. Por otro lado, el desarrollo de estas actividades no necesariamente tiene que ir vinculado al tratamiento. El párrafo primero del artículo 24 LOGP, incluido en el Título II, que se refiere al régimen penitenciario, no al tratamiento, establece que “se establecerán y estimularán en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo”. Por otro lado, es de destacar la inclusión de la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas, ya que ello supone, aparte de una atención a los derechos de éstas, un síntoma claro de evolución del interno en la línea de la reeducación y reinserción.

La introducción de esta nueva modalidad, excepción a la propia excepción, debe ser valorada positivamente en la medida en que supone un adelantamiento de la libertad condicional aún mucho más considerable que el del supuesto del apartado 1 del artículo 91¹⁷. Llama la atención que se haya introducido en una reforma como la de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, caracterizada por su orientación retributiva y la imposición de importantes restricciones en la aplicación de los beneficios penitenciarios. Como señalan PRATS y TAMARIT, constituye la única reforma que tiene una orientación favorable al condenado en una Ley inspirada en general en una mentalidad restrictiva respecto a las expectativas de progresión penitenciaria del mismo¹⁸. Además de un incentivo a las actividades laborales presentes ya en la modalidad del apartado 1 del artículo 91 como reminiscencia de la antigua redención de penas por el trabajo, este nuevo beneficio penitenciario puede suponer un importante estímulo para los internos y acicate para que la Administración penitenciaria potencie en general la labor tratamental y en particular los programas de tratamiento o desintoxicación o de reparación a la víctima del delito¹⁹.

¹⁷ Véase en este sentido también, GRACIA, L. Y ALASTUEY, C., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 105; RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., pág. 222.

¹⁸ Joseph Miquel PRATS y Joseph María TAMARIT SUMALLA, “Artículo 91”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.) y Fermín MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 535-536.

¹⁹ Véase TÉLLEZ AGUILERA, A., “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de la pena...”, cit., pág. 1647; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 571; GRACIA, L. y ALASTUEY, C., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 105; PRATS, J. M. y TAMARIT, J. M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit. pág. 536.

IV

La LOGP al referirse en el artículo 76.2 a las atribuciones del Juez de Vigilancia, distingue en los apartados b) y c) entre la resolución sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y el acuerdo de las revocaciones que procedan, y la aprobación de las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena, respectivamente. Si prescindimos de la redención de penas por el trabajo, el indulto particular es el único beneficio penitenciario que produce este último efecto, ya que el adelantamiento de la libertad condicional no va más allá de reducir el tiempo efectivo de internamiento. En consecuencia, el adelantamiento de la libertad condicional está incluido en el apartado b) del mencionado precepto como un supuesto o modalidad de la libertad condicional. En este sentido, FERNÁNDEZ DE ARÉVALO, al comentar el artículo 76 LOGP entiende que “la figura del adelantamiento de la libertad condicional a 2/3 partes es una auténtica modalidad de libertad condicional, y no otra cosa diferente, como pudiera desprenderse de la regulación del RP, que separa la libertad condicional de los beneficios penitenciarios, integrando dentro de estos a la figura del adelantamiento que examinamos. El adelantamiento de la libertad condicional aparece así, pues, como una modalidad especial”²⁰.

A esta misma conclusión cabe llegar a partir del tratamiento que le dispensa el Código penal. El adelantamiento de la libertad condicional aparece regulado en este texto normativo, inmediatamente a continuación de la libertad condicional, como una modalidad especial de esta institución, la cual, a su vez, se estructura en la legislación penitenciaria como la última fase o grado del sistema de individualización científica de la ejecución de las penas privativas de libertad. Como modalidad de la libertad condicional supone adelantar el momento de su concesión respecto a la norma general prevista en el artículo 90 CP, en atención a la concurrencia de determinadas situaciones, como son el desarrollo continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales (apartado 1 del artículo 91 CP) o, además de ello, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o en programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso (apartado 2 del art. 91 CP). Pero, además, una y otra modalidad de adelantamiento de la libertad condicional precisan de la concurrencia de los mismos requisitos que el artículo 90 exige para la concesión de la libertad condicional, a excepción del tiempo que haya de haberse extinguido de la condena, requisitos que, a su vez, reproduce el artículo 205 RP. La diferencia entre el adelantamiento de la libertad condicional y la institución de la que deriva radica, pues, aparte de en el tiempo de extinción de la condena impuesta, en aquellos otros requisitos específicos mencionados que son precisamente los que, desde la perspectiva de la prevención especial, vienen a justificar el adelantamiento de la libertad condicional.

El apartado 1 del artículo 91 CP aparece encabezado por el adverbio “excepcionalmente”, término que según la doctrina puede ser objeto de una doble interpretación²¹. Según una de ellas, el artículo 91.1 regularía una excepción al artículo anterior, de modo que el adelantamiento de la libertad condicional sería una institución excepcional, derivada de la libertad condicional que constituye la norma general. De acuerdo con esta interpretación que defienden PRATS y TAMARIT, “cualquier preso que tuviera una actitud

²⁰ FERNÁNDEZ DE ARÉVALO, L., en *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, cit., pág. 624.

²¹ Véase PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 534; VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, pág. 140.

positiva frente al trabajo, la educación u otra actividad debería hacerse acreedor a dicho beneficio”, pues teniendo en cuenta las dificultades prácticas de la Administración penitenciaria para ofertar estas actividades a penados, lo importante no debe ser la actividad en sí, sino la actitud del recluso²². Según la otra interpretación, de carácter más valorativo, el término “excepcionalmente” sería equivalente a muy pocas ocasiones, con la consecuencia de que el precepto se aplicaría sólo a aquellos penados que destacaran muy especialmente en el cumplimiento de las actividades laborales, culturales u ocupacionales.

El adelantamiento de la libertad condicional no deja de ser una excepción en el sentido de que se reduce el tiempo de extinción de la condena para la excarcelación de 3/4 a 2/3, e incluso más en la modalidad privilegiada del apartado 2 del art. 91 CP. Y ello es así por la concurrencia de unos requisitos adicionales y diferentes a los de la libertad condicional ordinaria: el desarrollo continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales o la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso, requisitos que constituyen un síntoma de avance o progreso del penado en la línea de la reinserción. El resto de los requisitos son coincidentes con los de la libertad condicional, cuya valoración debe ser también idéntica, pues, según entiende VEGA ALOCÉN, la naturaleza excepcional de la institución no supone en ningún caso que la valoración de estas circunstancias deba ser más exigente que para la concesión de la libertad condicional²³. En este sentido el adelantamiento de la libertad condicional constituye una modalidad excepcional de esta última institución, no una institución de naturaleza distinta a la libertad condicional. Lógicamente, por la necesidad de que hayan de concurrir determinados requisitos adicionales a los exigidos por la libertad condicional, los supuestos de su adelantamiento deberán ser más reducidos o limitados, pero no hasta el punto de que esta institución haya de aplicarse en contadas ocasiones, pues ello no dejaría de ser extraño e incoherente con la realidad de ser prácticamente el único beneficio otorgado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria²⁴.

Desde otra perspectiva, el término “excepcionalmente”, que condiciona la aplicación del adelantamiento de la libertad condicional, es lo que vendría a marcar la distancia respecto a la suprimida redención de penas por el trabajo que se aplicaba de forma automática e indiscriminada. Como se ha destacado por la doctrina, el adelantamiento de la libertad condicional puede ser considerado como una compensación por la supresión de aquella otra institución, en el sentido de constituir también un incentivo a la actividad laboral²⁵.

²² PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., *op.cit.*, pág. 534.

²³ VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., págs. 140-141 y 147.

²⁴ Si fuera así, se trataría “de una nueva muestra del sacrificio de la meta resocializadora que ha de cumplir la pena de privación de libertad en pro de un soterrado afán retributivo” (NAVARRO VILLANUEVA, C., “La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente”, en CID, J. y LARRAURI, E., *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 238).

²⁵ Véase RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., pág. 204; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 571; GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 125. Como señala TAMARIT, la vocación de síntesis del contenido de los dos antiguos beneficios se manifiesta en la referencia a las actividades laborales (sucedáneo de la idea de redención de pena por el trabajo) a la vez que a las de carácter cultural u ocupacional. La fórmula alternativa utilizada permite evitar la negación del beneficio por la inexistencia de una suficiente oferta de trabajo penitenciario -así como la absurda situación anterior de resolver los agravios derivados de tales carencias a base de aplicar la redención de modo indiscriminado-. También puede coadyuvar a suplir esta deficiencia la inclusión de las actividades ocupacionales, destinadas a favorecer en los internos la adquisición de hábitos laborales y de los conocimientos o aptitudes necesarias para su futura reinserción laboral (TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 333).

Pero el hecho de que el adelantamiento de la libertad condicional venga a ser un beneficio heredero o continuador de la redención de penas por el trabajo no significa que una y otra institución pudieran llegar a identificarse. Se trata realmente de dos instituciones distintas. La redención de penas por el trabajo suponía la extinción de parte de la condena y, en cambio, el adelantamiento de la libertad condicional únicamente conlleva un acortamiento del tiempo efectivo de internamiento, con lo que, en este último caso, el penado, aunque sea fuera del establecimiento penitenciario, sigue cumpliendo la condena. Además, a la vez, se ha querido evitar lo que tenía de más criticable la redención de penas por el trabajo: su aplicación casi automática e indiscriminada. Esta es la razón por la que el artículo 91.1 se refiere al carácter excepcional de su concesión, en el sentido de que ha de valorarse en cada caso, individualizadamente, su oportunidad por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria a partir de la comprobación de los requisitos exigidos, lo cual impide que el adelantamiento de la libertad condicional pueda verse como una recuperación subrepticia de la antigua redención de penas por el trabajo²⁶.

En definitiva, a diferencia de aquella otra institución, el beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional no se concede de manera automática e indiscriminada, sino de una manera excepcional. Por una parte, además de los requisitos propios de la libertad condicional, tiene que concurrir el desarrollo continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales, requisito específico y adicional que va a determinar el merecimiento del beneficio del adelantamiento de la libertad condicional. Y, por otro lado, ha de procederse a comprobar y valorar por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, individualizadamente y en cada caso, desde la perspectiva de la prevención especial, los requisitos, criterios y condiciones que se establecen en la ley.

De acuerdo con este planteamiento en la aplicación del adelantamiento de la libertad condicional se ha de huir tanto de una concesión automática como de una concesión absolutamente excepcional que tuviera que quedar reservada a contadas ocasiones. No obstante, como entiende LASCURAÍN²⁷, la utilización práctica de esta institución puede toparse con el mismo escollo que la redención de penas por el trabajo: la carencia real de posibilidades de desarrollo de las actividades que forman su presupuesto, que puede abocarlo a ser objeto bien de concesión automática, bien de concesión absolutamente excepcional.

Precisamente, la valoración de la situación y la ponderación individualizada de los requisitos, en evitación de cualquier automatismo en la concesión, es lo que explica que tanto en el apartado 1 del artículo 91 CP como en el artículo 205 RP el legislador utilice el verbo “podrá”, por un lado, y que se haga condicionar la concesión del beneficio a que los sentenciados lo “merezcán” por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, por otro. La utilización del verbo “podrá” ha llevado a algunos autores a entender que la concesión del adelantamiento de la libertad condicional tendría un carácter facultativo. Por ejemplo, para VEGA

²⁶ Véase MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 571; MANZANARES SAMANIEGO, J. L. y CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal, La Ley-Actualidad*, Madrid, 1996, pág. 48.

²⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Artículo 91”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Dir.) y JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 293-294. En la misma línea, VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., pág. 138; RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 344.

ALOCÉN se trata de una medida de carácter facultativo o potestativo que vendría a confirmar la idea de su naturaleza de beneficio penitenciario en el sentido de premio (facultativo o potestativo), con lo que en modo alguno podría ser considerado como un derecho²⁸. Por su parte, según otro sector de la doctrina, la utilización del verbo “merecer” otorgaría también al beneficio un carácter eminentemente premial o de recompensa, lo que en última instancia podría constituir la lógica consecuencia del acatamiento por parte del interno de las normas reguladoras del régimen penitenciario más que de su efectiva evolución positiva en términos de prevención especial²⁹.

No obstante, la expresión “merecimiento” que, en principio pudiera entenderse de difícil compatibilidad con el ejercicio de un derecho, puede significar también simplemente el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Por ello, pese a los términos “podrá” y “merezcán” utilizados en el art. 91.1, otro sector de la doctrina considera que se trata de un derecho subjetivo. BUENO ARÚS³⁰, por ejemplo, entiende que los beneficios penitenciarios son auténticos derechos subjetivos condicionados a que se cumplan los presupuestos establecidos en las normas, pues el penado puede acudir, por vía de queja o de recurso, ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria o, en segunda instancia, ante la Audiencia Provincial, para exigir que la autorización o denegación de los beneficios penitenciarios se adecue al ordenamiento jurídico. También para MANZANARES³¹, la referencia a que los penados “merezcán” dicho beneficio, apoya su entendimiento como un derecho siempre que se cumplan los requisitos legales, desplazándose así la cuestión hacia la constatación del merecimiento. No hay que pasar por alto a este respecto que el propio artículo 4.2 h) RP incluye entre los derechos de los internos el “derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación”, derecho que no es automático, sino que se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos.

V

El adelantamiento de la libertad condicional, sin dejar de ser una modalidad de esta última institución, tiene al mismo tiempo la consideración de beneficio penitenciario en el ordenamiento penitenciario español. Precisamente es su condición de modalidad especial de libertad condicional, la que, al permitir el adelantamiento de su concesión, le otorga esta naturaleza. El mismo artículo 91.1 CP le califica de beneficio, pero es sobre todo el RP 1996 el que, en su artículo 202.2, después de establecer en su apartado 1 el concepto de beneficio penitenciario, dispone expresamente que el adelantamiento de la libertad condicional constituye, junto al indulto particular, un beneficio penitenciario³².

²⁸ VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., págs. 141-143. En el mismo sentido, LASCURAÍN considera que, a pesar de la exigencia de “merecimiento” del beneficio, su concesión es potestativa (LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., en *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 294).

²⁹ Véase RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., pág. 206; PRATS CANUT, J.M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 534.

³⁰ BUENO ARÚS, F., “Los beneficios penitenciarios”, en *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 200.

³¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I, cit., pág. 1299.

³² El RP 1981 también consideraba al adelantamiento de la libertad condicional como un beneficio penitenciario, regulado en su artículo 256, incluido en el Título sexto, cuya rúbrica era precisamente “*De los beneficios penitenciarios*”.

La razón de ser de los beneficios penitenciarios, aparte de responder a la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*³³, hay que situarla en el mandato constitucional de orientar las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social del penado. Los beneficios constituyen una institución de prevención especial por la que en atención a la evolución favorable del interno se renuncia a las exigencias de retribución o de prevención general por entender que la aplicación efectiva de la totalidad de la pena ya no es necesaria. Suponen, pues, una reducción de la condena o de la duración efectiva de la reclusión en consideración a la concurrencia de factores positivos que contribuyen a desarrollar en el interno el sentido de la responsabilidad y su cooperación y buen aprovechamiento en el tratamiento en orden a poder vivir respetando la ley penal.

Como beneficio penitenciario, el adelantamiento de la libertad condicional tiene por finalidad la reeducación y reinserción social del penado, que en nuestro ordenamiento se identifican como “intención de vivir respetando la Ley penal” (art. 59.2 LOGP). Aunque la buena conducta se reafirme como requisito común en los artículos 90 y 91 CP y 205 y 206 RP, no hay duda de que, tanto en el adelantamiento de la libertad condicional como en el indulto particular, priman las ideas de reeducación y reinserción social. Así se destaca directamente en el art. 203 RP al establecer que “los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad”. El adelantamiento de la libertad condicional no es, por tanto, más que un medio para lograr, mediante la incentivación, uno de los fines fundamentales de las penas privativas de libertad: la reeducación y reinserción social del penado³⁴. Desde esta perspectiva parece correcto conferir eficacia anticipatoria a la libertad condicional en función del desarrollo de determinadas actividades o la participación en determinados programas de tratamiento, pues, en la medida en que puedan ser síntomas de rehabilitación, responden a criterios de individualización de la ejecución de la pena que hacen ya innecesario mantener la reclusión. Si, de acuerdo con el artículo 25.2 CE, las penas privativas de libertad están orientadas a la reeducación y reinserción social del penado, es necesario que éste cuente con el aliciente y la motivación del beneficio penitenciario del acortamiento de la condena o al menos del cumplimiento efectivo de la misma. Si no fuera así, el sentido de la pena no pasaría de ser una mera retención y custodia.

VI

Evidentemente, como todos los beneficios penitenciarios, el adelantamiento de la libertad condicional, y también esta última institución, de la que deriva, tienen que estar vinculados de alguna manera al tratamiento penitenciario, pues, según el artículo 59 LOGP, éste “consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. En este punto la

³³ Según BUENO ARÚS, F., los beneficios que permiten el acortamiento con base en criterios individualizadores, no son sino una consecuencia de la concepción del Derecho penal como *ultima ratio* (en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, cit., pág. 1006).

³⁴ Véase VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., págs. 135-137.

diferencia respecto a la antigua redención de penas por el trabajo es también evidente. Ya, en general, en la progresión y regresión de grado, propios del régimen de individualización científica, se tiene en cuenta la evolución en el tratamiento (artículo 106.1 RP). Pero, en particular, de acuerdo con el art. 204 RP, “la propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia 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 social”. Y más en concreto, para la concesión del adelantamiento de la libertad condicional, según los artículos 91 CP y 205 RP, se requiere, aparte de observar buena conducta y haber desarrollado continuamente de actividades laborales, culturales u ocupacionales, la emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social que permita verificar la evolución positiva del interno en el proceso de reinserción social.

El tratamiento ha de ser entendido en un sentido amplio, pues los establecimientos penitenciarios no cuentan con los medios y el personal técnico necesarios para llevar a cabo lo que exige su carácter individualizado conforme a nuestra legislación penitenciaria. La libertad condicional, que está estructurada como último grado del sistema de individualización científica en el tratamiento, no exige actividades específicas en este sentido, bastando con la observancia de la buena conducta y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social³⁵. En cambio, para la concesión del adelantamiento del apartado 1 del artículo 91 se exige el desarrollo continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales, y para el adelantamiento privilegiado del apartado 2, además de estas actividades, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a la víctima o en programas de tratamiento o desintoxicación. Es decir, para la concesión de la libertad condicional se va exigiendo una mayor o especial participación en actividades tratamentales según el momento en que vaya a tener lugar la misma, participación en principio reveladora de una mayor evolución personal del penado en términos de reinserción. Así, mientras que para la concesión de la libertad condicional no se exige haber realizado ninguna actividad específica en concreto, para el adelantamiento privilegiado del apartado 2 del art. 91 se requiere haber participado en los programas de tratamiento a que se refiere el Capítulo II del título V del RP (salidas programadas, grupos en comunidad terapéutica o programas de actuación especializada) en los que destaca aún más la voluntariedad de la participación del penado. Para el adelantamiento del apartado 1 del artículo 1 se requiere el desarrollo continuado de actividades laborales, culturales u ocupacionales, es decir, las previstas en los Capítulos III, IV y V del Título V del RP. La participación en aquellos programas y el desarrollo continuado de estas actividades, es decir, la participación en alguna actividad tratamental constituyen un síntoma de rehabilitación que permite formular un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

No todos los internos, sin embargo, están necesitados de tratamiento o aceptan someterse al mismo. Por ello el tratamiento constituye tan sólo un medio para la consecución de la reinserción social que al mismo tiempo se configura como un derecho

³⁵ Según el artículo 67 LOGP “concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”.

de los internos (artículo 4.2 d) RP) cuya colaboración han de fomentar las instituciones penitenciarias (arts. 4.2 y 61 LOGP y 112 RP). Pero la estimulación de la participación del interno en la planificación y ejecución del tratamiento puede dar lugar a coacciones indirectas, por lo que, según MANZANARES, habrá verdadera voluntad cuando los beneficios previstos se deban al avance obtenido, como consecuencia del tratamiento, en el proceso resocializador, no cuando las ventajas provengan de la propia participación en el tratamiento³⁶. Lo decisivo desde el punto de vista de la prevención especial es la evolución efectiva del interno hacia la reeducación y reinserción, es decir, los resultados del tratamiento en orden a poder formular un juicio de probabilidad respecto del futuro comportamiento del sujeto en libertad.

En la práctica, sin embargo, el proceso discurre por otras vías ajenas a la evolución en el tratamiento, pues los elementos valorativos para clasificar a un interno y otorgarle la libertad condicional en buena medida quedan satisfechos con la observancia de una buena conducta penitenciaria, a pesar de que el artículo 90.1 CP exige también respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por desgracia el tratamiento sigue siendo un sistema premial y poco objetivo. La referencia a la buena conducta incluye un ingrediente ajeno al sistema de individualización científica³⁷, pues el comportamiento no está condicionado por la evolución personal en términos de reinserción, sino por la adaptación al régimen de custodia. Por esta vía, desde un punto de vista práctico y utilitario, se acaba premiando al interno más prisionalizado, al que asume la cultura carcelaria, y utilizando la libertad condicional como elemento pacificador y de gobernabilidad en el interior de los centros penitenciarios. Pero la libertad condicional, y en general los beneficios penitenciarios, como instituciones basadas en la prevención especial, deben concederse al interno después de un estudio en el que se valore no sólo su conducta penitenciaria, sino también, y sobre todo, su evolución desde la perspectiva de la reeducación y reinserción social con base en una evaluación seria y científica de su futura trayectoria de conducta³⁸.

Para la concesión de los beneficios penitenciarios influyen en gran parte requisitos que están en función de la resocialización y, por consiguiente, de la participación en actividades de tratamiento que permitan efectuar un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Pero el tratamiento y las actividades que comporta son voluntarios y, en consecuencia, el interno puede rechazarlas. En principio, pues, cabría pensar que quienes no se sometan al mismo no podrán obtener beneficios penitenciarios. Si fuera así, el tratamiento, indirectamente, parecería para el interno como algo impuesto que tiene que admitir si quiere salir antes en libertad³⁹, y la pena

³⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*, cit., págs. 135-136.

³⁷ Véase MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *ibidem*, pág. 45.

³⁸ Véase ASECIO CANTISÁN, Heriberto, "Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional", *La Ley*, 1989, tomo I, pág. 998. "Es cierto, consideran PRATS y TAMARIT, que no es fácil establecer con criterios científicos una adecuada prognosis de peligrosidad criminal, pero la dificultad no debe hacernos renunciar a cumplir mandatos de orden superior que informan el cumplimiento de las penas. En definitiva supone apostar en favor de criterios de prevención especial, frente al mero castigo desprovisto de finalidad real alguna" (PRATS CANUT, J. M./TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios*, cit., 534).

³⁹ Véase FERNÁNDEZ, J., en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 379. En buenos principios, sostiene MANZANARES, J. L., los únicos beneficios penitenciarios compatibles con un sistema de individualización científica que respete de veras la voluntariedad del tratamiento serían aquellos en los que no jugaran papel alguno las actividades de reeducación y reinserción social en sentido estricto (*Individualización científica y libertad condicional*, cit., pág. 46).

se convertiría en mera retención o custodia, dejando de estar orientada al fin de la reeducación y reinserción social. Por ello la negativa al tratamiento no debe cerrar el paso a la progresión de grado y al disfrute de beneficios penitenciarios, pues también en estos casos sigue teniendo vigencia el mandato constitucional de orientar la pena privativa de libertad hacia esos fines. En este sentido, el artículo 106.4 RP establece que “cuando el interno no participe en ningún programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos”. Por su parte, el artículo 112 RP, después de disponer en su apartado 3 que “el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado”, establece en el apartado 4 que “en los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes”. Tampoco hay que olvidar que, según dispone el artículo 24 LOGP, en su párrafo primero, “se establecerán y estimularán en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo”, actividades regimentales que, de acuerdo con el artículo 71 LOGP, deben estar debidamente coordinadas con las integrantes del tratamiento. Aquellas actividades constituyen también un medio para el éxito de este último y, en todo caso, un instrumento para poder emitir un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social.

VII

El adelantamiento de la libertad condicional constituye, en todo caso, una modalidad especial de esta última institución, por lo que, con independencia de que el ordenamiento penitenciario le otorgue la consideración de beneficio penitenciario, debe participar de la misma naturaleza que la institución de la que deriva, sobre todo cuando los requisitos de ambas instituciones son casi idénticos. En este mismo sentido, pero a la inversa, habrá que preguntarse si la libertad condicional participa también de la consideración de beneficio penitenciario.

La concreción de la naturaleza jurídica de la libertad condicional constituye uno de los aspectos más espinosos y complejos en el análisis de esta institución⁴⁰, pues son varios y diversos los aspectos que deben ser tenidos en consideración a este efecto. Ello explica que la libertad condicional aparezca regulada en una pluralidad de textos legales. En primer lugar, en los arts. 90 a 93 CP, que se contienen en la sección 3.^a (*De la libertad condicional*) del capítulo III (*De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional*), del Título II (*De las penas*) y que regulan los aspectos sustantivos, particularmente los requisitos que se exigen para su concesión. En segundo lugar, en la LOGP desde la perspectiva del tratamiento peni-

⁴⁰ Véase RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., pág. 73.

tenciario como la última fase del mismo (art. 72.1). En tercer lugar, en el RP, cuyos artículos 192 a 201 RP, ubicados dentro del capítulo 1.º (*Libertad condicional*) de su título VIII (*De la libertad condicional y los beneficios penitenciarios*), la regulan (arts. 192 ss.) desde la perspectiva de los aspectos administrativos del expediente de concesión.

Estas distintas regulaciones de la libertad condicional, desde aspectos diversos de la institución, han dado lugar en la doctrina a una discusión acerca de su naturaleza jurídica⁴¹. En el CP aparece regulada junto a las “formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”⁴², mientras que en el art. 72.1 LOGP se la califica como una etapa o grado de la ejecución de la pena según el sistema de individualización científica, y por ello, como un aspecto o instrumento de ejecución de las penas privativas de libertad. En esta misma línea, el artículo 192 RP establece que “los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional”. En la doctrina, se observa también una contraposición de ambos aspectos, pues mientras algunos autores otorgan prevalencia a la perspectiva de su función sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad, otros le atribuyen preferentemente el valor de aspecto, fase o circunstancia de la ejecución de la pena.

A pesar de que, según la legislación penitenciaria se trata del último grado del sistema de individualización científica, algunas razones apuntan a favor de considerarla como algo distinto al cuarto grado, razones que pueden justificar que el legislador mantenga su regulación básica dentro del propio CP⁴³. En primer lugar, porque los requisitos para su aplicación no tienen mucha relación con los criterios de progresión y regresión de grado; en segundo lugar, porque se otorga por un procedimiento también diferente; y por último, porque su contenido difiere absolutamente del régimen que se corresponde con los otros grados.

Originariamente el CP 1995, al haber incluido la libertad condicional entre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, pareció haberla considerado como una alternativa a la pena de prisión, no como una forma específica de cumplimiento de esta pena. Así, por ejemplo, a juicio de MAPELLI⁴⁴, nos encontramos ante un modelo alternativo al cumplimiento tradicional de la privación de libertad que guarda cierta relación con la suspensión y la sustitución de la pena. Mientras éstas están pensadas para una etapa anterior a la ejecución, la libertad condicional lo está para la fase ejecutiva, de modo que vendría a ser una forma de libertad a prueba a la que, siguiendo el modelo clásico, se pueden añadir una serie de reglas de conducta sacadas de entre las medidas no privativas de libertad (art. 96.3 CP) e incluso de las indicadas para la suspensión de la ejecución de la pena (art. 83 CP). Si el legislador -continúa

⁴¹ Véase GRACIA, L. y ALASTUEY, C., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 99.

⁴² Originariamente y hasta la reforma del CP llevada a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la libertad condicional se regulaba dentro de las mismas formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, ya que el Capítulo III, Título II, Libro I, llevaba precisamente esa misma rúbrica. Actualmente, aunque se mantengan las tres mismas Secciones del Capítulo III, su rúbrica, al mencionar expresamente a la libertad condicional junto a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, viene a reconocerle cierta independencia respecto de estas últimas.

⁴³ Véase MAPELLI, en MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 145; PERIS RIERA, J., “Art. 90”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, pág. 1217-1218.

⁴⁴ Véase MAPELLI, B., en *Las consecuencias jurídicas...*, cit., pág. 145.

diciendo MAPELLI- ha querido exigir que para obtener este beneficio se precisa estar clasificado en el tercer grado no se debe, pues, a razones de progresión, sino para garantizar el pronóstico de no comisión de nuevos delitos. La cuestión tiene importancia, para este autor, sobre todo de *lege ferenda*, ya que independizada de la progresión la libertad condicional podría otorgarse sin necesidad de que el penado recorra todos los grados, y asimismo se haría extensiva a los presos preventivos que debido a la incidencia del principio de presunción de inocencia no pueden ser clasificados. También BUENO ARÚS⁴⁵, a partir de la regulación que efectúa el CP, sobre todo con anterioridad a la reforma del CP llevada a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, entiende que ya no se puede sostener que esta institución se configure como una forma específica de cumplimiento de las penas de prisión. “Aunque no lo diga expresamente -afirma BUENO-, el Código parece apuntar hacia la razonable tesis doctrinal de que la libertad condicional en realidad supone la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y su sustitución por una privación de derechos”.

Un número significativo de autores discrepa de estas últimas interpretaciones⁴⁶ poniendo de manifiesto el error del legislador de 1995 al configurar la libertad condicional como una forma sustitutiva de las penas privativas de libertad, ya que no pretende evitar los efectos desocializadores de la prisión (como la suspensión y la sustitución de la pena), sino simplemente que el condenado que reúna los requisitos legales y haya demostrado con su evolución que no necesita más su permanencia en el centro penitenciario por haber alcanzado un alto grado de resocialización, pueda cumplir en libertad el último tramo de su condena. En este sentido la libertad condicional constituye una forma de cumplir condena⁴⁷, pues durante esa etapa no se rompe la relación de sujeción especial, el liberado sigue bajo el control de la Administración y Jurisdicción penitenciarias y esta última puede revocarla. No es cierto, sin embargo, como parecen pensar algunos⁴⁸, que la libertad condicional abrevia la duración de una pena privativa de libertad. En modo alguno la libertad condicional supone un acortamiento de la condena, pues el liberado sigue cumpliendo la pena que le fue impuesta aunque se encuentre fuera del centro penitenciario. La eventual imposición de reglas de conducta por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria y sobre todo la posible revocación de la misma, no son más que una prueba evidente -considera RENART⁴⁹- de que la relación que une al interno con la Administración penitenciaria permanece hasta el momento de su liberación definitiva. Otra cosa, y esto ya es cierto, es que la libertad condicional supone una abreviación del tiempo de internamiento efectivo.

⁴⁵ BUENO ARÚS, F., “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes”, en CEREZO MIR, J.; SUÁREZ MONTES, F.; BERISTAIN IPIÑA, A. Y ROMEO CASABONA, C. M. (Editores): *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 575.

⁴⁶ Véase F. RENART, *La libertad condicional...*, cit., págs. 72-73. De cualquier manera, en el CP ya no se trata a la libertad condicional como un sustitutivo de la ejecución de las penas privativas de libertad, aunque se asemeje a ellos, pues la rúbrica del capítulo III del Título III del Libro I CP ya no la identifica con las formas sustitutivas de la ejecución de penas privativas de libertad (GRACIA, L. y ALASTUEY, C., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., págs. 99-100).

⁴⁷ Véase SÁNCHEZ ILLERA, I., “Art. 90”, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 511 ss.; PRAT WESTERLINCH, C., *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 73.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, PERIS RIERA, J., “Art. 90”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, cit., pág. 1213.

⁴⁹ RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., pág. 75.

Otros autores, como GRACIA y ALASTUEY⁵⁰, consideran que la libertad condicional pertenece al campo de ejecución de la sentencia, de carácter procesal y por tanto jurisdiccional y, en consecuencia, no puede tener la naturaleza de elemento o fase de la ejecución material de la pena, de carácter administrativo, pues precisamente se caracteriza por suponer el cese de la ejecución material. Para estos autores se trata de una figura orientada a la resocialización que goza de la naturaleza de la institución de la libertad a prueba. En esta misma posición de considerar la libertad condicional como actividad jurisdiccional y no penitenciaria se sitúa FERNÁNDEZ DE ARÉVALO⁵¹. Según él, originariamente la libertad condicional se configuró como un período del sistema progresivo irlandés o de *Crofton* y, por tanto, como una actividad administrativa, cuya aprobación correspondía al Consejo de Ministros. En cambio, actualmente, al corresponder su concesión al Juez de Vigilancia Penitenciaria, debe ser configurada como un acto de ejecución penal, de modo que cualquier excarcelación anticipada constituye una manifestación de la potestad jurisdiccional en su vertiente ejecutiva, de hacer ejecutar lo juzgado. De acuerdo con ello, la doctrina procesal configura estas decisiones como auténticas modificaciones cualitativas de las penas privativas de libertad, en el sentido de que las penas prosiguen su cómputo pero en una situación material efectiva de libertad. Con ello la libertad condicional ha dejado de ser un grado del sistema de individualización científica para asimilarse, por la ubicación sistemática dentro del CP y del RP, a las formas sustitutivas de ejecución de las penas de prisión y a los beneficios penitenciarios.

En realidad, la libertad condicional se asemeja más a la institución de los beneficios penitenciarios que a las formas sustitutivas de ejecución de las penas de prisión. Como ya se ha visto, el adelantamiento del momento de la libertad condicional, cuando se den determinados requisitos o circunstancias que, desde el punto de vista de la prevención especial, no hacen ya aconsejable mantener el internamiento, es considerado en nuestro ordenamiento jurídico un beneficio penitenciario. Esta calificación, aunque no le sea otorgada formalmente a la libertad condicional en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco es ajena a ella desde una consideración material que atiende a las notas que definen el concepto de beneficio penitenciario. Por eso no faltan autores que, con base en distintos argumentos, la consideran efectivamente como un beneficio penitenciario. En cierto sentido no deja de ser extraño que una modalidad de una institución, como es el caso del adelantamiento de la libertad condicional, pase a tener una naturaleza distinta de la institución de la que deriva.

Aunque la libertad condicional no tenga formalmente en nuestro ordenamiento jurídico la consideración de beneficio penitenciario, participa de sus notas conceptuales, pues consiste en la posibilidad de cumplir en libertad el último período de condena, siempre que exista un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social. El fundamento de la libertad condicional radica precisamente en la posibilidad de que el interno, al reunir los requisitos que exige la ley, está capacitado para hacer vida en libertad, aunque no sea aún de forma definitiva, sino condicionada como un período previo de adaptación a la vida en libertad que ya ha ido asumiendo progresivamente con los permisos de salida y el tercer grado. Desde una perspectiva jurídico-penal la libertad condicional, como parte integrante del sistema de individualización científica

⁵⁰ GRACIA, L. y ALASTUEY, C., en *Lecciones de consecuencias jurídicas...*, cit., págs. 99-100.

⁵¹ FERNÁNDEZ DE ARÉVALO, L., en *Ley General Penitenciaria*, cit., págs. 620-621.

y como instituto de prevención especial o resocializador, es una institución que se otorga a aquel condenado que ha demostrado, con su comportamiento en prisión, que no necesita más su permanencia en un centro penitenciario por haber alcanzado tal grado de resocialización que sólo la vida en libertad puede serle beneficiosa⁵². Por ello no faltan autores que, como BUENO ARÚS⁵³, mantienen la posición de considerar a la libertad condicional como beneficio penitenciario.

Existen argumentos de índole sistemática que avalan la consideración de la libertad condicional como beneficio penitenciario. El CP regula el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional a continuación de esta última institución, en el mismo Título III, capítulo III, sección 3.^a (arts. 90 y 91), como un supuesto excepcional de ella. Como modalidad de la libertad condicional su adelantamiento exige los mismos requisitos, sin perjuicio lógicamente de otros específicos. Por tanto, si los requisitos legales de la libertad condicional y del adelantamiento de la libertad condicional son casi idénticos y, además, se ubican sistemáticamente dentro del mismo título, capítulo y sección del CP, entonces, la naturaleza jurídica de ambas instituciones ha de ser, señala VEGA ALOCÉN, por fuerza la misma: un beneficio penitenciario⁵⁴. Por su parte, el RP 1996 regula la libertad condicional y los beneficios penitenciarios en un mismo título (*VIII. De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios*), aunque separados en dos capítulos distintos. Desde un punto de vista histórico ya el artículo 174 CP 1928 la consideró como un beneficio penitenciario. Y también el artículo 61 RP 1981, a pesar de tratar los beneficios penitenciarios separadamente de la libertad condicional, pues ubicaba aquéllos en un Título autónomo (*VII. De los beneficios penitenciarios*), mientras que la libertad condicional la regulaba en el capítulo V (*Libertad de los penados*) del Título II (*Del régimen penitenciario*). Por otra parte, el artículo 194 del vigente RP conceptúa expresamente a la libertad condicional como beneficio. En atención a las consideraciones efectuadas, no puede decirse sin más que se trata de un lapsus del redactor del Reglamento, como sostiene RENART⁵⁵.

No obstante, nuestro ordenamiento jurídico no considera beneficio penitenciario a la libertad condicional. Sólo califica como tal a su adelantamiento. Pero desde una perspectiva material no hay ningún obstáculo para considerar también a la libertad condicional como beneficio penitenciario. Se trataría de una institución mixta, que gozaría de la condición de beneficio penitenciario sin dejar de ser al mismo tiempo el último grado o fase del sistema de individualización científica en el cumplimiento de las penas de prisión que goza de la naturaleza de la libertad a prueba.

⁵² Véase ASENCIO CANTISÁN, H., “Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional”, en *La Ley*, tomo 1, 1989, pág. 998.

⁵³ BUENO ARÚS, F., en *Criminología y Derecho penal al servicio de la personas*, cit., págs 999-1000. En la misma línea de BUENO ARÚS, FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Los beneficios penitenciarios”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca-Colex, Madrid-Salamanca, 2001, pág. 378, apoyándose en la definición de beneficio penitenciario del art. 202.1 RP. En opinión de PRATS y TAMARIT sorprende que en la definición legal de beneficio penitenciario del artículo 202 RP no se recoja como tal a la libertad condicional ordinaria, “la cual también supone un acortamiento del tiempo de internamiento, si bien de menor entidad que el recogido” en el artículo 91 CP (*Comentarios...*, cit., págs. 534-535). VEGA ALOCÉN tampoco entiende “por qué el legislador no incluye de forma expresa en el concepto de beneficio penitenciario, a la libertad condicional, pues es también una reducción de la duración del tiempo efectivo de internamiento” (VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., pág. 139).

⁵⁴ VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., págs. 141-142.

⁵⁵ RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., pág. 74.

VIII

Como se ha puesto de manifiesto, el adelantamiento de la libertad condicional, pese a ser calificado de beneficio penitenciario por el RP 1996, no deja de ser una modalidad de la libertad condicional. Por un lado, la libertad condicional, como norma general, y sus supuestos excepcionales se regulan en la misma Sección Tercera (De la libertad condicional) del Capítulo III del Título III del Libro I CP 1995. Por otro lado, los supuestos de adelantamiento de la libertad condicional exigen reunir el resto de los requisitos legales de la libertad condicional a excepción del temporal. En consecuencia, aunque el legislador guarde silencio, hay que admitir que al adelantamiento le son también de aplicación el procedimiento de concesión, las causas de revocación o las reglas de conducta del artículo 90.2⁵⁶.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación subjetivo el adelantamiento de la libertad condicional, al igual que la libertad condicional, sólo se aplica a los presos sentenciados o penados, nunca a los preventivos (arts. 90.1 y 91.1 y 2 CP y 205 RP). Pero aparte de que expresamente se mencione a los sentenciados o penados, esta exigencia se deduciría ya de los mismos requisitos de la libertad condicional, pues para que el interno progrese hasta el tercer grado del tratamiento penitenciario, ha de estar previamente clasificado, y eso sólo es posible en el caso de los penados en sentencia firme, y, por otro lado, el art. 91 CP, al igual que el 90 CP, exige haber extinguido una determinada parte de la condena.

Como institución derivada de la libertad condicional, su adelantamiento es aplicable sólo y a toda clase de penas privativas de libertad, sin ningún límite de tiempo, pues el CP 1995 ha eliminado el límite mínimo de un año del artículo 98 CP 1973 para poder disfrutar de este beneficio. El artículo 91.1 CP expresa y exclusivamente se refiere a los “sentenciados a penas privativas de libertad” que además estén clasificados en tercer grado⁵⁷. De acuerdo con el artículo 35 CP son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. A ellas, con la excepción evidente de la localización permanente, les es de aplicación esta institución.

El artículo 90.2 CP establece que “el juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código”. Quienes, como PRATS CANUT y TAMARIT SUMALLA⁵⁸, consideran que, por paradójico que sea, libertad condicional y adelantamiento de la misma tienen un tratamiento distinto y, en consecuencia, son instituciones de naturaleza distinta (forma de cumplimiento y beneficio penitenciario, respectivamente), entienden que la previsión del art. 90.2 CP, que permite imponer reglas de conducta en el período de cumplimiento en libertad, no puede ser extrapolada al adelantamiento de la libertad condicional y, en consecuencia, no es posible aplicarlas a la libertad condicional adelantada. PERIS RIERA⁵⁹, aunque con un planteamiento distinto basado en

⁵⁶ Véase SÁNCHEZ ILLERA, I., en *Comentarios...*, cit., pág. 519.

⁵⁷ Véase GRACIA, L./ALASTUEY, C., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 98, VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., págs. 145-146.

⁵⁸ PRATS CANUT, J. M y TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios...*, cit., pág. 536.

⁵⁹ PERIS RIERA, J., en *Comentarios al Código Penal*, t. III, cit., págs. 1233-1234.

la concurrencia de suficientes factores positivos en la evolución del interno, niega la aplicación de las reglas de conducta a la libertad adelantada. En su opinión la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social en el que se han valorado la buena conducta y su participación continuada en determinadas actividades, vendría a ser incompatible con la aplicación de las reglas de conducta. Por ello para él la ausencia de previsión en el art. 91 CP de la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria imponga la observancia de reglas de conducta es inherente al fundamento de la excepcionalidad de este supuesto.

La mayoría de la doctrina, en cambio, considera que, aun tratándose de un supuesto excepcional, al ser el adelantamiento de la libertad condicional una institución derivada de ella, nada se opone a que, salvo disposición en contrario, le sean aplicables todos los aspectos de la libertad condicional⁶⁰. En consecuencia, en la libertad condicional extraordinaria, concedida por adelantamiento, no se acorta o reduce la condena como ocurre en la redención de penas por el trabajo. El penado sigue cumpliendo la pena, aunque sea fuera del establecimiento penitenciario, por lo que tiene su razón de ser que pueda ser sometido a determinadas condiciones, entre ellas la eventual aplicación de reglas de conducta. Como ya se ha indicado anteriormente, el adelantamiento de la libertad condicional no es más que una modalidad de esta última institución con la que comparte un mismo fundamento preventivo-especial y un mismo encuadramiento sistemático. Ello, unido al claro tenor literal del artículo 90.2 CP, obra a favor de hacer extensivas las reglas de conducta también al adelantamiento de la libertad condicional. No hay que olvidar que el liberado condicional, ya lo sea conforme al supuesto normal o por adelantamiento, sigue cumpliendo el resto de su condena en situación de excarcelación, excarcelación que se produce en base a un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, es decir, en base a un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del penado en libertad. Nada tiene de extraño, pues, que el liberado condicional sea sometido a un seguimiento y control hasta el cumplimiento total de la condena o, en su caso, hasta la revocación de la libertad condicional. Dentro de este proceso de seguimiento y control, las reglas de conducta aplicables tienen la función de ayudar al liberado condicional a evitar la recaída en el delito. Ayuda que tiene sentido tanto para el liberado condicional que lo haya sido conforme a la regla general como para el que lo haya sido por adelantamiento. Este último, por lo general, al haber tenido que acreditar el desarrollo de determinadas actividades o la participación en determinados programas y ofrecer por ello mayores síntomas de rehabilitación tendrá menos necesidad de tales ayudas, pero ello no quiere decir que haya incompatibilidad entre el adelantamiento de la libertad condicional y la imposición de observancia de determinadas reglas de conducta hasta el punto de que a esa institución no le sea de aplicación en ningún caso el artículo 90.2 CP. Por otro lado, la imposición de la observancia de tales reglas de conducta por parte del Juez de Vigilancia es sólo facultativa teniendo en cada caso que motivarse la decisión en atención a la ponderación razonada de los distintos factores que hayan motivado la propuesta. En este sentido la remisión que ahora efectúa el artículo 90.2 CP a los artículos 83 y 96.3 ofrece más posibilidades al Juez de Vigilancia

⁶⁰ Véase GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas...*, cit., págs. 125-126; MANZANARES, J. L., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, cit., pág. 1300; VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., págs. 130 y ss.; RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., págs. 217-218; LASCURAÍN, J. L., en *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 294.

Penitenciaria que la remisión al artículo 105 que regía hasta la reforma operada por la LO 7/2003, de 30 de junio 2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

De acuerdo con el artículo 93. 1 CP “el período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional”. La situación de libertad condicional está condicionada, pues, a que el sujeto no vuelva a delinquir y observe las reglas de conducta impuestas durante el tiempo de disfrute de la libertad condicional hasta cumplir totalmente la condena.

En principio cabría pensar que no es posible la revocación en relación con el adelantamiento ya que no se hace ninguna mención a ella expresamente ni en el CP ni mucho menos en el RP 1996. Pero hay que advertir que el artículo 93 se refiere al período de libertad condicional con independencia de si el mismo comienza en un momento u otro, si tiene lugar con arreglo al supuesto normal o de forma adelantada. Este precepto se refiere, pues, también a las dos modalidades de libertad condicional⁶¹.

No obstante, parece poco razonable, por desproporcionado, equiparar los dos supuestos, comisión de un nuevo delito e inobservancia de las reglas de conducta, a efectos de revocar automáticamente la libertad condicional. Como ya se ha puesto de relieve, la función de la regla de conducta es ayudar al liberado condicional a evitar la recaída en el delito. Por ello en los casos en que se hubieran inobservado las reglas de conducta, hubiera sido más lógico que, como considera C. NAVARRO⁶², en lugar de la revocación automática, el legislador hubiera previsto un sistema de sustitución de las medidas impuestas por otras, de modo análogo a como ocurre en la suspensión de la ejecución de la pena. En todo caso, entiende MAPELLI⁶³ que la revocación no puede ser automática por esta causa, pues el Juez de Vigilancia deberá valorar todas las circunstancias en función de las exigencias resocializadoras antes de decidir si revoca o no la libertad condicional.

⁶¹ Véase MANZANARES, J. L., en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit., pág. 1300; VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional en el Derecho español*, cit., págs. 130-132.

⁶² NAVARRO VILLANUEVA, C., en CID, J. y LARRAURI, E., *Penas alternativas a la prisión*, cit., pág. 244.

⁶³ B. MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 149.

Dra. M.ª Concepción Molina Blázquez
Profesora Ordinaria de Derecho Penal
*Universidad Pontificia de Comillas de Madrid**

La respuesta del ordenamiento jurídico español actual a la delincuencia habitual**

Sumario: 1. Introducción. 2. El Código Penal de 1995 y la reiteración delictiva. 2.1. La reiteración delictiva en el ámbito de la determinación y ejecución de las penas; a) Los reincidentes; b) Los que delinquen por primera vez; c) Los reos habituales. 2.2. La habitualidad como elemento típico. 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

“La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones...”¹. Con estas palabras comenzaba el legislador, en la LO 11/2003, su justificación de la reintroducción en el ordenamiento jurídico español de la agravante de multirreincidencia y de la creación de tres tipos que recogen la conversión en delito de la reiteración de conductas constitutivas de falta.

Pues bien, no debe olvidarse que la Exposición de Motivos de la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma parcial y urgente del Código Penal, justificaba la desaparición de la antigua agravante de multirreincidencia y de los tipos que sancionaban con pena de delito la reiteración de la comisión de faltas contra el patrimonio con las siguientes palabras:

* Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación sobre “El proceso de reforma del sistema de determinación de la responsabilidad penal: Análisis de los fundamentos dogmático-penales y constitucionales y de su eficiencia en la aplicación”, que se desarrolla en el Área de Derecho penal de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y que ha sido financiado por el MEC (Proyecto SEJ004-05603/JURI) dentro del Plan Nacional de I+D para el trienio 2004-2007”.

** A mi querido maestro el Prof. Dr. D. Francisco Bueno Arús en reconocimiento a sus virtudes humanas y científicas.

¹ Vid el número II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, BOE 30 de septiembre de 2003.

“...además se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia, establecidos hasta ahora en el artículo 61.6.º del Código Penal. Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: La exasperación del castigo del delito futuro [es] de por sí contraria al principio de ‘non bis in idem’, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.”

Entre la LO 8/1983 y la LO 11/2003 median veinte años, y la elaboración y puesta en vigor de un nuevo Código Penal, y sin embargo ambos textos manifiestan el fracaso del ordenamiento jurídico español en dar respuesta a la reiteración en el delito. Dicho fracaso se alegaba en 1983 como uno de los motivos para suprimir la multirreincidencia -que se manifestaba como inútil para luchar contra la recaída en el delito- y, llamativamente, es el mismo fracaso el que aboca al legislador en 2003 a reintroducir dicha agravante. ¿Qué mecanismo ha estado utilizando el ordenamiento jurídico español para luchar contra la reiteración en el delito durante ese tiempo?² Singularmente ¿cuál ha sido el instrumento diseñado por el Código Penal de 1995 que se ha mostrado fallido para acabar con el problema? Lo cierto es que ninguno puesto que el Código Penal de 1995 no creó ningún instrumento específico de lucha contra la delincuencia habitual, como veremos inmediatamente.

2. EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LA REITERACIÓN DELICTIVA.

En el diseño original del Código Penal de 1995 la reiteración en la conducta delictiva se manifestaba en dos vertientes distintas: de una parte, adquiriría consecuencias en el ámbito de la determinación y ejecución de la pena y, de otro, constituía un elemento del tipo en ciertos delitos.

2.1. La reiteración delictiva en el ámbito de la determinación y ejecución de las penas.

Un repaso a las normas establecidas en el Código Penal de 1995 sobre determinación y ejecución de penas, contenidas en los artículos 61 a 94, permite detectar que el legislador diferenció, en relación a la reiteración delictiva tres tipos de delincuentes; los que delinquen por primera vez, los delincuentes reincidentes y los reos habituales³.

Los conceptos que se refieren a los tres tipos de delincuentes que acabamos de señalar operan, en el Código Penal, en momentos distintos de la vida de la pena.

² Desde luego que no cabe achacar a la supresión de la multirreincidencia el aumento de las cifras de criminalidad y de reincidencia puesto que de haber sido ese el motivo el incremento se habría presentado en la época posterior a 1983 y no a finales de los años noventa.

³ Ya a finales del siglo XIX comienza la diferenciación y separación de los conceptos de reincidencia y habitualidad, Vid. extensamente, ASÚA BATARRITA, A., *La reincidencia*, Deusto, 1982, pp. 437 y ss.; la reincidencia es la recaída en el delito, mientras que la habitualidad exige la reiteración de infracciones del mismo género y la tendencia al crimen, la primera sería una noción estrictamente jurídica mientras que la segunda a la vez que jurídica es criminológica. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “El delincuente habitual y el recidivismo” en *El criminalista*, V. de Zavallía (Buenos Aires), 1958, pp. 253 y ss.

En efecto, la consideración del delincuente como reincidente tiene efectos en cuanto a la determinación del *quantum* de pena que se le debe imponer, mientras que la consideración del mismo como delincuente primario o reo habitual tiene trascendencia en la ejecución de la pena impuesta y, singularmente, en las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad.

Dado que la imposición de la pena precede a su ejecución abordaremos primero la figura del delincuente reincidente y posteriormente la del que delinque por primera vez y la del reo habitual.

a) Los reincidentes

En sentido amplio puede considerarse que reincidir es insistir en el delito, volver a delinquir, y, por tanto, reincidente sería aquél delincuente que ha delinquido con anterioridad. Sin embargo, en el ámbito jurídico, no siempre que se comete un nuevo delito existe reincidencia porque la ley suele exigir, para considerar que un delincuente es reincidente, la concurrencia de una serie de requisitos, a los que, además, asocia unas consecuencias jurídicas concretas.

La respuesta tradicional del ordenamiento jurídico español a la recaída en el delito ha sido la elevación de la pena con la que se sancionaba el nuevo delito cometido. Así, con anterioridad a la etapa codificadora, se consideraba reincidencia la repetición de la misma conducta delictiva, y a su concurrencia se asociaban ya efectos agravatorios⁴. Hay que esperar al Código Penal de 1822⁵ para que el legislador establezca un concepto de reincidencia⁶ -comisión de un nuevo delito de la misma especie que aquél por el que ya fue juzgado el reo-, del que ya en fecha tan temprana distingue la reiteración⁷ -comisión de un delito distinto que aquél por el que fue condenado con anterioridad-. En este Código la reincidencia por primera vez era sancionada con el doble de pena y la reincidencia por segunda vez con el cuádruplo⁸, mientras que la reiteración, considerada una mera agravante, podía dar lugar a la imposición de la pena en su grado máximo pero no a incrementarla⁹. Debe recordarse, además, que ya este Código Penal contiene, rindiendo tributo a la legislación histórica española, cualificaciones por reincidencia para los delitos patrimoniales¹⁰.

Ya en el Código Penal de 1848, que marca la estructura de los Códigos Penales españoles hasta el año 1995 -con la salvedad del Código de 1928- la reincidencia aparece enmarcada en el catálogo de las agravantes como una circunstancia genérica más cuya eficacia penológica se limita, como la del resto, a obligar a imponer la pena en

⁴ Dichos efectos podían incluso llegar a la aplicación de la pena capital por infracciones leves reiteradas. Vid. ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, p. 7.

⁵ El Capítulo V del Título Preliminar, denominado *De las reincidencias y del aumento de penas en estos casos*, comprendía los artículos del 116 al 121; existían, además, otras normas sobre reincidencia dispersas a lo largo del articulado.

⁶ Establecía el artículo 116 que: "Los que hayan sido condenados judicialmente por alguna culpa o delito de los que no tengan señalada por la ley pena corporal ni infamatoria, ni habilitación perpetua para obtener empleos o cargos públicos, incurrirán en reincidencia cuando dentro de los dos años siguientes al día en que hubieren cumplido su condena, u obtenido indulto particular por aquella culpa o delito, cometan otra u otro que esté comprendido en el mismo título de este código que el primer delito o la primera culpa." (Se ha respetado la ortografía del texto original).

⁷ Establecía el artículo 121 que "El que habiendo sido condenado judicialmente por algun delito o culpa, cometa otro u otra, por diferente que sea..."

⁸ En algunos casos era aplicable una escala particular de penas establecida en el artículo 119.

⁹ Vid. los artículos 119, 120 y 121. Más extensamente ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, p. 28 y ss.

¹⁰ Vid. extensamente ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, pp. 57 y.

su grado máximo si no concurría con atenuantes. Sin embargo, este Código apenas indicaba qué debía entenderse por reincidencia, salvo que los delitos cometidos por el reo tenían que ser de “la misma especie”¹¹. Por su parte, la reiteración, que se limita a los supuestos en los cuales el delito cometido con anterioridad esté sancionado con igual o superior pena a la del nuevo, sigue conservando su carácter de agravante común, con los mismos efectos penológicos, por tanto, que la reincidencia¹². La atemperación de la extrema dureza con la que se trataba al delincuente reincidente no se extendió, sin embargo, a la regulación de los delitos contra la propiedad para los que por contraste con la situación anterior -en la que podía llegar a imponerse pena de muerte por la realización del tercer hurto- la imposición sólo del grado máximo de la pena pareció insuficiente¹³. Esto fue lo que movió al legislador a introducir una serie de cualificaciones por reincidencia en los delitos contra el patrimonio¹⁴.

El tratamiento que el ordenamiento jurídico español estableció para la recidiva¹⁵ se mantuvo, con levísimas modificaciones, hasta el Código Penal de 1973, que antes de la Reforma operada mediante LO 8/1983, distinguía la reincidencia¹⁶, la multirreincidencia¹⁷ y la reiteración¹⁸. Los efectos penológicos de la reincidencia y la reiteración eran, en este Código, equivalentes a los del resto de las circunstancias agravantes, suponiendo como mucho la imposición del grado superior de la pena, mientras que la presencia de la agravante de multirreincidencia podía llevar a la imposición de la pena superior en grado¹⁹. También se mantenían en este Código, en algunos delitos contra el patrimonio, las cualificaciones por reincidencia²⁰.

¹¹ El artículo 10.18.º consideraba circunstancia agravante “ser reincidente de delito de la misma especie”. Vid. extensamente ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, pp. 132 y ss.

¹² El artículo 10.17.º consideraba circunstancia agravante “haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena.” Vid. extensamente ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, pp. 162 y ss.

¹³ La extrema dureza de los Códigos Penales españoles con los delitos contra el patrimonio se manifiesta en el hecho de que hasta la Reforma operada por L 81/1978, de 28 de diciembre, existían hurtos castigados con la misma pena que el homicidio.

¹⁴ Vid. ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, pp. 176 y ss. Debe destacarse que es en este Código Penal en el que se empleo por vez primera el término reo habitual -de hurto- para designar al que comete tres o más hurtos con un intervalo de menos de veinticuatro horas (artículo 428.2.º); la Reforma de 1850 sustituyó el término reo habitual por reincidente.

¹⁵ Término que se empleaba para agrupar las agravantes de reincidencia y reiteración. Vid. RODRÍGUEZ DEVE-SA, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español, Parte General*, Dykinson, 1992, p. 744.

¹⁶ Establecía el artículo 10.15.º del Código Penal de 1973 que “Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código. Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia”.

¹⁷ La multirreincidencia fue introducida en el Código Penal de 1932 con una eficacia penológica limitada puesto que permitía al Tribunal subir la pena de grado, fue la Reforma de 1944 la que estableció que dicho incremento de pena era obligatorio. Las sucesivas reformas del Código Penal siguieron afectando a esta materia.

¹⁸ Según el artículo 10.14.º del Código Penal de 1973 “hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor”.

¹⁹ En efecto, establecía el artículo 61.6.º “Cualquiera que sea el número y la entidad de las circunstancias agravantes, los tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada por la ley en su grado máximo, salvo en el caso en que concurra la agravante de multirreincidencia, definida en el artículo 10, circunstancia 15, en el que se podrá aplicar la pena superior en grado, en la extensión que aquellos [los jueces o tribunales] estimen conveniente”.

²⁰ Se trataba, entre otros, de los artículos 515.4.º y 528.4.º del Código Penal de 1973, ambos con idéntico contenido: (“Los reos de hurto [estafa] serán castigados: 4.º. Con la [pena] de arresto mayor si no excediese de 15.000 pesetas y el culpable hubiera sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación indebida.”).

Como es sabido el Código Penal de 1973 es heredero directo del Código Penal de 1848. También es del dominio público que mientras que el Código Penal de 1848 se promulgó tras una pausada reflexión sobre el mismo el resto de los mal llamados Códigos Penales han sido fruto de reformas apresuradas. Quizá sea por eso que los preceptos del Código Penal de 1848 estuvieran en consonancia con el nivel de desarrollo de la ciencia penal de aquel momento, mientras que el resto parecen vivir de espaldas a la misma. Respecto de la reincidencia resulta, en este sentido, significativo que los comentaristas del Código Penal de 1848 aceptaran sin mayores cuestionamientos que la agravación de la pena, e incluso su elevación en ciertos supuestos, quedaba justificada por la “mayor perversidad” del reo reincidente²¹. También merece ser destacado como, tras la convulsión sufrida por la aparición de la Escuela Positiva, una nueva generación de penalistas, a finales ya del siglo XIX, criticó ya la solución legislativa a la reincidencia que a su juicio constituía únicamente un síntoma para detectar la “peligrosidad” del sujeto, “peligrosidad” que debía ser prevenida, no mediante agravaciones de pena, sino mediante medidas²².

Desde la aprobación de la Constitución española de 1978 se elaboraron distintos proyectos, anteproyectos, borradores y propuestas de nuevo Código Penal en los que la recaída en el delito era abordada de maneras diversas que sin embargo no resultaban tan distantes unas de otras. En efecto, la legislación proyectada mayoritariamente consideraba la reincidencia como causa de agravación de la pena, aunque algunas de las propuestas la incluyeran entre las circunstancias modificativas y otras en la determinación de la pena; también existía una diversidad de planteamientos en cuanto a suprimir, o no, la reiteración y respecto de los efectos penológicos que se le otorgaba a la misma. Tan sólo uno de las propuestas, el Anteproyecto de Código Penal de 1983, planteaba una solución auténticamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico: suprimir la agravante de reincidencia y sustituirla por la habitualidad, que se abordaba como un supuesto de peligrosidad y se combatía con medidas de seguridad²³.

Los intentos de elaboración del nuevo Código acabaron plasmándose en el Código Penal de 1995 que, abandonando cualquier intento de regular el problema en el ámbito de la peligrosidad y de las medidas de seguridad, trata el problema de la reiteración delictiva en los términos que han sido tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el Código Penal de 1995 considera la reincidencia una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal²⁴ -aunque prescinde de la reiteración delicti-

²¹ La mayor perversidad parecía significar “propensión al delito especialmente arraigada y rebelde a la primera experiencia de condena”. Vid. ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, p. 457.

²² Vid. ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, p. 459.

²³ La evolución del tratamiento en las distintas propuestas puede consultarse en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares/Universidad de Granada, 1999, pp. 31 y ss.

²⁴ Establece el artículo el artículo 22.8.º que es una circunstancia agravante ser reincidente y, a continuación señala que: “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. Alaba la doctrina que el legislador haya establecido que el delito, además, de ser del mismo título sea de la misma naturaleza. Vid., por todos, GOYENA HUERTA, J., “Reincidencia” en *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Muñoz Cuesta (coord.) Aranzadi, 1997, pp. 173-4.

va- y se le otorgan los mismos efectos penológicos que al resto de las agravantes²⁵. A nuestro juicio es incuestionable que en la decisión del legislador de mantener la reincidencia en estos términos pesó la decisión del Tribunal Constitucional²⁶, contraria al criterio de un significativo sector de nuestra doctrina, de considerar que la agravante de reincidencia era conforme a la Constitución española²⁷.

b) *Los que delinquen por primera vez*

La legislación española comúnmente ha exigido al reo, como requisito para suspender la ejecución de las penas privativas de libertad, que se tratara de un *delincuente primario*²⁸ y en virtud de ello parte de la doctrina consideraba que el objetivo de este instituto era evitar sistemáticamente y a toda costa la entrada del delincuente primario en prisión²⁹ para sustraerle de los efectos negativos de las penas cortas privativas de libertad³⁰. El Código Penal de 1995 establece, como requisito para la concesión de la suspensión ordinaria de la pena, que el condenado “haya delinquirido por primera vez”, aunque inmediatamente aclara que a tales efectos “no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo”³¹. Es decir, no concurrirá el requisito en los delinquentes que hayan sido condenados por un delito doloso y no estén, o puedan estar, rehabilitados. Tres cuestiones resultan, a estos efectos, problemáticas: En primer lugar, se plantea si concurre el requisito en aquellos delinquentes que han sido condenados por una falta dolosa, cuestión que la doctrina mayoritaria soluciona afirmativamente³²; en segundo lugar la doctrina y la jurisprudencia se muestran unánimes al considerar que “sólo puede decirse que se ha delinquirido cuando hay una sentencia firme que así lo establece”³³, de lo que se sigue que se considera cumplido el requisito en delinquentes que hayan cometido otros delitos dolosos, siempre y cuando todavía no haya recaído sentencia firme sobre dichos hechos³⁴; y en tercer lugar es preci-

²⁵ Los efectos penológicos de las circunstancias modificativas están recogidos en el artículo 66 que, en el momento de la aprobación del Código Penal de 1995, establecía que las circunstancias agravantes, y por eso también la reincidencia, podían suponer, como mucho, la imposición de la mitad superior de la pena. Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, 2002, pp. 63 y ss.

²⁶ STC 150/1991, de 4 de julio.

²⁷ Vid. sobre este tema extensamente MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia...*, pp. 109 y ss.

²⁸ Así es, establecía el artículo 93.1.º del Código Penal de 1973, antes de la reforma sufrida por LO 8/1983, que la primera condición indispensable para suspender el cumplimiento de la condena era “Que el reo haya delinquirido por primera vez”. La LO 8/1983 modificó el tenor de esta norma estableciendo que también podían acceder a la suspensión de la condena los reos que hubieran sido rehabilitados, o pudieran serlo, y los que hubieran sido condenados una primera vez por imprudencia.

²⁹ Vid. MAQUEDA ABREU, M.ª L., *La condena condicional*, Universidad de Granada, 1981, p.18.

³⁰ Vid. ARMENDÁRIZ LEÓN, C., en Molina Blázquez (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, 2005, pp.114-5.

³¹ Vid. el artículo 81.1.º del Código Penal de 1995.

³² Vid., como exponentes de la doctrina mayoritaria, GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 302-3; en contra ARMENDÁRIZ LEÓN, C. en *La aplicación...*, p. 120.

³³ En este sentido LLORCA ORTEGA, J., “Suspensión de la pena privativa de libertad”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, vol. 2, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 224. También lo han interpretado así los Tribunales vid. por todas la STS núm. 1196/2000, de 17 de julio, (RJ 2000/7112).

³⁴ En dichos casos, sin embargo, el Tribunal tendrá que valorar la concesión de la suspensión puesto que el que se hayan cometido diversos hechos delictivos, aunque no haya recaído sentencia firme sobre ellos, pone en tela de juicio la peligrosidad criminal del condenado que es, según el artículo 80.1. párrafo 2, el aspecto esencial a tener en cuenta para la concesión.

so que al cometer el hecho respecto del que se ha impuesto la pena sobre cuya suspensión se va a decidir exista ya la condena firme por delito doloso³⁵.

De lo anterior se deduce que el Código Penal de 1995 no establece, como primer requisito para la concesión de la suspensión ordinaria, que el condenado sea delincente primario porque cabe conceder este sustitutivo también a sujetos que hayan cometido hechos delictivos con anterioridad. A quien sin duda no cabe conceder la suspensión de la pena es al delincente sobre el que ha recaído, con anterioridad a la comisión del hecho cuya pena se pretende suspender, una condena firme por delito doloso. A este delincente, que no tiene porque ser reincidente en sentido estricto³⁶, el legislador parece considerarle peligroso criminal y, en virtud de ello, le deniega la posibilidad de dejar en suspenso su condena³⁷.

Junto al instituto de la suspensión ordinaria de penas privativas de libertad existe en el Código Penal de 1995 una suspensión de carácter extraordinario para los drogodependientes³⁸. Dicha regulación, contenida en el artículo 87, permite conceder la suspensión de la pena a condenados que no sean delincentes primarios (artículo 87.1.º), e incluso a reincidentes (artículo 87.2.º), negando tan sólo la posibilidad de concesión a los reos habituales³⁹. Respecto de los reincidentes⁴⁰ se establece en esta norma que el Tribunal “valorará por resolución motivada la oportunidad o no de conceder la suspensión de la ejecución de la condena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor”. Realmente el que se dedique un número a los condenados reincidentes en principio haría pensar que se van a imponer unas condiciones más estrictas para estos casos, pero la lectura de la disposición revela que los requisitos son exactamente los mismos que en el resto de los casos y, dado que la motivación de la resolución también es exigible cuando se trate de condenados no reincidentes, debe concluirse que la regulación expresa para los reincidentes es superflua⁴¹.

El fundamento de esta suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de carácter extraordinario para drogodependientes no es la ausencia de peligrosidad criminal, que de hecho no se menciona en todo el artículo, sino que se trata de una

³⁵ Vid. en este sentido, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la LO 15/2003”, en *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV de 2005, p. 190.

³⁶ En efecto para ser reincidente según el artículo 22.8.º del Código Penal de 1995 es preciso que el culpable, al delinquir, haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título y que sea de la misma naturaleza. El condenado con anterioridad por un delito doloso de título distinto -o de distinta naturaleza aunque sea del mismo título- no es reincidente y sin embargo no cumple el requisito de la *primariedad delictiva*, por lo que no se le podrá conceder la suspensión de la ejecución de la pena.

³⁷ Criticaba ya este postulado ASÚA BATARRITA, *La reincidencia...*, p. 464. En el mismo sentido, recientemente, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La reincidencia...*, p. 313, para quien el reincidente no es automáticamente un sujeto peligroso motivo por el que debería suprimirse el requisito de la primariedad delictiva en orden a la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad.

³⁸ Esta suspensión extraordinaria fue introducida en el Código Penal de 1973, en el artículo 93 bis, por LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico de drogas. En principio se concedía sólo a los toxicómanos; el actual Código Penal ha ampliado a todos los drogodependientes, incluidos los alcohólicos, el instituto.

³⁹ El requisito estaba establecido en el artículo 87.1 regla segunda del Código Penal de 1995 y ha sido derogado por LO 15/2003.

⁴⁰ El artículo 93.3.º bis del Código Penal de 1973 establecía, como requisito para la concesión de la suspensión a los toxicómanos que el condenado no fuera reincidente.

⁴¹ Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación...*, pp. 93 y 94.

institución con un marcadísimo acento preventivo especial que busca fundamentalmente motivar a la desintoxicación, pues de esa manera se evitará la comisión de futuros delitos⁴². Quizá sea esto, junto a la crítica doctrinal a la regulación anterior, lo que movió al legislador a posibilitar la concesión de este instituto también a los delincuentes reincidentes, y, últimamente, tras la reforma operada por la LO 15/2003⁴³, a suprimir el requisito adicional de que no se tratara de reos habituales.

c) *Los reos habituales*

El concepto de reo habitual, que no existía en el Código Penal de 1973⁴⁴, se introdujo en el Código Penal de 1995, en su artículo 94, según el cual: “a los efectos previstos en las Secciones primera y segunda de este capítulo⁴⁵ se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los contenidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello⁴⁶.”

En el artículo 94 aparece, de una parte, delimitado el ámbito de aplicación del concepto y, de otra, definido el concepto de reo habitual.

A propósito del ámbito de aplicación el artículo 94 del Código Penal de 1995 señalaba que eran dos los institutos a los que afectaba el concepto de reo habitual: la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad para drogodependientes (artículo 87.1.2.^a) y la sustitución de penas (artículo 88). Sin embargo, tras la reforma operada por la LO 15/2003 el concepto de reo habitual sólo surte efectos respecto de la sustitución de la pena de prisión⁴⁷. Así es, establece el artículo 88⁴⁸ -en su núm. 1 párrafos 1.º y 2.º-, que la sustitución de penas de prisión inferiores a dos años por multa o trabajos en beneficio de la comunidad no puede concederse a los reos habituales.

⁴² Vid. en el sentido del texto la STS núm. 409/2002, de 7 de marzo, (RJ 2002\3591) en la que se señala que: “La posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la drogadicción, presupuesto de sus continuas conductas delictivas, que se adopten conforme al artículo 87 del Código Penal, integran una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma, y una consecuencia que posibilita la reinserción que interesa, indudablemente, al autor del hecho delictivo condicionado por su drogadicción, y también a la sociedad que puede recuperar uno de sus miembros evitando la continuidad en el delito”. También ARMENDÁRIZ LEÓN, *La aplicación...*, p. 127.

⁴³ La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal de 1995, operó una reforma importante en el sistema de penas concebido por el legislador en 1995 y, en concreto, en materia de suspensión de la pena de prisión para drogodependientes se alega la necesidad de favorecer la rehabilitación.

⁴⁴ Sí existían, sin embargo, algunas figuras penales en las que aparecía el concepto de habitualidad como elemento del tipo, por ejemplo el artículo 546 bis a), pero el legislador no definía dicho concepto.

⁴⁵ Se refiere a los artículos 80 a 89, es decir, a las instituciones de la suspensión y sustitución de penas.

⁴⁶ El artículo 94 también ha sido modificado por la LO 15/2003, según la nueva redacción:

“A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los contenidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamentan la apreciación de la habitualidad”.

⁴⁷ Lo cierto es que el nuevo artículo 94 se refiere a toda la sección 2.ª del capítulo y, por tanto, a los artículos 88 y 89. Recordemos que el artículo 89 (reformado por última vez mediante LO 11/2003) lo dedica el legislador a la sustitución de pena de prisión por la expulsión del territorio para los extranjeros no residentes legalmente. Sin embargo, el artículo 89 no utiliza el concepto de reo habitual, por lo que debe señalarse que la virtualidad del mismo sólo se extiende a la sustitución de pena de prisión del artículo 88. En el fondo así lo reconoce el mismo legislador en el nuevo párrafo 2.º del artículo 94 que, aunque se refiere -indebidamente- también a la suspensión, menciona sólo el artículo 88 del Código Penal.

⁴⁸ El artículo 88 también ha sido reformado por LO 15/2003. En este caso la reforma trata, fundamentalmente, de adaptar la institución de la sustitución a la supresión de la pena de arresto fin de semana.

En cuanto al concepto de reo habitual dos son los elementos básicos que aparecen en la definición del artículo 94: la repetición de actos y el tiempo.

Por lo que respecta a la repetición de actos el concepto exige que el reo haya sido condenado al menos por tres delitos. No cabe duda, en cuanto al número mínimo de delitos exigidos, que el legislador tuvo en cuenta el concepto de habitualidad acuñado por la doctrina del Tribunal Supremo en aquellos delitos del Código Penal de 1973 que la exigían como elemento del tipo⁴⁹. Sin embargo, debe señalarse que entre dicho concepto jurisprudencial y el concepto jurídico del artículo 94 media una diferencia fundamental: el concepto jurídico exige que el reo haya sido condenado en al menos tres ocasiones - condenas que hay que suponer firmes por analogía a la reincidencia, mientras que el concepto jurisprudencial exigía la reiteración de tres actos sin condena precedente, para no infringir el principio de “non bis in idem”. Por último, no debe olvidarse que el legislador ha circunscrito el concepto de reo habitual a la reiteración de delitos comprendidos en el mismo capítulo del Código Penal⁵⁰.

Además, el concepto jurídico de reo habitual exige que los delitos por los que se haya condenado al reo hubieran sido cometidos en un plazo no superior a cinco años⁵¹. Respecto del cómputo del plazo de los cinco años parte de la doctrina entendió que debía realizarse hacia atrás, a partir de la fecha de los hechos motivadores de la condena que se pretendía suspender o sustituir⁵². Sin embargo, el legislador, en la reforma operada mediante LO 15/2003, ha establecido, en el párrafo 2.º del nuevo artículo 94 -en una norma hartamente descuidada- que el cómputo debe realizarse teniendo en cuenta la fecha de la sentencia cuya pena pretenda sustituirse y la fecha de los hechos que dan lugar a las condenas que fundamentan la habitualidad.

El concepto de reo habitual que configura el artículo 94 de nuestro Código Penal tiene una desigual acogida entre la doctrina. En efecto, algunos autores alaban que el legislador haya optado por otorgar un contenido estrictamente jurídico al concepto de habitualidad, alegando que es la única opción correcta desde la perspectiva de la seguridad jurídica⁵³; mientras que otros, partiendo de que la habitualidad es una categoría puramente criminológica, critican que el legislador haya hecho depender de requisitos formales como que los delitos por los que haya sido condenado el reo sean del mismo Capítulo del Código Penal⁵⁴.

En realidad la crítica de fondo, más que al propio concepto de reo habitual que emplea el Código Penal de 1995, se refiere a las consecuencias que el legislador otorga a la consideración de la habitualidad delictiva. En efecto, ya del Borrador de Anteproyecto de

⁴⁹ El TS exigía que existiera prueba de la realización de al menos tres actos de receptación para aplicar el tipo cualificado por la habitualidad. Vid., entre otras, las STS núm. 2656/1992, de 11 de diciembre (RJ 1992/10164) y núm. 2597/1992, de 3 de diciembre (RJ 1992/9916) entre otras.

⁵⁰ Criticaba la inclusión de este requisito de carácter formal CERESO MIR, J. “El tratamiento de los delincuentes habituales” en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, EDERSA, 1993, p. 251. En el mismo sentido GRACIA MARTÍN, *Lecciones...* p. 332.

⁵¹ También exigía una proximidad temporal entre los actos que daban lugar a la habitualidad en la receptación el TS. Vid., entre otras, la STS núm. 42/1997, de 21 de enero (RJ 1997/194).

⁵² En este sentido se manifestaba LLORCA ORTEGA, “Suspensión...” p. 271.

⁵³ Vid. en este sentido PERIS RIERA, J., “Comentario al artículo 94”, en *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal (coord.), Edersa, 2000, p. 1248.

⁵⁴ En este sentido se manifestó CERESO MIR, “El tratamiento...”, p. 251; en el mismo sentido, posteriormente, se ha pronunciado, GRACIA MARTÍN, p. 332.

Código Penal de 1990 se consideró que su más grave defecto, desde el punto de vista de política-criminal, era el tratamiento previsto para los delincuentes habituales⁵⁵, y en concreto, que el concepto de reo habitual redujera sus efectos a la suspensión y la sustitución, sin que se estableciera un sistema de medidas de seguridad privativas de libertad para tales casos⁵⁶. Es oportuno recordar que fue precisamente en dicho Borrador donde desapareció la posibilidad de imponer medidas a los delincuentes habituales, ya que tanto el Proyecto de Código Penal de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de 1983 establecían, como complemento a la imposición de las respectivas penas, medidas de internamiento en estos supuestos. La crítica se hace extensible al Código Penal de 1995 que, como hemos vistos, tampoco contiene una respuesta específica frente a la delincuencia habitual⁵⁷.

2.2. La habitualidad como elemento típico.

En el Libro II del Código Penal de 1995 el legislador se refiere en tres ocasiones a la habitualidad: se trata de los delitos de violencia doméstica habitual del artículo 173.2 y 3⁵⁸, uso de información privilegiada del artículo 285.2.1.^a y receptación del artículo 299.1. En los tres delitos la habitualidad, que no se define⁵⁹, constituye un elemento del tipo, pero en cada uno de ellos juega un papel distinto.

En primer lugar cabe descartar que el concepto de habitualidad que el legislador emplea en estos casos coincida con el contenido del artículo 94 del Código Penal y también que esta norma sea la mejor opción interpretativa⁶⁰. Por el contrario el estudio de los tipos mencionados debe llevarnos a la conclusión de que, aun existiendo un sustrato común a todas las modalidades, la habitualidad cumple un papel distinto en cada uno de ellos.

Sobre el delito de violencia doméstica habitual existen ya numerosos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales y, aunque no hay unanimidad en cuanto a las conclusiones, sí parece que se puede admitir que lo que caracteriza el delito es no tanto la concreta modalidad de violencia que se ejerce cuanto la reiteración de la misma y la persona de la que procede⁶¹. Por ello, a nuestro juicio, la habitualidad

⁵⁵ Vid. CEREZO MIR, "El tratamiento...", p. 249.

⁵⁶ Vid. CEREZO MIR, "El tratamiento...", pp. 252 y ss., que proponía, al tiempo que una nueva definición, más criminológica, de reo habitual, el establecimiento de medidas de internamiento en centro de terapia social para los delincuentes habituales de criminalidad grave (o los que tuvieran un pronóstico desfavorable en tal sentido) menores de veintidós años, y de medidas de custodia para el resto de los delincuentes habituales de criminalidad grave.

⁵⁷ Vid. ALONSO ÁLAMO, M., "Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 70; GRACIA MARTÍN, *Lecciones...* p. 408; SANZ MORÁN, A., *Las medidas de corrección y seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, 2003, p. 218.

⁵⁸ Son muchas las denominaciones que la doctrina da al delito ahora contenido en el artículo 173.2 del Código Penal, pero a nuestro juicio la más representativa de lo que el delito supone es ésta.

⁵⁹ A nuestro juicio el contenido del artículo 172.3, introducido -como 153 párrafo segundo- por la LO 14/1999 de 9 de junio, no define la habitualidad en este delito, sino que se limita a indicar al Juez los criterios que debe tener en cuenta para apreciar este elemento típico: número de actos (no se dice cuántos) y proximidad de los mismos (tampoco se indica cuánto tiempo).

⁶⁰ Consideraba que, aun no siendo directamente aplicable, el artículo 94 al tipo del entonces artículo 153, representaba el mejor criterio posible de interpretación desde la perspectiva de la seguridad jurídica TAMARIT SUMALLA, J. M., "Comentario al artículo 153" en *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, 1996, p. 102.

⁶¹ Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, C., "Protección penal de la mujer frente a la violencia doméstica" en *Violencia y género*, Universidad Pontificia Comillas, 2003, pp. 59 y 60.

en este delito es la expresión jurídica que el legislador utiliza para distinguir el estado de violencia en el que vive la víctima de los actos concretos de violencia que pueda sufrir. En cuanto a la interpretación de la habitualidad puede afirmarse que el requisito concurre cuando se repiten actos de violencia durante un período de tiempo lo suficientemente corto para entender que no tuvieron explicación como hechos aislados⁶². Respecto de la reiteración de los actos de violencia, deben hacerse algunas precisiones: a) no es necesario que se prueben tres actos de violencia; es suficiente con que el juzgador llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión⁶³; b) es indiferente que los actos de violencia hayan sido denunciados y juzgados previamente⁶⁴; c) no resulta óbice para la prueba del requisito de la habitualidad que las infracciones penales aplicables por los actos aislados de violencia estén prescritas⁶⁵, y finalmente, d) no es necesario que los actos aislados de violencia recaigan sobre la misma víctima sino que basta con que se trate de sujetos que convivan en el mismo ámbito doméstico.

Por lo que respecta al delito de uso de información privilegiada debe señalarse que en él la habitualidad aparece configurada como un elemento típico que cualifica la conducta. En efecto, el tipo básico se encuentra descrito en el artículo 285 número primero, y en el número segundo se contienen las circunstancias que cualifican la conducta, de ellas, la primera reza así: “que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas”. La cualificación recuerda mucho a la contenida en el viejo artículo 546 bis a) párrafo tercero del Código Penal de 1973⁶⁶ respecto de la que existía numerosa jurisprudencia. A nuestro juicio la habitualidad de esta norma debe interpretarse de idéntica manera a aquélla y, por tanto, para la aplicación del tipo cualificado será preciso que se prueben al menos tres actos que sean capaces de revelar una dedicación más o menos continuada a la dicha actividad, sin condena intercedente entre ellos (por juego del principio “non bis in idem”) y unidos en su realización por cierta proximidad temporal⁶⁷. No es ésta, sin embargo, la postura mayoritariamente

⁶² La brevedad del período de tiempo dependerá de las circunstancias concretas del caso, por ejemplo, en parejas que viven largos períodos de tiempo separadas se considerará cumplido el requisito siempre y cuando se dé la violencia cada vez que se produce el reencuentro, con independencia de cuánto tiempo transcurra entre cada período de convivencia.

⁶³ La STS de 7-7-2000 (RA 2000/6823) considera que se da la habitualidad aunque sólo se prueban dos actos de violencia. El argumento utilizado es el siguiente: “la sola lectura del relato histórico de la Sentencia pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como ‘habitual’”.

⁶⁴ En la aplicación del delito de violencia doméstica habitual, antes de su Reforma en 1999, se planteó si no infringiría el principio de *non bis in idem* utilizar, a los efectos de considerar probada la habitualidad, las faltas de maltrato ya juzgadas y condenadas con anterioridad. La nueva redacción del artículo 153 tras la Reforma del año 1999 soluciona expresamente el problema al establecer que para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos de violencia “*hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*”.

⁶⁵ A estos efectos debe recordarse que las agresiones físicas que no requieran una primera atención facultativa son constitutivas de falta y que las faltas prescriben a los seis meses. Pues bien, en los casos en los cuales los actos de violencia física sean sólo constitutivos de falta y el procedimiento por el delito de malos tratos se inicie con posterioridad a los seis meses, habrá que considerar prescritas dichas faltas, pero eso no será óbice a que se consideren acreditados los actos de violencia y pueda condenarse por el delito del art. 153. Véase en este sentido la STS de 22-1-2002 (RA 2002/2631).

⁶⁶ Establecía el artículo 546 bis a) que “El que conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes se aprovechar para sí de los efectos del mismo será castigado con prisión menor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas. [...] Los reos habituales de este delito serán castigados con prisión mayor y multa de 75.000 a 1.500.000 pesetas”.

⁶⁷ En estos términos interpretaba el Tribunal Supremo el artículo 546 bis a) del Código Penal de 1973. Vid. citando jurisprudencia anterior, la STS núm. 42/1997, de 21 de enero (RJ 1997/194).

aceptada puesto que un importante sector doctrinal considera que la apreciación del tipo cualificado del artículo 285.2.1.ª requiere la comisión de al menos tres delitos del artículo 285⁶⁸.

Por último, es necesario referirse al delito de receptación contenido en el artículo 299.1. Lo más característico de este delito es que la habitualidad se configura como núcleo esencial del delito puesto que la receptación no habitual de objetos provenientes de faltas contra el patrimonio no está tipificada. En este supuesto es la repetición de conductas que de por sí son insignificantes lo que justifica la sanción penal de las mismas. La habitualidad a la que se refiere esta norma debe ser interpretada como en el caso anterior.

Como colofón de este apartado podríamos decir que el legislador español en el Código Penal de 1995 ha utilizado la reiteración de actos delictivos para configurar algunos tipos concretos en la Parte Especial, pero ello no quiere decir que con ello se haya dado respuesta a la delincuencia habitual.

3. CONCLUSIONES.

En las páginas precedentes hemos podido comprobar que el Código Penal de 1995 no incorporó ninguna novedad en el tratamiento de la recaída en el delito, lo más que se puede decir es que redujo el ámbito de la aplicación de la agravante de reincidencia al excluir de su concepto la reiteración del delito. No se intentó, sin embargo, abordar el problema de la reiteración delictiva desde la consideración de la peligrosidad del delincuente habitual y, consecuentemente, de la imposición de medidas de seguridad, que político-criminalmente es la alternativa a la consideración de la agravante de reincidencia.

Quizá no fuera ajena a dicha decisión la pérdida de confianza en el ideal rehabilitador que por aquella época llegó a nuestro país y que resalta cómo las medidas no han sido ni una panacea ni una fórmula mágica, sino que la experiencia histórica ha demostrado su parcial fracaso en la prevención de la criminalidad reincidente⁶⁹, además de que suponen sin duda un importante coste económico⁷⁰.

La crisis del pensamiento rehabilitador puede hacernos dudar de la viabilidad de las medidas de seguridad como respuesta a la delincuencia habitual pero, lo que desde luego no parece tener sentido es tratar de resolver el problema recuperando viejas fórmulas, como la multirreincidencia⁷¹ o la conversión de faltas en delitos

⁶⁸ Defiende, entre otros, esta postura MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico Parte Especial*, Tirant lo blanch, 1999, p.149. No queda claro en el texto si este autor exige, o no, que exista condena firme por dichos delitos aunque eso es lo que parece inferirse de su afirmación de que la habitualidad es en este tipo “una especie de “reincidencia cualificada”. A mi juicio esta interpretación infringe el principio de “non bis in idem”.

⁶⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 382.

⁷⁰ Sobre la crisis de las medidas de seguridad en el derecho anglosajón Vid. MARTÍNEZ GUERRA, A., *Nuevas tendencias político-criminales en la función de las medidas de seguridad*, Dykinson, 2004, pp. 23 y ss.

⁷¹ La agravante de multirreincidencia se ha recogido entre las reglas penológicas y en lo esencial es idéntica a la agravante que se derogó en la Reforma de 1983. Así es, establece el nuevo artículo 66.1.5.ª del Código Penal que “Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiere sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán [los jueces o tribunales] aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.”

por su reiteración⁷², que en su día se abandonaron porque era más que discutible que la elevación de pena por encima del marco penal abstracto señalado por la ley para la infracción por la reiteración de la conducta fuera compatible con el principio de culpabilidad.

Por último, merece ser destacado cómo una vez más el legislador español ha enfrentado la reforma penal con un lamentable desprecio por el saber criminológico. En efecto, tampoco en esta ocasión⁷³ entre los antecedentes y trabajos preparatorios de la Reforma operada por LO 11/2003 figuran materiales empírico-criminológicos que avalen la necesidad de reintroducir la multirreincidencia -o de convertir en delitos la reiteración de faltas- como forma de luchar contra la delincuencia habitual. Sí existen, sin embargo, trabajos de investigación⁷⁴ que muestran que la pena de prisión es incapaz de reducir las tasas de reincidencia⁷⁵, de lo que podría concluirse que la circunstancia agravante de multirreincidencia no va a servir para evitar la delincuencia habitual.

⁷² Se trata de los artículos 147.1 párrafo 2.º, 234 párrafo 2.º y 244.1 párrafo 2.º del Código Penal. Todos ellos establecen la conversión en delito de la realización, en un plazo de un año, de cuatro conductas constitutivas de sendas faltas de lesiones (artículo 617 del Código Penal), hurtos (artículo 623.1 del Código Penal) y hurtos de uso de vehículo de motor (artículo 623.3 del Código Penal), respectivamente.

⁷³ Vid. sobre el Proyecto de Código Penal de 1992, que dio origen al actual Código vigente, cómo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "El Proceso de reforma penal español: particular referencia al Proyecto de Código Penal de 1992", *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan Del Rosal*, EDERSA, 1993, pp. 531 y ss, expresaba esta misma crítica, que actualiza en *Introducción...*, p. 769.

⁷⁴ Vid. el interesante estudio realizado en Cataluña, aunque ya un poco antiguo, REDONDO, S/ FUNES, J./ LUQUE, E., *Justicia Penal y reincidencia*, Fundació Jaume Callís, 1994. Incide en esta consideración GARRIDO, V./ STANGELAN, P./ REDONDO, S., *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, 2001.

⁷⁵ Vid. también, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción...*, pp. 332-3, donde cita numerosos trabajos de investigación anglosajones.

Alfonso Serrano Gómez
Profesor Derecho Penal y Criminología UNED

La teoría criminológica de Salillas

Nació Salillas en Argües (Huesca) en 1854 y falleció en Madrid en 1923¹. Inició sus estudios de Medicina en la Universidad de Zaragoza, terminándolos en Madrid. Se incorporó a la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios en 1880. Tuvo una participación importante en el *Laboratorio de Criminología*, creado en 1899 por Giner de los Ríos. En 1906 fue nombrado Director de la Prisión Celular de Madrid y Director de la Escuela de Criminología, que se había creado en 1903². Aunque nos ocupamos en este trabajo de su labor como criminólogo, también fue una persona de gran relieve en la ciencia penitenciaria³ e incluso tiene otros trabajos; de ahí que Antón Oneca en un estudio que publicó sobre Salillas lo dividiera en tres partes: Salillas penitenciarista, criminólogo y polígrafo⁴. Jiménez de Asúa lo consideraba como “uno de los positivistas más puros”⁵. Tuvo gran prestigio en su época como científico, fue gran orador y Diputado en dos ocasiones.

¹ Antón Oneca, 1923: 28 y ss. Hace una nota cronológica de Salillas destacándole como especialista en Criminología, Penología y Antropología, también su labor como médico, jurista, literato y político; 1974: 205 y ss. Se ocupa de Salillas como artífice de la creación de la Escuela de Criminología, a quien se le encargó un proyecto de Código penal, siendo el fundador de la Sociedad Española de Antropología, Etnografía y Prehistoria. La Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, dedicó parte de su número 108, marzo 1954, a la memoria de Salillas, con motivo del centenario de su nacimiento, con la participación de Eduardo Martínez, Amancio Tomé y Jaime Masaveu; recoge el acto de conmemoración que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, presidido por Cuello Calón, en el que intervinieron todos ellos. Fernández Rodríguez, 1976, realizó un trabajo muy completo sobre Salillas. También tenemos en cuenta un trabajo de Zapatero Sagrado, 1976, donde se ocupa extensamente de la obra de Salillas.

² Serrano Gómez y Serrano Maíllo, 2004: 281 y ss.

³ Salillas, en *La vida penal en España*, 1888, hace un estudio de los presidios y la vida en los mismos; de la casa de galera, así como de una serie de cárceles: las Torres de Serranos (modelo del siglo XIV), la cárcel real de Vigo (ejemplar de 1834), la cárcel de Sevilla (1585-1888), la cárcel Modelo (cárcel celular de Madrid). En 1918 publicó *Evolución penitenciaria en España*: En el tomo I se ocupa de los factores evolutivos de las prisiones, la reforma penitenciaria en España y las influencias doctrinales de Beccaria, Howard y Lardizábal, de las asociaciones para ayuda a los presos y de la vida carcelaria; el tomo II se ocupa de los presidios, su reglamento de 1807, el Código penal de 1822, y la ordenanza general de presidios (1807-1834).

⁴ Antón Oneca, 1974: 205 y ss. En la parte dedicada a Salillas como polígrafo hace referencia a que la afición por la literatura le llevó incluso a estrenar una obra dramática en el Teatro Español de Madrid; también contribuyó a la historia de la literatura española con su obra *Un gran inspirador de Cervantes: el doctor Juan Huarte y su examen de ingenios*, Madrid, 1905.

⁵ Jiménez de Asúa, 1964: 871.

Buena parte de la aportación criminológica de Salillas se recoge en su teoría básica, que expone en la obra *Hampa*⁶. Pretende ser original en un momento en el que el positivismo criminológico era discutido, especialmente en la teoría lombrosiana del delincuente nato. Hay que recordar que Lombroso en la cuarta edición de su *L'Uomo delinquente* -aparecida en 1889- mitiga la rigidez de sus conclusiones mantenidas en ediciones anteriores, dando ahora más valor a los factores sociales, lo que se acentúa especialmente en el tercer volumen de su quinta y última edición (1896-1897)⁷. Lombroso nunca sostuvo que la criminalidad se heredara, o que se pudiera nacer delincuente; sí que existían sujetos con predisposición al delito. La importancia concedida por la Antropología criminal a los factores biológicos fue cediendo a los de tipo psicológico y sociológico.

Reconoce Salillas que *Hampa* queda incompleta desde el punto de vista criminológico, por ello anuncia al final de la misma: “Seguramente que el lector, al llegar a este punto, considerará que el asunto criminológico queda incompleto. Y en verdad es así, porque este libro no debe considerarse más que como introducción de otro, que en el texto hemos anunciado más de una vez: *La teoría básica del delito*”⁸. En el prólogo pone de manifiesto que no consiguió lo que pretendía⁹.

En esta obra, sin apenas contenido criminológico, solamente hay algunas aportaciones referentes a la *base sustentadora*, *base nutritiva*, nomadismo -y escasas referencias al sedentarismo, aunque son más que en *Hampa*¹⁰-, base fija y movable, degeneración, etc.

Adelantamos que la teoría de Salillas se puede sintetizar en la influencia que ejercen en el individuo el lugar donde vive, recursos de los que dispone y el ambiente social en el que se desenvuelve¹¹. No obstante, la exposición que hace Salillas de su teoría, como se verá seguidamente, con frecuencia resulta complicada y difícil de entender.

Desarrolla la *teoría básica* en el estudio del nomadismo y su constitución nutritiva (base nutritiva), es decir la alimentación, condicionada a su vez por una base de sustentación (recursos que ofrece el suelo donde se vive, como la agricultura, ganadería, etc.), que influyen en el modo de vida, en la personalidad y en el comportamiento social, que pueden llevar al delito. Ambas bases suele resumirlas en lo que con frecuencia llama *base nutritiva sustentadora*. Se ocupa de modo especial del gitanismo y los pícaros, pues dentro de la psicología nacional la picaresca se daba en todas las clases sociales.

⁶ Salillas, 1898. La dedica a Mateo Alemán, autor de *El pícaro Guzmán de Alfarache*.

⁷ Hay una traducción de este tercer volumen de la quinta edición del *L'Uomo delinquente* realizada por Bernaldo de Quirós bajo el título *El delito, sus causas y remedios*, Madrid, Suárez, 1902. Serrano Gómez, 1976: 623 y ss. hace un comentario a ese tercer volumen.

⁸ Salillas, 1898: 517. -advertencia final- continúa: “Ciertamente que aunque la *teoría básica* es la teoría psicológica que constantemente hemos expuesto, haciendo depender las modalidades de la constitución psíquica, de las modalidades de la base nutritiva de sustentación, la psicología fundamental de esa teoría no está ni apenas insinuada. Se contrae a una sola modalidad, que pudiera llamarse la *Psicología del nomadismo*”.

⁹ Salillas, 1901: IX: “Empezaré por confesar mis equivocaciones; aquellas equivocaciones de que he podido tener conocimiento. Me equivoqué en el título y en la extensión del asunto. Esta no es la *Teoría básica del delito*, que anuncié en mi último libro. Es una teoría de más amplia base, que si me fue revelada en el estudio de una parte de la etiología delincuente, en su desarrollo no ha habido que contar casi para nada con las primeras caracterizaciones. Sin embargo, no ha perdido la teoría su enlace con las primeras raíces”.

¹⁰ Salillas, 1901: 27, 30, 32, 50.

¹¹ Dorado Montero, 1899: 56: “Tal es, resumida con las propias palabras del autor, la teoría criminológica del Sr. Salillas, que consiste sencillamente en la psicología del nomadismo. El hampón, pícaro o delincuente se produce con arreglo a su psiquis, la cual viene determinada por la delincuencia y dispersión de su base nutritiva sustentadora, esto es, por su condición de pobre y de nómada, que viene a ser lo mismo”.

El objeto de la teoría de Salillas es el estudio de la delincuencia española, que tiene su reflejo en el carácter nacional; el delincuente no es un extraño, sino que es semejante a los más caracterizados tipos nacionales. Dice que “el delincuente caracteriza las tendencias viciosas de la sociedad que lo ha engendrado”¹². “La ley criminológica, a que obedece la constitución de la hampa delincuente, se cumple por ese género de influencias, y así resulta que el tipo delincuente ni es un ser extraño que corresponda a un período arcaico de la humanidad, ni es un ser definitivamente patológico. Su naturaleza es concordante con una parte de la naturaleza nacional, y su desequilibrio es de la misma índole que el de la sociedad en donde vive”¹³. Salillas orientó sus trabajos de criminología a la investigación española¹⁴.

En *Hampa* no sigue el método de la antropología criminal de su época, basado en la degeneración, el atavismo, la epilepsia y la histeria¹⁵. No utiliza estos conceptos, aunque considera que llegan a tener entronque con el tema fundamental de su estudio¹⁶. Dice que *hampa* es una palabra española calificativa de una modalidad sociológica española¹⁷. Los ejes fundamentales de la obra se encuentran en el estudio de la novela picaresca y el gitanismo.

“En mis frecuentes escauceos por la novela picaresca, que constituyen la labor de algunos años de mi vida, he logrado entender que hampa constituye una modalidad sociológica de mucha esencia en el estudio de los fenómenos de nuestra sociología nacional, y he logrado entender al propio tiempo, que en la formación de ese nombre se evidencia la misma sinceridad psicológica que se descubre siempre que la conciencia colectiva califica cualquiera de los modos de constitución nacional o cualquiera de los padecimientos nacionales. Por eso me consagraré con ahínco a precisar el significado de hampa, buscándolo en los autores picarescos, y por ese rumbo, muchas veces recorrido, he logrado enlazar las ideas y conceptos literarios con las ideas y conceptos antropológicos, trayendo, no precisamente una nueva dirección, sino un camino afluente a la gran vía de la ciencia, pensando que en la ciencia, como en todo, por la incorporación de los afluentes se producen las grandes circulaciones... El axioma del autor picaresco que, con exacto conocimiento de la constitución nacional, asegura que pobreza y picardía salieron de una misma cantera”¹⁸.

¹² Salillas, 1898: 450.

¹³ Salillas, 1898: 457.

¹⁴ Salillas, 1896: comienza la obra con el siguiente párrafo: “Mis modestas investigaciones criminológicas tienen un carácter que las distingue, y es el de ser investigaciones propiamente españolas, no solamente por la nacionalidad del sujeto investigado, sino por proceder en gran parte de una antropología muy anterior a la moderna antropología criminal”.

¹⁵ Fernández Rodríguez, 1976: 124. Salillas, 1898: X: “Degeneración, atavismo, epilepsia e histeria, se asimilan en dos caracteres típicos de los degenerados: la emocionabilidad y la impulsividad. Hablar de antropología criminal, tratar un asunto antropológico sin apoyarse en todos o en alguno de esos términos consagrados, puede parecer equivalente a separarse de una ruta establecida por la labor de grandes ingenios; y como no se sepa que haya otra ruta que pueda preferirse, no ir por ella, aun pareciendo que se va hacia alguna parte, puede suponerse equivalente a extravío y a divagación”.

¹⁶ Salillas, 1898: XIV: “No utilizamos como punto de partida, ni el concepto de la degeneración, ni el del atavismo, ni el de la epilepsia, ni el de la histeria, ni explicamos la fundamental de los hechos por detenciones de desarrollo, y sin embargo, todas estas cosas llegan a tener su entronque con el asunto fundamental de nuestro estudio”.

¹⁷ Salillas, 1898: 1: “¿Qué es hampa? Un ‘genero de vida’, según el diccionario. Hampa. (Del gitano *hambé*, gente, muchedumbre del sánscrito *samb*, juntar, reunir). f. Género de vida que antiguamente tenían en España, y con especial en Andalucía, ciertos hombres pícaros, los cuales, unidos en una especie de sociedad, como los gitanos, se empleaban en hacer robos y otros desafueros, y usaban de un lenguaje particular, llamado jergonza o germanía”.

¹⁸ Salillas, 1898: XI-XII.

Considera que la evolución de la personalidad es la propia evolución nutritiva¹⁹, apareciendo así el término “nutrición”²⁰. La “base nutritiva en cierto modo equivale a la base física de sustentación” que condiciona la personalidad e influye en la forma de vida y en el comportamiento. La base sustentadora tiene especial importancia en el nomadismo y en el sedentarismo. En éste la base nutritiva y de sustentación son fijas, estables (se trata de gentes y pueblos instalados en un sistema de vida apenas oscilante, pues viven de la agricultura, ganadería e industria), mientras que oscilan en el nomadismo (vida errante sin una base nutritiva asegurada, que, además, suele ser insuficiente o llega a faltar)²¹. En uno y otro caso ello se manifiesta en los caracteres sociológicos, psicológicos e incluso en lo anatómico-fisiológico²². Entre los individuos que llevan una vida nómada o sedentaria hay diferencias de todos estos caracteres; por tanto, también esas diferencias se reflejan en el comportamiento, incluso en las formas de criminalidad. Dice Salillas que existe relación entre hampa y movilidad nómada²³, representando el pueblo gitano el nomadismo²⁴.

“Al llegar a este punto la ecuación sociológica y psicológica no solo queda terminantemente planteada, si no que también despejada la incógnita, porque hampa

¹⁹ Salillas, 1898: XII: “Que pobreza y picardía salieron de una misma cantera, se viene a enlazar íntimamente con el principio biológico que afirma que la evolución de la personalidad es la propia evolución de la nutrición”.

²⁰ Dorado Montero, 1915: I, 61-62: “Tampoco hay quien destruya, cure o modifique, sobre todo cuando tienen fuerte arraigo, ciertas o todas las anomalías, las excentricidades, las incapacidades para tal o cual género de ejercicios o actos, o el demasiado gusto por otros, todas ellas nativas y todas dependientes de los llamados “vicios orgánicos o funcionales”, que son vicios de conformación anatómica o histológica normal, o alteraciones en el metabolismo químico o el cambio nutritivo, con sus consiguientes efectos debilitantes, tóxicos de la sangre o el sistema nervioso”.

²¹ Salillas, 1898: 187: “Toda base de sustentación alimenticia intensiva, tiene carácter de firmeza: toda base de sustentación extensiva y diseminada tiene carácter de movilidad. La movilidad crece en proporción de la falta de orientaciones para proporcionarse el sustento. Una base alimenticia diseminada, pero con rumbos conocidos para encontrar el pasto por lejos que esté, es, representativamente, menos móvil que otra base, o igualmente o más extensa, en que haya de procederse por tanteos para encontrar lo que se busca”. En 319: “El nomadismo obedece a la posición de los pueblos y del hombre aislado, con relación a su base nutritiva sustentadora. Los pueblos, y los individuos nómadas, son inestables, por carecer de base de sustentación y por verse obligados a realizar persistentemente determinados movimientos para compensar esa carencia básica”.

²² Salillas, 1898: XII- XIII: “La fijeza de la base, por acúmulo más o menos intensivo de los elementos nutritivos de sustentación, equivale a un estado social que se llama *sedentarismo*, y este estado implica un modo de constitución social que se manifiesta con especiales caracteres sociológicos, psicológicos y hasta anátomo-fisiológicos. La movilidad de la base, por diseminación de los elementos nutritivos sustentadores, equivale a un estado social, que se llama *nomadismo*, y este estado implica también un modo de constitución social, que se manifiesta con especiales caracteres sociológicos, psicológicos y hasta anátomo-fisiológicos”.

²³ Salillas, 1898: XIII: “En el análisis de la hampa, se descubre pronto que su carácter distintivo equivale a una de las formas de la movilidad nómada, y como hampa es una palabra española, nacida por manifestación de un estado de conciencia nacional, es de suponer que ese estado de conciencia arranque de tan hondo que signifique la revelación de nuestro propio modo de ser constitutivo; y como este modo de ser ha de dimanar necesariamente de condiciones básicas, hampa viene a expresar la naturaleza de nuestra base nutritiva sustentadora, y equipalando, como equivale en su genuino significado, a una de las formas de movilidad nómada, incuestionablemente es de suponer que en nuestra constitución social concurren como determinantes algunos de los caracteres del nomadismo”.

²⁴ Salillas, 1898: 191-192: “*Nomadismo gitano*. - En el pueblo zingaro, que es en Europa la supervivencia de los pueblos nómadas, no se encuentra ninguno de los elementos que concurren en los que hemos llamado nómadas-emigrantes. El zingaro no indica por ninguna referencia que haya sido jamás un pueblo estable, refiriendo la estabilidad fundamentalmente a las relaciones sustentadoras del hombre con el suelo: a la agricultura y a la ganadería. Ni en su tipo físico, ni en sus tendencias, ni en sus costumbres, hay indicación alguna de tradiciones agrícolas”. En nota a pág. 192 recoge una serie de términos del caló referentes a utensilios agrícolas, tomados del Diccionario de Sales de Mayo, para justificar que en el lenguaje gitano no se encuentran términos relacionados con la agricultura.

resulta = a gitanismo y ambos estados = a nomadismo, y nomadismo = a movilidad, y la movilidad = a diseminación de la base sustentadora, o por insuficiencia de esa base o por falta de base propia”²⁵.

En cuanto al tipo picaresco escribe: “en su constitución psíquica es la más genuinamente nómada”. En el aspecto psíquico equipara gitanismo y picaresca. La picaresca estaba relacionada con una deficiente base nutritiva.

“Una de las tendencias más caracterizadas de la antropología criminal consiste en definir el tipo delincuente. Ese tipo, como vamos a ver, es para algunos un tipo atávico, un salto atrás, un rezagado de la civilización, un salvaje. Ese tipo es para otros un caso asimilable a la clínica. Nosotros nos vamos a limitar a lo que este libro nos enseña, y, siempre dentro de la hampa, no podemos ver a algunos de nuestros delincuentes como seres extraños a la sociología nacional. Esta sociología evidencia ciertos tipos muy caracterizados. Pues bien, el delincuente español de la delincuencia asociada, no es un extraño sino un semejante de los demás caracterizados tipos nacionales”²⁶.

La teoría de Salillas es original²⁷, pues no sigue, como ya se indicó, el sistema de investigación de la época basado especialmente en la antropología²⁸. Crea, por tanto, su propia teoría *-la teoría básica-* de contenido sociológico, psicológico y antropológico²⁹. No pretendía que fuera una obra definitiva, pues termina la misma con las palabras “se continuará”. Parece que lanzaba una idea que podía ser continuada y completada por otros³⁰. La obra comprende tres etapas psicológicas: la picaresca, la gitanesca y la ladronesca, que bien pueden refundirse bajo el título: la psicología del

²⁵ Salillas, 1898: XIII.

²⁶ Salillas, 1898: 375.

²⁷ Dorado Montero, 1899: 67-68: “Es una teoría original, y original en el buen sentido; es decir, no una teoría extraña, que desdiga del fondo común de las ideas modernas, sino una teoría que ofrece al estudioso un punto de vista nuevo, del que apenas hay remotos indicios en los trabajos de los sociólogos contemporáneos, para dar solución al grave e interesante problema de la delincuencia, de su origen y de sus causas. Es, además, esa teoría, a mi juicio, mucho más profunda y más amplia que cuantas se han formulado hasta ahora para dar explicación al fenómeno de la criminalidad, y el criterio que ella suministra al efecto, más elevado y seguro que el que suministran las restantes. La considero más profunda que todas por lo siguiente: Todas son teorías naturalistas, causalistas, experimentalistas, realistas, pues todas someten el delito a la ley general de la causalidad natural, todas lo consideran hijo de factores reales, apreciables por la observación y la experiencia. Pero la conexión causal que reconoce es la más inmediata y la más sencilla”.

²⁸ Salillas, 1898: XIV: “Y, en efecto, la Hampa social, que es lo que constituye la primera parte, y el *Gitanismo*, la segunda, obligan al estudio enlazado de la Hampa *delincuente*. En él se especializa el asunto propiamente criminológico, y en él se descubre nuestra más aparente que real desviación en las teorías modernas. No utilizamos como punto de partida, ni el concepto de la degeneración, ni el del atavismo, ni el de la epilepsia, ni el de la histeria, ni explicamos lo fundamental de los hechos por detenciones de desarrollo, y sin embargo, todas esas cosas llegan a tener su entronque con el asunto fundamental de nuestro estudio”.

²⁹ Salillas, 1898: XII: “De la anastomosis del concepto fundamental de la hampa con un concepto biológico fundamental, nace la teoría sociológica, psicológica y antropológica desenvuelta en este libro”. *Anastomosis* equivale a “unión de unos elementos anatómicos con otros de la misma planta o del mismo animal”.

³⁰ Dorado Montero, 1899: 71: “La teoría de nuestro autor -ya queda advertido también- no es más que una hipótesis hasta ahora, un “puente” para enlazar cosas cuyo enlace no se suponía siquiera antes. Ni Salillas le da otro valor, ni era posible tampoco que él solo hubiese podido convertirla de un golpe en doctrina perfectamente fundada y comprobada, porque él solo no podía hacer la multitud de investigaciones y reunir el sinnúmero de comprobantes al efecto sobre tantas y tantas relaciones y particularidades como la dicha teoría abarca, por lo mismo de ser tan amplia como se ha dicho. Yo creo que lo que el autor se ha propuesto no es más que lo que hace: echar a volar, no de un modo enteramente gratuito, sino apoyado en cierto número de datos, una idea nueva, una nueva inducción; dar, por tanto, un impulso, esperando que él mismo y otros seguirán haciendo las indagaciones que es preciso hacer, para confirmar más cada vez la hipótesis sentada, o para desecharla o rectificarla, habiendo lugar a ello”.

nomadismo³¹. En efecto, se centra en el nomadismo, ocupándose de modo especial de la cuestión psicológica, sin olvidar las vertientes sociológica y antropológica. Su trabajo se ciñe al estudio del fenómeno en España³².

En cuanto al *método* Salillas no sigue una metodología definida. Su teoría se expone de forma desordenada teniendo que deducirla de conceptos y pasajes aislados sin apenas conexión. Con frecuencia es reiterativo, utilizando juegos de palabras cuando trata de la base nutritiva y base sustentadora, que a veces pueden confundir al lector, en alguna ocasión hace referencia a sinónimos de la palabra *base*³³.

Caracteres del nomadismo

Como se expuso antes el nomadismo es uno de los pilares fundamentales de la teoría de Salillas³⁴. Apenas se ocupa del sedentarismo, de su base nutritiva y sustentadora, así como de su influencia en la personalidad y comportamiento; dice que “el sedentarismo no es una condición total de los pueblos que parecen sedentarios” pues conservar ciertas manifestaciones nómadas³⁵. Sólo hay algunas referencias aisladas, siendo más frecuentes en su obra *Teoría básica*³⁶. A veces utiliza el orden arquitectónico para explicar *las bases*³⁷.

Se es *nómada* por la manera de buscar el pasto, el sustento; se equipara parasitismo y nomadismo. “El *parásito* es, en cualquier manifestación, aquel ser que sin base sustentadora y sin actividad propia para formársela, vive de los recursos sustentadores de otro ser”. Distingue entre el pordiosero, tipo de parásito incapaz de cualquier tipo de actividad, del *nómada*, que sí tiene capacidad para la actividad normal, “como lo demuestra los desenvolvimientos comerciales e industriales en los *nómadas gitanos*”. En todo caso dice, que es difícil separar el nomadismo del parasitismo, pues las causas son las mismas en ambos supuestos.

³¹ Salillas, 1898: XV.

³² *Hampa* es una de las obras de Salillas que figura bajo el título general de *El delincuente español*, la otra es *El lenguaje*.

³³ Salillas, 1901: 6: tras hacer referencia al diccionario de cada lengua dice: “Son sinónimos de la palabra *base* -entre otros que un examen diligente catalogaría.- *fundamento, apoyo, sostén, mantenimiento y estabilidad*”. Según el diccionario de la lengua española base equivale a “fundamento o apoyo principal en que estriba o descansa alguna cosa”.

³⁴ Fernández Rodríguez, 1976: 139 y ss.

³⁵ Salillas, 1898: 320.

³⁶ Salillas, 1901: 26-27: “Entre el *nómada* y el *sedentario*, aunque las diferencias consisten en los diferentes modos de actividad, en el orden de la psicología lo que los distingue esencialmente es la atención [...] La atención que produce el sedentarismo es de otra índole, y, por lo tanto, va ligada a un cambio en la manera de vivir. Antes del sedentarismo, es decir, en la época de nomadismo, se vivía sobre la base natural, tal y como la naturaleza la ofrece, y el fin consistía en *buscar* la base bien provista. Fijarse en una base y dotarla de condiciones para permanecer sobre ella, es lo que constituye el sedentarismo; y al producirse ese estado, las relaciones dejan de ser meramente superficiales, se hacen profundas, es decir, constructivas, y entonces el hombre, al penetrar en la tierra para buscar el firme del edificio sobre que ha de vivir [...] La atención sedentaria se diferencia de la atención *nómada* en no ser superficial como la primera, sino profunda; en no ser puramente adquisitiva, sino constructiva; en no reducirse a *ir sobre la base o a buscar la base*, sino a *hacer la base*”.

³⁷ Salillas, 1901: 44-45: “La expresión más elemental del orden de bases en la arquitectura, la tenemos en que sigue siendo privativa de la primera base para calificar las bases superpuestas. Al terreno, es decir, a la base física natural, lo llamamos *piso*. Las habitaciones superpuestas de las casas y de los palacios, se llaman *pisos*. Una casa tiene tantos ó cuantos *pisos*. El desenvolvimiento de la arquitectura consiste en una ampliación del orden de bases. De los postes, es decir, de la edificación vegetal o de madera, pasó a la edificación de material, utilizando sucesivamente la tierra, el adobe, el ladrillo y la piedra [...] aprendió a poner una casa encima de otra [...] En las series arquitectónicas encontramos el genuino desenvolvimiento del elemento más real de la noción básica, por el establecimiento inmediato de un orden de bases, a partir de la constitución y de la función de la base física sustentadora. Lo propio ocurre en la ingeniería. La ingeniería a lo que acude inmediatamente es a afirmar la base física, el suelo, para establecer la vida de relación”.

a) *Caracteres personales*.- Dice que el parásito constituye un grado de degeneración, mientras que al nómada se le puede equiparar al neurasténico.

“El parásito constituye un grado de degeneración comparable a la del cretino, el idiota, el imbécil o el débil. La lesión fundamental que lo reduce a ese estado es perfectamente asimilable a la lesión que abate la individualidad humana a extremos de constitución de que ya no es redimible. El nómada podría tal vez ser equiparado al neurasténico. La neurastenia es un agotamiento nervioso que ofrece diferentes manifestaciones; es cerebro-espinal, cerebral, espinal, periférica, dispéptica, cardíaca, genital. La analogía entre esas distintas formas y ciertos caracteres del nomadismo pudiera encontrarse en la incapacidad, que es más que agotamiento, del nómada para cierto género de actividades cerebrales y musculares. Pero el *modo neurasténico* del nómada, dependiente no de un trastorno en la constitución orgánica, sino de un quebranto, de un *agotamiento* en la base de sustentación natural, puede reducirse a un carácter predominante, que implica una manera general de adaptación al medio de los individuos sustentados por una base deficiente; ese carácter es la *sobriedad*”³⁸.

La sobriedad a la que se hace referencia en el párrafo anterior, se manifiesta en dos formas: *sobriedad bromatológica*³⁹ y *cosmetológica* (templanza y moderación en el comer y en el vestir). En la primera trata del carácter enjuto del nómada y la gordura. La sobriedad cosmetológica la relaciona con la sobriedad en la forma de vestir del nomadismo. La sobriedad gástrica, que supone la resistencia a permanecer mucho tiempo sin tomar alimentos, así como la resistencia a los fenómenos atmosféricos desfavorables “dependen de las alteraciones psíquicas que caracterizan el nomadismo”.

“La sobriedad bromatológica y la cosmetológica, dependientes de la deficiencia de la base nutritiva que las produce, crean consecuentemente otro género de sobriedades, o lo que es lo mismo, de insensibilidades, o lo que es lo mismo, de incomunicaciones, y como se manifiestan en una esfera superior, las catalogaremos en el concepto de sobriedad psíquica y en el de las insensibilidades atribuibles a esa sobriedad”⁴⁰.

Dice que también es característico en el nómada la insensibilidad, pues tiene relación con la insuficiencia de la base sustentadora⁴¹.

b) *Caracteres psíquicos*.- Dentro de las sobriedades Salillas hace referencia a ciertos caracteres psíquicos del nomadismo que no se dan en el sedentarismo y que dependen de las deficiencias básicas de la sustentación.

Se ocupa de una serie de factores que se derivan de la inestabilidad nómada y que se corresponden psíquicamente con tres modos de inestabilidad: imprevisión, indiferentismo y fatalismo.

³⁸ Salillas, 1898: 415.

³⁹ *Bromatología* es la ciencia que trata de los alimentos.

⁴⁰ Salillas, 1898: 422.

⁴¹ Salillas, 1898: 421: “Puede colegir que entre la sobriedad y la insensibilidad, en aquellos que la primera pueda influir en la segunda, existe una cierta correlación. Ser sobrio por causa de la poquedad de la base sustentadora, equivale a una reducción de relaciones de orden alimenticio, de orden nutritivo. Ser insensible, en cualquiera de los modos y de los órdenes de sensibilidad, implica igualmente una incomunicación orgánica en el modo de relación que la sensibilidad interrumpida estaba encargada de cumplir”.

Imprevisión. El nómada vive al día, no se preocupa del mañana, no hace acopio de alimentos, la inestabilidad es lo opuesto a la previsión. Todo ello está relacionado con el proceso de formación de la base de sustentación nutritiva, que en el nomadismo es insuficiente e inestable⁴². Se refiere sólo a la imprevisión relativa a los medios económicos. En el sedentarismo, por el contrario, la base nutritiva es estable. Hay un proceso agrícola e industrial conservador, como lo ponen de manifiesto las industrias alimenticias, se almacenan alimentos en las épocas de abundancia, se preocupan por asegurar la base sustentadora del porvenir, incluso para la descendencia.

Indiferentismo⁴³. Dice Salillas que “imprevisión e indiferentismo son estados análogos”. El indiferente es un sujeto que estando capacitado para apreciar y valorar las imprevisiones se inhibe de ellas o no reacciona de forma adecuada, es “la despreocupación gitanesca [...] o la despreocupación picaresca. Se formula en no tomar la vida en serio, es decir previsoramente [...] encogerse de hombros [...] y a mí que [...]”⁴⁴.

Fatalismo. Se relaciona con la imprevisión y el indiferentismo en cuanto que “de un lado, es una manera de conformidad resignada, y de otro, una manifestación de impotencia”⁴⁵. Es un reconocimiento de los hechos fatales como consecuencia de estar el hombre dominado por las fuerzas de la naturaleza.

Termina diciendo: “Por lo tanto, la imprevisión, el indiferentismo y el fatalismo, que parecen tres caracteres de la psicología nómada, no son más que un solo carácter, refundible en una sola constitución psíquica, porque el modo psíquico determinante de esas varias manifestaciones, es lo esencial en el conocimiento de la significación del nomadismo. En el estudio de la psicología picaresca hemos hecho ver que el pueblo español, que históricamente no puede ser clasificado entre los pueblos industriosos y comerciales, merece que se le coloque entre los pueblos más activos”⁴⁶.

La forma natural del delito en la lucha por la existencia.- La realidad social demuestra que hay personas capaces de morir de inanición antes que cometer una infracción penal. También es cierto que en otras el instinto de conservación es más fuerte que el respeto a las leyes, infringiéndose éstas para no perecer, de ahí el discutido tema del *hurto famélico* en Derecho penal. Para Salillas “la física social se liga íntimamente con la fisiología humana. El delito se debe encartar, en todo caso, entre las manifestaciones de la lucha por la existencia. Esa lucha es fundamentalmente alimentaria”. Añade que lo más natural es cometer delitos para conseguir lo que es necesario para nutrirse.

⁴² Salillas, 1898: 423-424: “La locura ‘vivir al día’, es decir, vivir sin preocuparse del mañana, sin pensar en los contratiempos lejanos, ni en las mudanzas presumibles que afectan a la situación del hombre, y sin temer los accidentes del destino, es enteramente aplicable a la condición nómada. El nomadismo, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye siempre un modo de inestabilidad, y la inestabilidad es enteramente opuesta a la previsión. La previsión, que es cualidad básica, requiera una base estable, y la conservación de esa base es lo que da aptitudes para ver las condiciones en que debe mantenerse, los accidentes que la puedan trastornar y las maneras de ampliarla y fortificarla”.

⁴³ *Indiferentismo*: estado de ánimo que hace ver con indiferencia los sucesos.

⁴⁴ Salillas, 1898: 424.

⁴⁵ Salillas, 1898: 425: “El reconocimiento de los hechos fatales entraña en sí la poquedad de la acción humana y el reconocimiento del imperio de fuerzas extra-humanas que rigen los destinos de los hombres. En el proceso humano es ley que en la proporción en que aumentan los medios intelectuales disminuye el fatalismo. Todo fatalismo entraña una condición del hombre en que aparece dominado por las fuerzas de la naturaleza. Cada conquista humana que implique una subordinación de esas fuerzas imperantes, agranda el poder del hombre, aumenta el alcance de su previsión y, de dominado, va convirtiéndolo en dominador”.

⁴⁶ Salillas, 1898: 426.

Base nutritiva, Sociología, Psiquiatría y Antropología.

En su empeño por defender la importancia de la base nutritiva llega a sostener que la antropología se sitúa en esa línea, encontrando aquí la nota que parece enlazar con la Sociología, la Psiquiatría y la Antropología.

“Por este y otros caminos la Antropología, ligándose íntimamente con el sentido actual de las ciencias naturales, reconoce toda la importancia que tiene la función nutritiva en la constitución general y en la constitución psíquica, llegando a definir la evolución de la personalidad como evolución de la nutrición, y descubriendo fundamentalmente en las distintas manifestaciones de la disolución de esa personalidad, los quebrantos nutritivos a que esa disolución obedece. Y aquí precisamente se encuentra una nota común que parece enlazar, y que tal vez enlace por completo, los rumbos de la sociología, de la psiquiatría y de la antropología”⁴⁷.

También dice Salillas que la herencia está ligada a la función nutritiva⁴⁸, y que toda teoría antropológica ha de reconocer la importancia decisiva de la nutrición.

Aunque se ocupa casi exclusivamente del nomadismo, con escasas referencias al sedentarismo, entendemos que su teoría es aplicable a ambos supuestos. En los dos casos la base nutritiva sustentadora se manifiesta en los caracteres sociológicos, psicológicos e incluso en lo anatómico-fisiológico⁴⁹, que a su vez influyen en la personalidad y en el comportamiento, que puede terminar en el delito. No cabe limitar la teoría a los delitos contra la propiedad, a pesar de que lo importante en esta teoría es la base nutritiva sustentadora, y las referencias a delitos que aparecen en la obra suelen ser contra la propiedad. Tampoco es posible reducirla solamente a los delincuentes profesionales. No hay acuerdo entre los autores que se han ocupado del estudio de la teoría criminológica de Salillas⁵⁰.

La teoría de Salillas es aplicable tanto a los sujetos nómadas como a los sedentarios. Esta realidad sigue vigente, y es válida para todas las formas de criminalidad. Está contrastado en criminología que el medio de vida, la capacidad económica, el mundo circundante y otros factores sociales suelen incidir, de una u otra forma, en el comportamiento criminal. Cada grupo social tiene ciertas características propias en el comportamiento de su entorno, así como en determinadas formas de criminalidad. Hay diferencias entre los habitantes de la zona rural y la urbana, clases económicas desfavorecidas y otras superiores, grupos de presión, movimientos migratorios, etc.

⁴⁷ Salillas, 1898: 389.

⁴⁸ Salillas, 1898: 390: “La herencia, ligada íntimamente con la función nutritiva, por ser la generación un cúmulo sintético de las resultantes de la nutrición”.

⁴⁹ Vid supra nota 22.

⁵⁰ Dorado Montero, 1899: 74: “Leyendo *Hampa*, no sabe el lector si la teoría que en tal libro se expone es aplicable a toda clase de delincuentes o solamente a los profesionales, y por consiguiente, si quedan fuera de ella todos los delitos que no sean delitos contra la propiedad y algunos contra las personas relacionados con éstos, cometidos por los dichos delincuentes de profesión. Esta duda quizá la tiene el mismo Salillas. En su citado libro nos parece que no hay datos bastantes para resolverla, pues no se hace cargo de ella, ni hay, que yo recuerde, más que las siguientes líneas, que se refieren, y no directamente, al asunto, las cuales no son bastantes para dar por resuelto el problema, al decir que ‘el delincuente caracteriza las tendencias viciosas de la sociedad que lo ha engendrado, conviene repetir la advertencia de que *no nos referimos al delincuente en todas sus manifestaciones y en todos los tipos catalogados por la psiquiatría y por la antropología*’. Por su parte Fernández Rodríguez, 124: “De ahí nuestra disconformidad con la opinión de Dorado Montero de que de la lectura de *Hampa* no puede deducir el lector si es aplicable la teoría a toda clase de delincuentes o sólo a los profesionales”.

Hampa

Expuesta la teoría criminológica de Salillas nos vamos a ocupar ahora del contenido de su obra *Hampa*, que aporta otros datos de interés y que no se han recogido en el apartado anterior.

La obra se divide en tres partes. Trata la primera de *Hampa social*, la segunda del *gitanismo* y la tercera de *Hampa delincuente*. Comienza la primera dando una definición de germanía, que es la jerga o manera de hablar de los “gitanos, ladrones y rufianes: de la *hampa*”. Pasa después a ocuparse del concepto de la misma⁵¹. Dice que “la *hampa* nace en el seno de la sociedad española; es un desprendimiento, una regresión, una inadaptación”. Considera que si bien la criminalidad no puede ser objeto de su estudio aisladamente, ni por sus fenómenos más característicos, sí puede hacerse un estudio de la picaresca, ya que así lo ha evidenciado tanto la historia como la literatura⁵².

Dice que en la sociedad española se daban diversas modalidades de *hampa*, comenzando por el estudio de la vagancia nacional. Tras hacer referencia a la nobleza de quienes no tenían “donde caerse muertos”, se ocupa del parasitismo de los estudiantes⁵³, la milicia⁵⁴ o la vida monástica⁵⁵, reflejada a veces en la literatura nacional, para terminar diciendo que “pobreza y picardía salieron de la misma cantera⁵⁶”. También hace referencia al parasitismo en la justicia.

⁵¹ Vid supra nota 17.

⁵² Salillas, 1898: 28: “La criminalidad no puede estudiarse ni aisladamente ni en sus fenómenos más característicos. Es rama de un árbol, y lo que en el remate o en la corteza aparece más al descubrimiento tiene recónditas bifurcaciones en las ramas robustas y en el tronco; y esto, que no siempre se puede demostrar, porque la antropología no ha llegado a este género de minuciosidades, en lo que respecta a nuestro modo picaresco es incuestionable, por haberlo evidenciado una historia y una literatura”.

⁵³ Salillas, 1898: 36-37: “La inclinación universitaria no es libre, necesita un sostén, grava inmediatamente sobre el peculio de la familia, y supone, por lo tanto, un capital. Siendo esto exacto, no concuerda con la realidad de nuestro estado económico, porque una población universitaria tan numerosa y permanente que sólo en Salamanca ascendía a diez o doce mil estudiantes, indica un grado equivalente de prosperidad y desahogo. De que no fue así lo testifica Cervantes cuando dice: ‘yo pasaba una vida de estudiante *sin hambre y sin sarna*, que es lo más que se puede encarecer para decir que era buena’. La Universidad, a imagen y semejanza del país, reproducía el mismo cuadro de pobreza general y de fortuna acumulada. Cada pudiente tenía en su derredor un círculo de parásitos, y este parasitismo se condensa en el estudiante *sopista*, perpetuado por Quevedo en el baile *Los sopones de Salamanca*, que en época de vacaciones apelaba para vivir al parasitismo emigrante y bribiático de la tuna. Entre la ‘sopa’ y la ‘tuná’”.

⁵⁴ Salillas, 1898: 37-38: “El militarismo, que a juzgar por nuestro poder y nuestras empresas, parece que es lo que da carácter a nuestro estado nacional, no era, ni con mucho, un contingente, lo que supone la población universitaria. Esta escasez de fuerzas indica que nuestro poderío militar tuvo que ajustarse a nuestra penuria económica, y que lo que no pudo dar la riqueza lo suplió el esfuerzo poderosísimo y casi sobrehumano de la raza. Sin embargo, tan pequeño contingente era insostenible sobre la base económica del país, y participaba, por lo mal y tardíamente pagado, de la pobreza nacional. La naturaleza parasitaria se conoce en el soldado como en el estudiante, y como en todo, y cuando Cervantes lo califica, dice: ‘No hay ninguno más pobre en la misma pobreza’”.

⁵⁵ Salillas, 1898: 38-39: “Si se llega a haber positivamente el estudio del desarrollo de las órdenes monásticas en el territorio español, se comprenderá que su incremento, que excede considerablemente al universitario y al militar, obedeció fundamentalmente, no a una caracterizada inclinación ascética, sino a la misma modalidad parasitaria, que en este caso tenía que extremarse, por ofrecer mejor acomodo al parasitismo de temperamento que nos distinguía, y al comunismo y colectivismo, compensadores de nuestro estado de pobreza y de la desigual distribución de los bienes. En España, el verdadero fisco lo constituyen los diezmos y primicias, y sucedáneamente la limosna”.

⁵⁶ Salillas, 1898: 40: “La picardía en sus modalidades, precisadas en una literatura eminentemente nacional, constituyen un elemento del carácter español, que se conoce en los caracteres más nobles y en los más villanos, que afecta formas de ingenio y formas de astucia, y cuyo origen lo da el autor picaresco en un principio categórico que el antropólogo debe hacer resaltar: ‘Pobreza y picardía salieron de una misma cantera’”.

“Para formarse idea del carácter de arbitrariedad y abuso de la administración, basta el dato del exceso de personal, que, como no lo remuneraban directamente, ‘tenía que buscárselas para vivir’. En la administración de justicia, que es donde más imperaba el abuso, el enorme parasitismo policiaco y curial, explica la oficiosidad en la denuncia, la acerbidad en la persecución, el *chantage* en las componendas, la inteligencia con los delincuentes y el cohecho en causas y litigios. Únase a esto, que la propiedad en los oficios, desde los más respetables a los más humildes, se adquiría por enajenación o por influjo, y de aquí, que lo que en el sistema carcelario era tarifa remuneradora, legal y abusiva, se convirtiese, en funciones aparentemente menos contaminadas, en despotismo y expolio administrativo. Ese sistema inventó la ‘ley de encaje’, de que hablan todos los autores picarescos, y nos representa el carácter de nuestra administración, figurándonos en torno del poder una turba de parásitos prebendarios que, lejos de desmentir en sus cargos su naturaleza parasitaria, la extremaban con el autoritarismo y la impunidad”⁵⁷.

Termina esta parte ocupándose de la “psicología picaresca”. La picardía era un rasgo de parte del carácter español. Picardía significa engaño. La “vida picaresca quiere decir, en suma, vida alegre y despreocupada”. Hace referencia a la picaresca en diversas obras de la literatura, a ciertos bailes regionales y nacionales y lugares truhanescos. Por último, dice que “la psicología picaresca no es más que un pormenor de la psicología del nomadismo”.

“La picardía no es una cualidad estratificada en nuestro carácter, sino más bien una condición del medio, no sólo del agrario, del comercial y del industrial, sino que, extensiva y también constitucionalmente, del político”⁵⁸.

La segunda parte de la obra trata del *gitanismo*. Comienza diciendo que su estudio se propone descubrir los orígenes, difusión, tendencias y aptitudes de ese pueblo errante y misterioso que en Europa recibe diversos nombres. Se ocupa de modo especial de los gitanos en la novela picaresca y en la legislación, para pasar al psicoanálisis del gitanismo.

Nomadismo gitano. Dice que es diferente a los de los nómadas-emigrantes que abandonan el suelo donde viven porque no les puede sustentar o por razones de aumento de población. Los zingaros no han sido un pueblo estable, y no han tenido apego a las relaciones sustentadoras del hombre con la agricultura o la ganadería.

“En el pueblo zingaro, que es en Europa la supervivencia de los pueblos nómadas, no se encuentra ninguno de los elementos que concurren en los que hemos llamado nómadas-emigrantes. El zingaro no indica por ninguna referencia que haya sido jamás un pueblo estable, refiriendo la estabilidad fundamentalmente a las relaciones sustentadoras del hombre con el suelo: a la agricultura y a la ganadería. Ni en su tipo físico, ni en sus tendencias, ni en sus costumbres, hay indicación alguna de tradiciones agrícolas”⁵⁹.

Tampoco se dan en el gitano ninguno de los caracteres del nomadismo-guerrero, pues “ni tiene caracterizadamente índole agresiva, ni hay en él vestigios de orga-

⁵⁷ Salillas, 1898: 42-43.

⁵⁸ Salillas, 1898: 119.

⁵⁹ Salillas, 1898: 191-192, en 207: “Ningún gitano se ha hecho labrador, porque la agricultura y el nomadismo son antitéticos”.

nización táctica y estratégica, ni estando como ha estado en Europa, en condiciones de aceptar ese partido y aún de seguir esa profesión, no lo ha hecho más que muy excepcionalmente”⁶⁰.

Al ocuparse de las orientaciones psicológicas indica que el gitano es fundamentalmente irreligioso, aunque en el diccionario caló existen muchas palabras que aluden a la divinidad, al culto, etc.⁶¹. Se ocupa a continuación de la *personalidad gitanesca* para cuyo estudio Salillas tiene en cuenta algunos elementos extraídos de las palabras del caló. El zíngaro no tiene idea de patria y la movilidad es carácter de la personalidad gitana. Pasa seguidamente a ocuparse de la *motilidad* y orientación. Hace unas referencias al nomadismo, y a que no es un pueblo ni agrícola, ni industrial, ni comercial⁶².

Defiende a los gitanos frente a la opinión de Lombroso “que ve en los zíngaros la imagen viva de una raza de delincuentes”, aunque hay gitanos que cometen hurtos, estafas y falsificaciones. “Podemos decir categóricamente que el gitano no ha creado la hampa, sino que en ella encontró lo semejante a su modo de ser y a sus fines”⁶³.

“La antropología criminal confirma exageradamente ese parecer, testimoniándolo la opinión de Lombroso, que ve en los zíngaros la imagen viva de una raza de delincuentes, que reproducen todas las pasiones y vicios. La afirmación tal vez peque de demasiado general, siendo más prudente y más exacta la del Príncipe de nuestros ingenios. Indudablemente la reputación ladronesca de los gitanos está entre nosotros muy testimoniada y, por lo tanto, muy justificada. Son ladrones natos y necesariamente han tenido que serlo. No es abonable la opinión de que constituyen una raza de delincuentes que resumen todas las pasiones y vicios, pero sí que es una raza que, por su posición natural, ha tenido necesariamente que vivir del parasitismo ladronesco, y cuando una tendencia responde a una condición, ordinariamente no va más allá de la necesidad que la determina. Esto es lo que dentro de la ley de causalidad debe admitirse”⁶⁴.

La tercera y última parte de la obra trata de *Hampa Delincuente*. Comienza por la *seriación* de la picaresca donde destaca que el pícaro es un tipo que revela la conciencia nacional teniendo su reflejo en la literatura picaresca. Se ocupa de esta novela, resaltando que se dan varios componentes en la picardía: está ligada al ingenio, hay una picardía criminal, son múltiples los tipos de pícaros; dedica especial atención a la *jacarandina*, a las asociaciones de rufianes, fulleros y ladrones.

⁶⁰ Salillas, 1898: 194-195. En nota 198 aparece una serie de términos militares que se encuentran en el diccionario caló. 199: “donde han hecho más esfuerzo para fijar establemente a los zíngaros es en Rusia, con mucho gasto, mucha paciencia y poco éxito”.

⁶¹ Salillas, 1898: 214. En nota se recogen una serie de palabras del caló referidas a Dios, Jesucristo, etc.

⁶² Salillas, 1898: 252-253: “En todo gitano, viva donde viviere con aspecto de sedentarismo, hay que suponer una cierta irradiación nómada. Todavía no se ha subordinado a los oficios que obligan a la sedentariedad. El gitano, aun el gitano rico, que los hay, no se comprende sino representando una personalidad emigratoria afecta a una industria necesariamente emigratoria”. 260-261: “No es un pueblo ni agrícola, ni industrial, ni comercial, y la agricultura, la industria y el comercio aparecen en su lenguaje con abundantes y hasta particularistas referencias”.

⁶³ Salillas, 1898: 308. Continúa: “Lo que ha hecho el zíngaro en unas y otras partes, es manifestar psíquicamente su instinto de orientación, acomodándolo, en esto como en otras muchas cosas, a las sociedades donde y de quienes tiene que vivir”.

⁶⁴ Salillas, 1898: 286-287.

Continúa con un apartado que dedica a la *seriación de la valentía*. Distingue dos épocas en la novela picaresca, la anterior a Cervantes donde “predominan los elementos de pura picardía, de puro ingenio, es decir, del ingenio con aplicación al engaño” y una segunda donde “toma importancia otra condición nacional, la valentía, que en sus caracteres nacionales llamamos *guapeza*”. Se vuelve otra vez en esta parte al estudio de la novela picaresca.

En la parte dedicada a la *psicología ladronesca* cabe destacar que la teoría criminológica de Salillas queda bastante desdibujada en *Hampa*, pues así se deduce de sus propias manifestaciones.

“Llegó el momento de transformar en doctrina criminológica la substancia de este libro. En sus dos primeras partes, en sus dos primeras psicologías, la picaresca y la gitanesca, no parece corresponder, sino muy indirectamente, al título genérico *El delincuente español*. Su tendencia parece encaminada a un asunto más amplio. Trátase en la psicología picaresca de los orígenes y evolución de la picardía en la sociedad española. Trátase en la psicología gitanesca, en parte concordante con la picaresca, de las condiciones naturales del nomadismo y de las tendencias que esas condiciones determinan en los pueblos y en las asociaciones nómadas. Sin género de duda, lo mismo en la primera que en la segunda psicología, está y puede estar contenido el delincuente, con especificación de alguno de los factores que lo influyen y con indicación de alguno de los caracteres que lo distinguen. Pero, con todo, ni el delincuente aparece diferenciado, ni la delincuencia es en esa psicología el asunto principal”⁶⁵.

Pretende enlazar su teoría psicológica con las antropológicas dominantes. Hace una breve exposición de las tres tendencias de la antropología criminal en ese momento: la sociológica de Quetelet, la psiquiátrica de Morell y la propiamente antropológica de Lombroso, para continuar con el pensamiento de Ferri y Garofalo. Dice que la antropología criminal se ha guiado por una serie de indicios, pero tiene que seguir investigando para comprobar la verdad. Los caminos tratados pueden ser objeto de nuevos rumbos, y Salillas se inicia en la antropología criminal a través de la novela picaresca.

Dedica especial atención a *Hampa y degeneración*. Lo fundamental de este epígrafe se ha recogido en páginas anteriores, como la transmisión hereditaria de ciertas cualidades físicas y morales, así como que la evolución de la personalidad está relacionada con la evolución nutritiva. Relaciona la constitución de la base natural con la degeneración⁶⁶. Continúa esta tercera parte con los *caracteres del nomadismo*, del que nos hemos ocupado en páginas anteriores.

⁶⁵ Salillas, 1898: 376-377.

⁶⁶ Fernández Rodríguez, 1976: 144-145. Salillas, 1898: 406-407: “Pero el ejemplo más concluyente para precisar el influjo de las relaciones básicas, nos lo proporciona el grupo de degenerados cuya degeneración es consecuencia de la constitución del suelo, es decir, de la constitución de la base natural sobre que viven [...] En distintas enfermedades, ya diatésicas, ya neuropatológicas, el trastorno nutritivo, o según nuestro modo de ver, la perturbación básica, o se demuestra o se presume con bastantes indicios para justificar que existe. En padecimientos, en perturbaciones, en trastornos, en anomalías de organización social, que podrían llamarse ‘hampa’ y ‘heria’, el origen básico es incuestionable, y la afirmación de Mateo Alemán puede ser científicamente demostrada. Tal enfermedad social constituye incuestionablemente un modo de degeneración que se conoce con el nombre de parasitismo”.

Tipo de acción. Tras hacer unas consideraciones generales respecto de la concepción que de lo normal y de lo anormal tiene la Antropología criminal, dice que no se limita a lo estrictamente anatómico, sino que va más lejos de los caracteres de la pura forma, estudiando los fisiológicos, psicológicos y sociológicos. Aspira la Antropología a revelar lo normal y lo anormal no sólo como un *tipo anatómico*, sino también en un *tipo de acción*. Distingue entre una *acción normal* y otra *anormal*.

“En conjunto, la acción normal es la que ofrece los caracteres de la producción y del cambio. Dentro de estos caracteres la acción puede ser perfecta o imperfecta, pero obedeciendo siempre a la mecánica de lo normal. La acción normal está genéricamente representada por la *adquisición* sin producción, o por medio de una producción viciosa y sin cambio de productos equivalentes”⁶⁷.

Más adelante se ocupa del *profesionismo delincuente*, que es una parte del *profesionismo parasitario*. Clasifica a éste en tres grupos: la prostitución, la mendicidad y la delincuencia. Dice que cada uno de estos grupos representa una acción parasitaria, relacionándolos con una acción concurrente: prostitución a sensualidad, mendicidad a piedad y delincuencia a codicia. Más adelante sostiene que estos tres tipos antropológicos no tienen rasgos atávicos. El profesional no nace, se hace⁶⁸.

“Si supusiéramos que el tipo antropológico de la prostituta, o del mendigo, o del criminal, era anómalo atávicamente, tratológicamente o patológicamente, esta anomalía, cualquiera que fuera su cualidad o su incremento, no tendría alcance para subvertir, para trastornar la mecánica del proceder humano. Por el contrario, esta clase de seres anómalos, o pretendidamente anómalos, se caracteriza por proceder muy humanamente, tan humanamente, que en lo fundamental no se diferencia en poco ni en mucho de los procedimientos humanos similares, que se aplican con diferente finalidad a diferentes necesidades de la vida”⁶⁹.

Hace una clasificación de la delincuencia asociada en tres grupos: *manualistas*, *coaccionistas*, y *sugestionadores*, estableciendo una serie de características en relación con el procedimiento utilizado, condición -o sentimiento- habilidad y modo de delinquir. Continúa ocupándose de la ley *criminológica*, cuestión que se trató también en páginas anteriores. Trata seguidamente de *el tipo picaresco*, haciendo una exposición detallada de la actividad de manualistas, falsificadores y sugestionadores, donde en algunos casos hace referencia a grupos infantiles y participación de la mujer. Hay alguna referencia expresa a la comisión de hurtos, estafas, falsificaciones, timos, etc. que no reflejan, al menos, las formas más frecuentes de criminalidad.

Termina la obra ocupándose de *el tipo matonesco*. Establece una conexión entre la psicología delincuente con la psicología nacional y el tipo matonesco. Dice que el pueblo español admira a sus héroes, incluso aún tratándose de delincuentes, como el

⁶⁷ Salillas, 1898: 434-435.

⁶⁸ Salillas, 1898: 440: “El dicho de que ‘el poeta nace y el orador se hace’, puede tener aplicación a los profesionales. Tanto la prostituta, como el mendigo, como el delincuente, *se hacen*, aunque en algunos esté más caracterizada y manifiesta la vocación. ‘Se hacen’ acomodándose a un modo de proceder, y ese modo les constituye un carácter profesional, imponiéndoles determinados procedimientos para la consecución de un fin, cuyos procedimientos consisten en la *acumulación de los estímulos* determinantes. La prostituta acumula *estímulos* para despertar la *sensualidad*; el mendigo, para despertar la *piedad*; el delincuente, para despertar la *codicia*”.

⁶⁹ Salillas, 1898: 445.

caso de José María, el bandido generoso. Ya antes había hecho referencia a cuestiones similares en algún punto al tratar de la *seriación de la valentía*. Se plantea si en *los guapos* existe atavismo.

“El guapo, desde el punto de vista abstractamente exclusivo de la lucha mental, resulta un tipo exageradamente atávico. Pero si lo examinamos desde el punto de vista de las luchas económicas (el pillaje y el despojo), resulta un tipo progresivo. Y si lo examinamos desde el punto de vista de las luchas políticas (protectorado, tributo, monopolio), no resulta ni atávico ni progresivo, sino justamente acomodado a este modo de proceder”⁷⁰.

Hace una breve referencia al bandolerismo y a los atracadores, según sus formas de actuar, para terminar con *el matonismo*. Dice que llevó a cabo algunos estudios directos con matones, que son los que “de una u otra manera cobran un tributo, que se denomina *cobrar el barato*, valiéndose de su poderío personal”. La realidad del mundo del delito demuestra que los guapos terminan siendo eliminados por otro más guapo, y así lo reconoce Salillas⁷¹.

⁷⁰ Salillas, 1898: 505.

⁷¹ Salillas, 1898: 516: “Un guapo, para otro guapo. Esto indica que los guapos tienen mal fin y que casi siempre mueren a manos de un rival. Entre mis notas, recogidas en Málaga, hay las siguientes enumeraciones de la muerte de los guapos. *Jaca Tuerta*, murió a manos de *Barriles*; el *Pachón* a las de *Curré*; *Cubullana* a las del *Pelao*; el *Manco* a las de *Macote*. Si *Morales* mató a *Gaitán*, el *Morenito* mató a *Morales*, y a otro *Gaitán* lo mal hirió el *Terrible*. La historia del *Cuñaito* mató a *Aragón* en el Muelle Viejo, a *Curraquero* en la cárcel de Málaga y a otro compañero de reclusión en Cartagena. Poco después otro valiente mató en Melilla al *Cuñaito*”.

BIBLIOGRAFÍA.

Antón Oneca, J., 1923. “Don Rafael Salillas. Nota necrológica”. Sociedad Española de Antropología, Etnografía y Prehistorias, año II, tomo II.

- 1974. “Don Rafael Salillas”. Anuario de Derecho Penal.

Dorado Montero, P., 1899. “Sobre el último libro de Salillas y la teoría criminológica de este autor”. RGLJ, 94.

- 1915. El Derecho protector de los criminales. I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Fernández Rodríguez, M.^a D., 1976. El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela.

Jiménez de Asúa, L., 1964. Tratado de Derecho penal. 3.^a ed., II. Buenos Aires: Losada.

Lombroso, 1902. El delito, sus causas y remedios (trad. Bernaldo de Quirós). Madrid: Librería de Victoriano Suárez.

Salillas, R., 1896. El delincuente español. El lenguaje (Estudio filológico, psicológico y sociológico). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

- 1898. El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

- 1901. La teoría básica (Bio-sociología). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Serrano Gómez, A., 1976. “Centenario de L’Uomo delinquente”. Anuario de Derecho Penal.

Serrano Gómez, A. y Serrano Maíllo, A., 2004. “Centenario de la Escuela de Criminología”. Revista de Derecho penal y Criminología, 14.

Zapatero Sagrado, R., 1976. “Algo más sobre Don Rafael Salillas y Panzano”. Revista de Estudios Penitenciarios, 1976.

Trabajos de Salillas

La vida penal en España, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1888, (453 págs.); “La Antropología en Derecho penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LXXIII, 1888, págs. 603-609; “El corazón en el tatuaje”, en la *Nueva Ciencia Jurídica* (en adelante NCJ), Tomo I, s/f, págs. 165-175; “Museo criminológico: El cura Merino”, en NCJ, Tomos I, 1891, Tomo II, 1892; *El delincuente español: el lenguaje (estudio filológico, psicológico y sociológico)*, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 1896, (342 págs.); *El delincuente español. Hampa (Antropología picaresca)*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1898, (526 págs.). Otros trabajos publicados en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (no se recogen todos los trabajos porque algunos se incorporaron en sus obras) fueron: “Los locos

delincuentes en España”, Tomo 94, 1899, págs. 117-142; “Alcoholismo y locura moral”, Tomo 96, 1900, págs. 449-455; “Alcoholismo. La tendencia alcohólica”, Tomo 96, 1900, págs. 466-469; “Embriaguez psíquica”, Tomo 96, 1900, págs. 469-475; “Las clasificaciones”, Tomo 97, 1900, págs. 12-21; “Normal y anormal”, Tomo 97, 1900, págs. 36-39; “Caracteres de los delincuentes”, Tomo 97, 1900, págs. 161-163; “Los estigmas”, Tomo 97, 1900, págs. 163-168; “Lo normal y lo patológico”, Tomo 97, 1900, págs. 168-182; “Topografías criminales”, Tomo 98, 1901, págs. 44-63; “La edad fisiológica y el delito”, Tomo 98, 1901, págs. 368-390; “Edad y delito en España”, Tomo 100, 1902, págs. 331-346. En la *Revista Penitenciaria* (no se recogen todos los trabajos porque algunos se incorporaron en sus obras) publicó: “Causas del delito”, año II, Tomo II, 1905, págs. 336 y ss.; “Policía”, año II, Tomo II, 1905, págs. 345 y ss.; “La celda de Ferrer”, año IV, Tomo IV, 1907, págs. 321-347; “El anarquismo en las prisiones”, año IV, Tomo IV, 1907, págs. 99-108 y 476-532. “Poesía rufianesca”, en *Revue Hispanique*, 1905, tomo 13, págs. 18-75; *La teoría básica (bio-sociología)*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1901, 2 vol.; *Trata de Blancas*, Madrid, Rivadeneyra, 1902; *Golfines y golfos*, Madrid, Eduardo Arias, 1905; *La fascinación en España (Brujas, brujerías, amuletos)*, Madrid, Eduardo Arias, 1905; *La criminalidad y penalidad en el Quijote*, Madrid, Ed. B. Rodríguez, 1905; *Un gran penólogo español: el Coronel Montesinos*, Madrid, Eduardo Arias, 1906; *Morral el anarquista. Orígenes de una tragedia*, Madrid, Ed. Sucesores de Hernando, 1914; *La evolución penitenciaria en España*, Madrid, Imprenta clásica española, 1918, dos tomos (410 y 585 págs.). Sobre los trabajos de Salillas vid. el de Antón Oneca “Don Rafael Salillas. Nota necrológica”, cit. págs. 92 y ss. Fernández Rodríguez, ob. cit., págs. 85 y ss. Jiménez de Asúa, ob. cit., I, págs. 871 y s.

Vicenta Cervelló Donderis

Profesora Titular de Derecho Penal

Universitat de València

Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género*

Sumario: 1. Reseña histórica. 2. Características de la población penitenciaria femenina. 3. La ejecución penitenciaria en las prisiones de mujeres. 4. Alternativas al encierro. 5. Derecho comparado. 6. Conclusiones. 7. Datos oficiales de la DGIP. 8. Bibliografía.

1. RESEÑA HISTÓRICA.

Tradicionalmente, el Derecho Penitenciario apenas ha prestado atención específica a la mujer, no sólo por el habitual paternalismo del legislador que ha operado en distintas disciplinas, sino especialmente por la baja presencia de la delincuencia femenina, casi limitada a conductas relacionadas con la reputación social. Esto ha provocado durante siglos una limitada regulación de aspectos penitenciarios relativos a las mujeres delincuentes, ya que incluso carecían de espacios propios separados de los hombres por ser los pocos existentes de inspiración religiosa para la recogida y educación de mujeres deshonestas.

Por estos motivos, aunque la prisión como pena autónoma no aparezca hasta el siglo XVIII con la llegada de la Ilustración, durante los siglos XVI y XVII existen beaterios, casas de arrepentidas y galeras conducidas por ordenes religiosas para las mujeres impuras (jóvenes descarriadas o que cometieran actos impuros) debido, entre otros factores¹, a los movimientos migratorios de mujeres desposeídas por la caída del feudalismo y a la expansión del moralismo que pretende corregir todo tipo de actos impuros.

* Este trabajo se ha realizado en el seno del Proyecto "Mujeres, Derecho y ciudadanía". Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Ref. I+D+I Exp. n.º 150/05.

¹ Canteras Murillo, A. *Delincuencia femenina en España*. Madrid 1990 pág. 21.

En general, en los siglos XV y XVI en que la cárcel sólo servía para retener, no hay apenas referencias a la mujer porque no había diferencias con los hombres; en esa época los delitos graves se castigaban con la muerte para hombres y mujeres sin distinción, sin embargo, en los menos graves a las mujeres se les imponía sólo azotes, vergüenza pública y destierro; ese diferente trato justificó que se pidiera para ellas casas de trabajo².

A partir del siglo XVII, en muchas ciudades europeas se crearon instituciones de corrección, consideradas precedentes de la prisión actual, entre ellas las más conocidas son las casas de trabajo de Holanda (Spinhuis: hilandería) para recoger a prostitutas y vagabundas con el fin de promover el trabajo como medio de vida moral.

En España, Sor Magdalena de San Jerónimo creó en Valladolid la Casa de Probación sobre 1604, lo que originó la aparición de las galeras (1622) como prisiones de “mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otros delitos”, donde se les rasuraba el pelo, se les alimentaba con pan y agua y se les aplicaban duros castigos. El nombre quería recordar a la pena de galeras que sufrían los hombres, en alusión a su penoso y estricto cumplimiento. La regulación de estos centros estaba en la obra de Sor Magdalena “*Razón y forma de la Galera y casa Real que el Rey nuestro Señor manda hacer en estos Reynos para castigo de las mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otros semejantes*”, llamada la Obrecilla y publicada en 1608. En ella se describen ocho conductas marginales:

- vagantes y deshonestas
- enfermedades contagiosas (venéreas)
- fingidas (mendigas)
- oficios aparentes (proxenetas)
- alcahuetas
- mujeres que venden muchachas (corrupción de menores)
- mozas de servicio (hurto doméstico)
- ponedoras de mozas (proxenetas con engaño)

Los principios básicos de las galeras eran la vigilancia y la disciplina para enderezar a las malas mujeres transformándolas en mujeres virtuosas, lo que demuestra el carácter moralizante y represivo de las primeras cárceles de mujeres.

A mediados de 1700, como las galeras no sirven para reformar a las jóvenes des-
carriadas por su convivencia con las condenadas por delitos más graves, aparecen las primeras casas de recogida u hospicios, entre las que destaca la Casa de Corrección de San Fernando del Jarama creada en 1776, cuyas condiciones de cumplimiento (separación, alimentación, asistencia médica, personal, trabajo...) fueron alabadas por John Howard en su visita a España en 1783. Su estilo más penitenciario que asistencial permite que se le considere precursora de la pena privativa de libertad en España.

De esta manera, durante el Antiguo Régimen la prisión tenía un sentido diferente para hombres y mujeres ya que si bien en los primeros fue un lugar de tortu-

² Llorca Ortega, J. *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX*. Valencia 1992 pág 168.

ra, en las segundas fue un lugar de adiestramiento moral, esto provoca que la gran transformación que sufre la prisión a partir del siglo XVIII sea más visible en el caso de los hombres que en el de las mujeres porque los objetivos de penitencia, trabajo y disciplina ya venían cumpliéndose en las galeras y casas de misericordia³. Entre los objetivos de la reforma uno de ellos era precisamente la separación entre hombres y mujeres, dado que en la mayoría de países ambos sexos convivían juntos en las cárceles.

En el siglo XIX se abandona esta orientación moralista y penitente, creándose en 1846 las casas de corrección de mujeres, se suprimen las galeras y se centraliza en la Dirección General de Presidios, dependiente del Ministerio de la Gobernación, la administración de todos los correccionales de mujeres unificando el régimen y la disciplina con el “*Reglamento para las casas de corrección del Reino*” de 9 de junio de 1847⁴. Dicha norma supone el inicio de la reglamentación propiamente penitenciaria para el cumplimiento de la prisión, en cuya ejecución iban a colaborar órdenes religiosas como las Adoratrices, Oblatas del Santísimo Redentor, Religiosas de la Caridad de S. Vicente de Paul y asociaciones de damas que visitaban a las presas para darles instrucción religiosa y moral, asistencia social, ropa y enseres.

La función de Concepción Arenal en 1863, como Visitadora de presos y luego como inspectora de las Casas de corrección de mujeres, le permitió escribir una extensa obra crítica hacia las prisiones de la época, en la que defendía la mejora de las condiciones penitenciarias, y se preocupaba especialmente por las mayores dificultades de reinserción de las mujeres reclusas ya que, en su opinión, el paso por la prisión les podía afectar mucho más que a los hombres.

En 1882 las casas de corrección van desapareciendo y se unifican las mujeres reclusas con penas más graves en la antigua galera de Alcalá de Henares, que pasa a ser el único centro específico de mujeres de España⁵. En el Congreso internacional de Derecho Penitenciario celebrado en París en 1895 se reclama oficialmente por primera vez la necesidad de implantar departamentos especiales para mujeres condenadas.

El Real Decreto de 5 de Mayo de 1913 establece oficialmente las prisiones de mujeres y unifica la regulación para condenados de ambos sexos. En él se permite a las mujeres que convivan con sus hijos hasta los tres años y excepcionalmente hasta siete, lo que se ha mantenido desde entonces con algunas variaciones en la edad.

En España, hasta la Segunda República, las condiciones penitenciarias eran muy duras por la estricta disciplina y elevada masificación. En 1931 se expulsó a las religiosas de las prisiones femeninas, y Victoria Kent como Directora General de Prisiones inició una serie de reformas humanitarias en las prisiones que alcanzaron especialmente a las mujeres.

Tras la guerra civil, además de sufrir numerosas deficiencias materiales, las prisiones de mujeres se cubren de un alto contenido religioso ya que las funcionarias son

³ Almeda. E. *Corregir y castigar*. Barcelona 2002 pág 55.

⁴ Llorca Ortega, J. Op. Cit. pág 167.

⁵ Martínez Galindo, G. *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)* Madrid 2002 pág 23.

auxiliadas por comunidades religiosas especializadas en la regeneración de mujeres donde se les iba a inculcar sentimientos de piedad, religión y arrepentimiento. En este sentido el aumento de la prostitución de la postguerra provocó la creación en 1941 de “centros específicos para mujeres de mala reputación” con el fin de separarlas de las presas políticas que no llevaran una vida deshonrosa.

Durante este período se incorporaron algunas novedades relevantes como que la mujer pudiera obtener redención de penas por lactancia.

A partir de los años 70, una serie de normas internacionales provocaron la reforma de las legislaciones penitenciarias para acomodarlas a la protección de los derechos humanos. Entre estas normas destacan las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos dictadas por la ONU en 1975, donde se prohíben las diferencias de trato fundadas en prejuicios de raza, color, sexo... (regla 6.1); se establece la necesidad de contar con instalaciones especiales para las reclusas embarazadas, las que acaban de dar a luz y las convalecientes (regla 23.2); y se les permite tener hijos en su compañía con la creación de guarderías infantiles.

En el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente celebrado en 1980, se aprobaron unas propuestas sobre las necesidades especiales de las mujeres reclusas relativas al reconocimiento de sus derechos y la no discriminación.

Las reglas penitenciarias europeas en su tercera versión aprobada por el Consejo de Europa el 11 de Enero de 2006, destacan la importancia de respetar las necesidades físicas, profesionales, sociales y psicológicas de las mujeres que afecten a su encarcelamiento (regla 34.1) con una atención especial a las que hayan sido objeto de violencias psíquicas, mentales o sexuales (regla 34.2). Como señala Mapelli⁶, esta materia se aborda dentro de la problemática de las minorías (mujeres, menores, niños de corta edad, extranjeros y minorías étnicas o religiosas) ya que la estricta separación entre los distintos colectivos ha derivado en un tratamiento discriminatorio hacia ellos, por la escasez de recursos que provoca una inclinación hacia los establecimientos de hombres, por ser el grupo más numeroso, y por tanto, más necesitado en términos generales. Por todo ello, esta regla supone una llamada de atención a los Estados para que se esfuercen en cubrir las necesidades específicas de estos grupos, por muy reducidos que sean.

La evolución penitenciaria de la mujer ha pasado de este modo de su convivencia con los hombres en pésimas condiciones, a su reclusión moralizante en centros religiosos, y finalmente a una progresiva separación y humanización si bien con escasez de recursos, recorrido que explica un carácter penitente y moralista mucho mayor que en los hombres por la vinculación del encarcelamiento de mujeres a las ordenes religiosas. Con la expansión de los fines de reinserción de los años setenta, comienza una nueva etapa en las prisiones de mujeres con diferencias legales referidas en su mayoría a su condición de madres que suponen, en el mejor de los casos, una clara alternativa al encierro tradicional para evitar el carácter nocivo del encarcelamiento, no sólo en los hijos que acompañan a sus madres, sino también a los que residen fuera de la prisión.

⁶ Mapelli Caffarena, B. “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2006.

A continuación se va a analizar el reflejo de estas diferencias de trato en la legislación española actual, y las perspectivas que se presentan ante el actual panorama penitenciario.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA FEMENINA.

La tasa de mujeres presas en España es una de las más altas de Europa junto a Portugal, ya que mientras en estos dos países las cifras se sitúan alrededor del 8% de la población penitenciaria total, en otros países son mucho más bajas vgr. Inglaterra 6%, Irlanda 2,3%, Noruega 5,2%, Holanda 5,3%, Francia 3,9%, Alemania 5%, Italia 4,7%, Turquía 3,4%.(cifras Consejo de Europa Septiembre 2004)

Esta elevada cifra se ha estabilizado en los últimos años después de la espectacular subida que sufrió en la década de los ochenta donde subió un 800%: de 487 en 1980 pasó a 3.997 en 1994 como señala la propia Exposición de Motivos de la reforma del art. 38.2 de la LOGP 13/1995 de 16 de Diciembre; esta cifra a partir de 1995 tiende a estabilizarse, e incluso a disminuir.

- 1997: 3.574 (9,41%)
- 1998: 3.633 (9,12%)
- 1999: 3.516 (8,47%)
- 2000: 3.316 (8,21%)
- 2001: 3.343 (8,47%)
- 2003: 4.396 (8,1%)
- 2004: 4.621 (7,7%)
- 2005: 4.836 (7,9%) sobre un total de 61.447 reclusos, entre ellas el 26,5% preventivas y el 72,5% penadas.

Esta última cifra se ha mantenido en el año 2006.

Por Comunidades Autónomas el mayor número de mujeres se concentra en Andalucía (1.124), Madrid (1.007), Cataluña (563) y Valencia (550) todas ellas, como se puede observar, por encima de 500. (Informe General DGIP Marzo 2006)

¿Por qué subió tanto en esas fechas?

Esta espectacular subida se ha intentado asociar a la mayor emancipación y participación social de la mujer surgida con la llegada de la democracia, especialmente desde los años ochenta, lo que no explica que países más avanzados en este campo, como puedan ser Alemania u Holanda, tengan tasas más bajas de criminalidad femenina.

Otra explicación lo vincula a las elevadas penas que recoge el Código Penal español en los delitos que con más frecuencia cometen las mujeres, una muestra de ello son los relativos al tráfico de drogas cuya pena base del art. 368 oscila entre tres y nueve años de Prisión para las sustancias que causan grave daño a la salud y entre uno y tres años en los demás casos. Esto a su vez nos llevaría como causas indirectas al reconocimiento de una incorporación de la mujer a la pobreza (en la bolsa de pobreza cada vez hay más mujeres con hijos a su cargo) y la criminalización de los excluidos (extranjeros, gitanos, toxicómanos...)⁷ que a veces se ven abocados a estas conductas para sobrevivir.

⁷ Naredo, M. "La criminalización de las mujeres gitanas en el estado español" *Actas de las Jornadas de Graduado en Criminología y Política Criminal 2000 y 2001*. Universidad de Barcelona pág 188.

¿A qué se debe la diferencia con otros países?

En España hay pocos recursos sociales preventivos, mientras que en otros países hay una mayor remisión a los servicios sociales. Por otro lado, el elenco de alternativas es escaso en nuestro sistema penitenciario, y en todo caso común con los varones, mientras que en otras legislaciones hay mayores posibilidades de arresto domiciliario, trabajo en beneficio de la comunidad, libertad a prueba, rehabilitación de toxicómanos... dada la frecuente ausencia de violencia en los delitos cometidos por mujeres, su buen comportamiento penitenciario y la menor alarma social en general, lo que las convierte en más proclives a las alternativas que los hombres.

En este sentido se ha afirmado, que las diferencias internacionales entre los índices de encarcelamiento y su evolución, no se explican por las diferencias entre los índices de criminalidad sino por las distintas políticas sociales y penales y el grado de desigualdad que exhiben⁸.

En definitiva, en España las mujeres no cometen más delitos sino que se les aplica más pena de prisión y de mayor duración, como lo demuestran los datos siguientes.

Como se ha señalado anteriormente, las cifras relativas a la población penitenciaria femenina presentan una gran diferencia con la masculina ya que por cada mujer reclusa hay once hombres en prisión. Aunque se ha intentado explicar esta diferencia desde aspectos biológicos o psicológicos, son los aspectos sociales los más influyentes ya que el distinto rol social de la mujer y la especial incidencia del control social informal y formal tienen una importante relevancia⁹.

Respecto a la situación penitenciaria de las mujeres presas, en un estudio presentado en 2001 por Susana Martín¹⁰ sobre las mujeres encarceladas en las prisiones españolas a excepción de Cataluña, se aprecia una gran mayoría de mujeres con condenas muy altas:

- entre seis meses y tres años (39%)
- entre tres y ocho años (36%)
- más de ocho años (25%)

Estas condenas tan elevadas han de relacionarse con los delitos cometidos con más frecuencia por las mujeres: salud pública (54,5%) robos (33,5%) hurtos (4,3%) seguidos de delitos contra las personas. Prácticamente es el mismo orden y proporción que los hombres si bien con algunas diferencias en los tipos penales concretos. En los delitos patrimoniales prevalece el robo sobre el hurto, quizá por la influencia de las drogas tóxicas.

⁸ Wacquant, L. *Las cárceles de la miseria*. Madrid 2000 pág 146.

⁹ Sobre la pretendida caballerosidad de los agentes del control social formal (jueces, policías y fiscales) mencionada por Pollack, habría que valorar la influencia de la masiva incorporación de la mujer a dichas profesiones. Pollack en "The Criminality of women" Nueva York 1950 cit por Clemente Díaz, M. Delincuencia femenina. Un enfoque psicosocial Madrid 1987 pág 178.

¹⁰ Martín, S. *Intervención con mujeres privadas de libertad*. Seminario Política criminal y tratamiento penitenciario UIMP Noviembre 2001.

En los delitos contra las personas, más de la mitad se realizan sobre familiares (marido, hijos...) y también sobre otras personas próximas como pareja, novio o amante. Los medios de comisión no suelen consistir en el empleo de la fuerza física, sin embargo es frecuente el uso de útiles de cocina como cuchillos o tijeras, aunque en muchos de estos casos ha habido un previo ataque o posibilidad de él.

Estas cifras han variado algo en la actualidad porque se ha incrementado el número de mujeres condenadas a penas entre tres y ocho años hasta más de un 40%, pero se siguen manteniendo los porcentajes de delitos cometidos.

En la actualidad la clasificación penitenciaria de mujeres difiere algo de la de hombres, según los datos publicados en el Informe General de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en Marzo de 2006, ya que un 66% de mujeres condenadas están en segundo grado, un 20,8% en tercer grado, un 1,9% en primer grado, y resto sin clasificar, es decir una cifra menor de primer grado y mayor de tercer grado que los hombres (los hombres clasificados en primer grado son el 2,3% y en tercer grado el 12,6%), lo que indica que la conflictividad penitenciaria de la mujer generalmente es muy baja.

En cuanto a las características personales más relevantes comunes a las mujeres delincuentes se pueden citar las siguientes:

- Escolarización baja (un 40% analfabeta) y escasa preparación laboral ya que suelen realizar tareas no cualificadas como venta ambulante o limpieza.
- La cultura machista se agudiza en prisión, lo que aumenta los desniveles que por causa de género se dan en la sociedad en general¹¹. Hay que señalar en este sentido que un 38% de mujeres presas en España ha sufrido malos tratos antes de entrar en prisión, según el informe “Mujer, integración y prisión” (2002-2005) sobre la situación de las mujeres presas en seis Estados europeos financiado bajo el V programa marco de la Unión Europea, lo que enlaza la violencia de género, la exclusión social y el encarcelamiento como una sucesión de factores interrelacionados entre sí.
- Falta de habilidades sociales que desembocan en una baja autoestima.
- Con cargas familiares, lo que extiende los efectos de la prisión al resto del núcleo familiar, especialmente los hijos menores, pero a su vez permite enfocar la reinserción al mantenimiento de dichos vínculos. Se estima que un 75% de las reclusas tienen hijos.
- Suele cometer el delito en solitario o como cómplice de algún varón, los grupos de mujeres son excepcionales¹². Este dato refleja una situación de dependencia de las mujeres respecto a los hombres a la hora de cometer el delito desde posturas sumisas que derivan en conductas de encubrimiento, hasta el extremo de autoinculparse por hechos ajenos, en ocasiones para garantizar el sostenimiento económico familiar.

¹¹ De la Cuesta Arzamendi, J. L. “Retos principales del actual sistema penitenciario” en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria* Madrid 2005 pág 127.

¹² Ortola, E. *Situación jurídico-penitenciaria de las mujeres en prisión*. Seminario Política criminal y tratamiento penitenciario UIMP Noviembre 2001.

- No suelen cometer delitos violentos salvo en enfrentamientos conyugales.
- El trabajo que realizan en prisión suele ser costura, labores y peluquería, lo que son indicadores de género en el ámbito penitenciario.
- Se les imponen pocas sanciones disciplinarias por su mayor adaptación a la cárcel.

Por edades el porcentaje entre penadas y preventivas es similar en la actualidad al del estudio anteriormente citado:

Penadas:

- 39,1% entre 31 y 40 años
- 27,4% entre 41 y 60 años
- 19,5% entre 26 y 30 años

Preventivas:

- 30,9% entre 31 y 40 años
- 24,4% entre 26 y 30
- 19% entre 21 y 25 años

En ambos casos por debajo de veinte años y por encima de sesenta el número es poco representativo.

El 25-30% de mujeres presas es gitana, lo que no se corresponde con su presencia en la sociedad (alrededor de un 1,4%), como denunciaba el trabajo “Mujeres gitanas y sistema penal” elaborado como Proyecto Barañi por un colectivo de profesionales en 1999 que investigaron sobre las mujeres gitanas de los centros penitenciarios más importantes; se analiza que la mujer gitana suele estar en prisión por tráfico de drogas (60%) a veces encubriendo a familiares, la condena media es de 6,7 años, en su gran mayoría tienen familiares encarcelados, no suelen disfrutar de permisos por el ambiente negativo valorado por la Junta de Tratamiento y los partes y sanciones suelen ser por peleas y agresiones.

Otro colectivo importante son las extranjeras, alrededor de un 30%, la gran mayoría (2/3) de países de América Latina, especialmente Colombia, por delitos de tráfico de drogas motivados por necesidades económicas. En ellas el acceso a la libertad provisional cuando están a la espera de juicio es más difícil por la falta de arraigo, lo que eleva el número de preventivas. De las 117 personas encarceladas en España a finales de 2003 por delitos relacionados con el terrorismo islamista todas eran hombres (diario El País 3-1-2005), sin embargo entre los 6.000 considerados musulmanes sí hay presencia femenina. De los 18.616 extranjeros que forman la población reclusa extranjera de las prisiones españolas (DGIP Marzo 2006), 1.535 son mujeres lo que representa un 8,2% una cifra similar a la comparación entre nacionales.

3. LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA EN LAS PRISIONES DE MUJERES.

a) Establecimientos

Hasta la reforma del Código Penal de 1983, la mujer en lugar de penas de Presidio Mayor y Presidio Menor cumplía respectivamente penas de Prisión Mayor y Prisión Menor. Además, mientras estuvo vigente en el art. 83 del Código Penal la pena de

muerte, se aplazaba su ejecución y notificación en mujer encinta hasta 40 días después del alumbramiento.

En el ámbito penitenciario, aunque la regla general es que no haya desigualdades por razón de sexo, las excepciones para las mujeres son casi todas por su papel de madre, con lo cual son más bien medidas de protección a los niños. Las Reglas Mínimas de la ONU de 1975, las Reglas penitenciarias europeas de 2006 y otros Tratados Internacionales recogen las necesidades especiales de las mujeres reclusas.

El art. 3 LOGP declara como principio general la igualdad de todos los internos sin que puedan permitirse discriminaciones de ningún tipo, lo que no se opone a la separación por sexos como regla general que establece el art. 16 a) de la misma Ley.

De esta manera, el art. 9.1 LOGP señala que los establecimientos de cumplimiento se organizarán separadamente para hombres y mujeres y el art. 6.3 dispone que, cuando no haya establecimientos de preventivos para mujeres, ocuparán en los de los hombres departamentos que constituyan unidades absolutamente separadas y con organización y régimen propios.

Como consecuencia de ello las mujeres pueden estar ingresadas en módulos o departamentos situados dentro de los centros de hombres, establecimientos exclusivamente femeninos, o unidades dependientes.

El mayor inconveniente que presentan los centros de mujeres es la insuficiente clasificación que permiten dado el reducido número de internas, de esta manera los criterios del art. 16 (detenidos y presos separados de condenados, primarios de reincidentes, jóvenes de adultos, enfermos de sanos, detenidos y presos por delitos dolosos de los que estén por imprudencia...) y por supuesto la clasificación en primero, segundo y tercer grado no siempre es posible por la falta de espacio, y medios materiales y humanos.

La precaria situación de varios departamentos de mujeres de ciertos centros penitenciarios hizo que en 1990 se suprimieran algunos de ellos (Huelva, Teruel, Huesca, Toledo, Soria, Salamanca...) por sus reducidas dimensiones y falta de condiciones idóneas. En la actualidad, dependientes de la DGIP, sólo funcionan como prisiones propias de mujeres las de Brieva-Ávila, Madrid I-mujeres y Alcalá de Guadaíra-Sevilla, el resto son unidades o módulos separados dentro de prisiones de hombres, representando en ellas apenas un 10% de población respecto a la de los hombres.

Por ello las prisiones de mujeres, especialmente las integradas en las de hombres, no es que sean más severas, sino que no disponen de los mismos medios por los siguientes motivos:

- por falta de espacio no se puede hacer una debida clasificación interior entre preventivas, penadas, peligrosas, adultas... dado que solamente suele haber módulos diferenciados para mujeres con niños, clasificadas en primer grado y resto.
- por la misma escasez de espacio también hay más hacinamiento.
- la arquitectura está pensada para la mayor violencia de los hombres: vigilancia, control...
- se ofrece menor formación cultural.
- se desarrolla menor actividad laboral y la que hay es sexista.

- si en la provincia no hay departamento de mujeres se separan de sus vínculos y eso perjudica la clasificación en tercer grado, los permisos y la comunicación familiar.
- se ponen en marcha escasos programas específicos.

El Defensor del Pueblo en 1997 denunció que los departamentos de mujeres tenían menos espacio y peores instalaciones. En algunos casos seguía habiendo habitaciones colectivas (entre seis y doce plazas), e incluso algunos niños dormían en la cama de la madre sin existencia de cuna. En comparación a los hombres se programan muy pocas actividades (cocina, limpieza,) y hay una deficiente separación entre ellas. Por ello aconsejaba que se crearan módulos de mujeres y no departamentos dentro de los de hombres, ya que a veces no pueden acceder a todos los servicios del centro. En el Informe presentado a las Cortes Generales en el año 2002 continua afirmando que la situación de las mujeres en prisión es de peor condición que la de los hombres, lo que le lleva a formular las siguientes denuncias:

- las circunstancias de cumplimiento de la condena provocan una mayor penalidad por las peores infraestructuras, actividades más limitadas, menos trabajo remunerado...
- los espacios comunes son muy reducidos, faltando a veces incluso la enfermería.
- en algunos centros no hay separación entre preventivas y penadas.
- el 5% de menores están en departamentos de mujeres y no de madres, ya que conviven juntos.
- el 15% de menores están en unidades dependientes.

En un estudio realizado por el Colectivo de Mujeres del Colegio de Abogados de Vizcaya en 1996 sobre la discriminación de las mujeres encarceladas en las prisiones de Nanclares y Martutene se denunció la arquitectura inadecuada, el hacinamiento, la desigualdad de prestaciones, la falta de separación y la dispersión geográfica.

Unidades de madres propiamente dichas según el Informe de la DGIP de 2004 hay ocho en toda España (Alcalá de Guadaíra, Albolote-Granada, Teixeiro-Coruña, Madrid V y VI, León, Dueñas-Palencia (La Moraleja), Mallorca, Valencia), además hay seis unidades dependientes con madres y niños y dos departamentos de mujeres (Las Palmas y Tenerife) esto da un total de doscientos cuatro niños de los cuales ciento setenta y cuatro están con sus madres en la prisión y sólo treinta están en unidades dependientes. El Informe del Comisario para los Derechos Humanos sobre su visita a España en Marzo de 2005 (Estrasburgo Noviembre de 2005) ya recoge una cifra total de doscientos diez menores de tres años, exigiendo que se adecuen dependencias específicas adecuadas y dignas y valorando positivamente el compromiso de la DGIP de ubicarlos en dependencias distintas de los centros penitenciarios.

Como consecuencia de esta escasez de centros no es posible cumplir el compromiso del art. 12 LOGP de evitar el desarraigo social de los penados, ya que al haber sólo tres prisiones exclusivas de mujeres y el resto departamentos o módulos dentro de las de hombres, no todas pueden cumplir condena cerca de su lugar de residencia. Además, como suele haber pocas mujeres por provincia, no se puede hacer una clasificación y separación adecuada, teniendo que ocupar en ocasiones celdas colectivas por la estructura de los establecimientos.

La solución podría ser crear centros semiabiertos extrapenitenciarios reducidos, que garantizaran la proximidad y con las debidas condiciones de espacio para permitir una clasificación adecuada.

Como alternativa real a la prisión, las unidades dependientes reguladas en los arts. 165-167 RP permiten cumplir el tercer grado fuera del recinto penitenciario, lo que ha sido utilizado para el caso de las madres con hijos por su evidente efecto resocializador. En el art. 180 RP hay una previsión específica para que las internas de tercer grado con hijos se destinen a unidades dependientes. De las doce unidades señaladas en el Informe General de la DGIP 2004 con un total de ciento cincuenta plazas, el 51% son para mujeres y el 19% para madres, con la siguiente distribución:

- cuatro sólo para madres
- dos para mujeres
- dos para mujeres y madres
- una para hombres y mujeres
- dos para hombres
- una para jóvenes

Pese a que se debería potenciar las alternativas al encierro de las internas madres, sólo un 15% menores están en unidades dependientes, el resto de niños está en el interior de la prisión, según señala el Informe del Defensor del Pueblo del año 2000 y se confirma en el Informe 2004 de la DGIP con un total de treinta niños en unidades dependientes de un total de doscientos cuatro, como se ha señalado anteriormente.

Como excepción a la separación de sexos los módulos mixtos permiten la convivencia entre hombres y mujeres. Se regulan en el art. 99.3 y 168 RP como una forma especial de ejecución para tratar de equiparar la vida de prisión y la vida libre, se necesita el consentimiento del interno, valorar su capacidad de autocontrol, y se excluye a los condenados por libertad sexual. Cada módulo ha de establecer las actividades conjuntas y las que hacen separados hombres y mujeres.

Tienen dos finalidades:

- a) ejecutar programas específicos de tratamiento: de carácter educativo (Alcalá de Henares) o de formación profesional (Valencia).
- b) evitar desestructuración familiar: cónyuges o parejas de hecho que comparten incluso celda (Aranjuez) para fomentar su plena convivencia. Esta modalidad no es conveniente cuando se dan situaciones de dominio o de influencia delictiva ni cuando se tiene distinta clasificación o programa de tratamiento, art. 172 RP.

Las ventajas son que favorecen el equilibrio emocional, la convivencia, los vínculos y la igualdad con el exterior; y los inconvenientes los conflictos de pareja que puedan surgir o las situaciones de abuso o dominio de género que la privación de libertad pueda potenciar.

b) Régimen penitenciario

El régimen de vida presenta importantes diferencias cuando se trata de mujeres que están acompañadas de sus hijos en prisión. La maternidad afecta a un elevado

número de internas ya que las mujeres presas tienen un promedio de 3,2 hijos (Estudio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) de ellas el 51% tiene entre tres y cinco hijos y el 10% seis o más hijos.

En todos los países los hijos pueden estar con las madres variando la edad desde dieciocho meses (Francia) hasta cinco años (Canadá), en Thailandia también pueden estar con los padres pero su situación fue denunciada por la prensa internacional.

El art 38.2 LOGP permite que los niños hasta tres años pueden estar con la madre, desde el ingreso o solicitándolo después. Antes, esta posibilidad de estancia era hasta los seis años, pero se modificó en 1995 ante la previsión del aumento de la delincuencia femenina y la constatación de que la mayoría de niños a partir de esa edad suelen salir de la prisión por propia voluntad de las madres ya que entonces la proporción era de 83% de menores de tres años y un 17% de más edad. Según la opinión de expertos la separación no es conveniente hacerla entre los ocho y los dieciocho meses, a lo que habría que añadir que los niños, con carácter general, se integran en la red de escuelas públicas a partir de los veinte meses.

Para su ingreso, el art.17 RP exige como requisitos la solicitud al Director del Establecimiento, acreditación de la filiación e informe del Ministerio Fiscal¹³ de que no entraña riesgo para el menor; tras su admisión son reconocidos por el médico y pasan a estar con la madre en la "habitación" que se les asignen en la unidad de madres.

Los derechos del menor han de primar siempre, por eso se ha de valorar su interés ya que en algunos casos puede no ser conveniente, por ejemplo si hay familia que se pueda hacer cargo de él, si está próximo a cumplir los tres años, si hay indicios de malos tratos o desatención, signos de toxicomanía de la madre, duración de la condena... Son diversas las previsiones específicas para la atención de los menores como la alimentación adecuada, servicio de pediatra, especialista en educación infantil, respeto a las horas de descanso y de juego, cobertura de las necesidades de quienes no tengan recursos, programación de actividades y de salidas programadas, control y prevención de maltrato, traslados apropiados...

Para compensar el hecho de que los niños no convivan con la madre en la prisión, el art. 38.3 LOGP menciona un régimen específico de visitas para menores de hasta diez años, lo que resulta muy beneficioso ya que la mujer vive duramente la separación familiar, de hecho los hombres encarcelados tienen por regla general mucho apoyo familiar del exterior y sin embargo las mujeres difícilmente lo reciben por la ruptura del núcleo familiar. El art. 45.6 RP permite estas visitas de convivencia de todos los internos, sin distinción de sexo, con su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad, una vez al trimestre como mínimo y con un número de familiares no superior a seis (Instrucción DGIP 24/1996 de 16 de diciembre).

c) Disciplina

En cuanto a la disciplina, pese a la menor violencia representada en motines, objetos peligrosos e intentos de evasión, que son más bien escasos, la mujer suele provocar partes de disciplina por desobediencia o falta de respeto en el trato a funcionarias e internas.

¹³ La Circular 6/1990 FGE regula las funciones del Ministerio Fiscal al respecto.

La única variedad respecto a las mujeres se da en el no cumplimiento de la sanción de aislamiento de las gestantes, ni seis meses después de embarazo, ni lactantes ni las que tienen hijos consigo. 254.3 RP. Se trata de una excepción temporal mientras duran estas circunstancias, por ello, cuando desaparezcan, la sanción de aislamiento se podrá ejecutar salvo que haya prescrito.

Se suele criticar que la dureza de la prisión en cuanto a vigilancia, control y arquitectura es excesiva para las mujeres por la menor gravedad de los delitos cometidos y su menor agresividad y violencia, por eso las privaciones, controles y medios de seguridad resultan excesivos e innecesarios.

d) Trabajo penitenciario

En lo relativo al trabajo penitenciario en la práctica se constata que las actividades laborales siguen siendo sexistas: costura, confección, maquillaje, peluquería... presentando grandes diferencias con las ofertadas a los hombres. Sin embargo, las previsiones laborales relativas a las mujeres embarazadas se han ido incorporando a las internas: en virtud del RD 782/2001 de 6 de julio, que regula la relación laboral penitenciaria, son excluidas de la obligación de trabajar (133.c RP), se recogen las causas de suspensión de la relación laboral especial (dieciséis semanas por parto, si es múltiple dos más), prestaciones de la seguridad social por maternidad...

Este campo es uno de los que requieren con más urgencia una revisión desde una perspectiva de género que erradique todo tipo de discriminación en lo relativo a igualdad en las condiciones de acceso al trabajo, de oferta de clase de trabajos y de remuneración.

e) Sanidad penitenciaria

En el tema sanitario se aprecian importantes diferencias ya que los departamentos de mujeres disponen de servicios periódicos de un ginecólogo, art.209 1.1.2. RP y cuando convivan con niños de un pediatra, además ha de haber una dependencia con instrumental de obstetricia para atender excepcionalmente a las mujeres en los supuestos de parto, art 38 LOGP, 213.1 RP. La razón de su excepcionalidad, es evitar en la medida de lo posible que los niños nazcan en prisión por el estigma que puede producir.

Como necesidades sanitarias específicas de las mujeres encarceladas también se pueden citar el mal estado de salud general como consecuencia de la baja calidad de vida anterior a la entrada en prisión, las drogodependencias, las enfermedades mentales, las secuelas de experiencias traumáticas anteriores como malos tratos o abusos sexuales y el sufrimiento psicológico derivado del encarcelamiento (Informe Mujer, integración y prisión 2002-2005).

f) Tratamiento

Se pueden citar una serie de tratamientos especialmente adecuados para las mujeres:

- intervención en internas madres: los objetivos son guiar la educación de sus hijos para evitar el ciclo de la violencia en la segunda generación, transmitir modelos de comportamiento, evitar la prisionización, evitar la utilización de los niños

para conseguir privilegios, potenciar los contactos con el padre... El fin de estos programas es evitar la prisionización del menor ya que la estancia en prisión facilita la adquisición de usos y hábitos carcelarios.

- programa de no discriminación: educar para evitar la violencia doméstica y la reafirmación de los roles sexuales, desplazar los prejuicios y el lenguaje sexista... Se trataría de una adaptación de los programas generales de erradicación de la violencia de género a la mujer privada de libertad.
- atención a las drogodependencias: art. 116 RP actuación especializada. En el caso de las drogas, como muchas veces han sido inducidas por sus parejas, se trata de reafirmar su identidad y autoestima para conseguir la deshabitación. El informe anual del año 2000 de la agencia sobre drogas de la Unión Europea señala el alto porcentaje de mujeres encarceladas (especialmente Irlanda e Inglaterra) que consumen drogas y la poca asistencia que reciben, sólo Alemania y Portugal tienen tratamientos específicos para mujeres.

4. ALTERNATIVAS AL ENCIERRO.

Las críticas a la legitimidad y eficacia de la prisión afectan por igual a hombres y mujeres, sin embargo se podrían citar algunas razones para incrementar la búsqueda de alternativas en las mujeres:

- Sus condiciones penitenciarias son peores por falta de espacio y de medios.
- Al ser un número más reducido es menos complicado organizar nuevas formas de ejecución que luego pueden extenderse a los hombres.
- Suelen cometer delitos sin violencia o intimidación.
- Son más receptivas a la participación en actividades de tratamiento.
- Si las mujeres son madres sufren generalmente más que los hombres los efectos del encierro al verse separadas de sus hijos.
- Los niños cuya infancia va ligada al encarcelamiento de sus madres tienen un mayor riesgo delictivo y como seres desvalidos hay que protegerlos especialmente.

De todas estas razones parece que en España, hasta la fecha, la única que ha tenido alguna relevancia es la última ya que las escasas previsiones legales suelen tomar como referencia la condición de madres de las internas.

Las alternativas actuales que recoge la legislación penitenciaria española son las siguientes:

a) *Facilidades para la clasificación en tercer grado*: el art. 82.2 RP permite que las mujeres puedan ser clasificadas en tercer grado, ante la imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado en el exterior, siempre que conste que van a ocuparse del trabajo doméstico en su domicilio familiar, bajo la consideración de considerar éste como trabajo en el exterior. Además, al igual que en los hombres, cabe la posibilidad de la aplicación del tercer grado restringido con la finalidad de buscar un medio de subsistencia.

Esta mención al trabajo doméstico de la mujer supone una referencia de discriminación positiva, si bien algo sexista, que en el Informe del Defensor del Pueblo sobre

la Administración penitenciaria de 1997 se sugirió suprimir para igualar a ambos sexos en las tareas domésticas.¹⁴

b) *Condiciones especiales de horario en tercer grado*: para internas con hijos menores ya clasificadas en tercer grado, la Junta de Tratamiento les puede permitir dormir en su domicilio e ingresar en el establecimiento durante el día, art. 179 RP. La finalidad de esta figura es fomentar el contacto con los hijos en el ambiente familiar.

c) *Unidades dependientes*: como la mejor alternativa al régimen abierto dentro del recinto penitenciario, las unidades dependientes exteriores e integradas en la comunidad permiten el cumplimiento del tercer grado fuera de la prisión. El art. 180 RP recoge como un supuesto específico de esta forma especial de ejecución, el de las madres con hijos menores, que requiere la autorización por el Centro Directivo a propuesta de la Junta de Tratamiento, con el fin de que se integren plenamente en el ámbito laboral y escolar.

d) *Control por medios telemáticos*: la gran ventaja que ofrece el art. 86.4 RP, respecto al supuesto anterior, es permitir que los clasificados en tercer grado ni siquiera permanezcan el tiempo mínimo exigible en el establecimiento mediante el sometimiento voluntario a las medidas de control telemático. La Instrucción 13/2001 de 10 de Diciembre que regula la imposición de la pulsera electrónica menciona entre los sujetos a quienes se puede aplicar a “los penados con situaciones específicas personales como madres con hijos menores”, especialmente en los casos en que no hay otras alternativas preferibles como las unidades dependientes y siempre que se garantice la atención al menor en relación a las características personales de la madre. El control telemático permite residir en el domicilio familiar, por eso ha de ser una alternativa al ingreso en unidades dependientes, ya que ambas juntas no tienen sentido.

En el año 2004 un 13% de los supuestos lo fueron por maternidad o entorno familiar. Esta es una de las escasas ocasiones en que la prerrogativa se puede extender al padre, en ausencia de la madre.

Esta modalidad permite dos posibilidades: la primera exige permanecer en las dependencias del régimen abierto pero con dos posibles cambios en el horario a) que las horas de descanso no sean durante la noche pero se mantenga la obligación de ocho horas diarias de permanencia, b) que se disminuya el tiempo mínimo diario de permanencia en el establecimiento con independencia del momento en que tenga lugar. La segunda posibilidad permite residir fuera del establecimiento penitenciario.

e) *Permisos por motivos familiares*: En estas labores de reinserción tienen una función muy valiosa asociaciones como ACOPE (Asociación de colaboración con las presas) o Dona y Presó que disponen de pisos donde las internas pueden alojarse durante el disfrute de los permisos de salida o el tercer grado.

Como se puede observar todos estos supuestos se refieren a ventajas para obtener el tercer grado, lo que excluye algo más importante como es evitar el ingreso en prisión a través de las llamadas sanciones intermedias, entre las que el Código Penal español no recoge ninguna mención específica para las mujeres, a diferencia de otras legislaciones como la italiana.

¹⁴ Armenta González Palenzuela, F. J.-Rodríguez Ramírez, V. *Reglamento Penitenciario comentado* 3.ª Ed. Sevilla 2002 pág. 183.

5. DERECHO COMPARADO.

Las líneas generales de Derecho comparado sobre normas específicas para las mujeres presas se pueden agrupar de la siguiente manera:

A) Separación de establecimientos por sexos:

Algunos países contemplan dicha exigencia en los propios Códigos Penales como por ejemplo Brasil, que en el art. 37 de su Código Penal establece un régimen especial de cumplimiento de mujeres en establecimientos propios, que luego la Ley de ejecución permite que se encuentren en el mismo conjunto arquitectónico de los hombres con la debida separación.

En otros casos, la separación se recoge en las Leyes de ejecución penitenciaria como es el caso de Alemania (art. 140 Ley de ejecución de penas de 1976) que contempla establecimientos especiales separados y excepcionalmente departamentos separados en establecimientos de hombres.

En todo caso coincide que tras el inicial compromiso de centros específicos para mujeres, se prevea siempre la posibilidad de compartir los de los hombres con absoluta separación, lo que confirma la discriminación de recursos.

B) Funcionariado sólo femenino:

Es también habitual que en las prisiones de mujeres se exija que el funcionariado, y a veces la dirección, sea siempre femenino, de esta manera en Venezuela en el art. 70 de la Ley de Régimen Penitenciario de 2000 se establece que la dirección y el personal de los centros de mujeres será sólo femenino y que los funcionarios varones no pueden entrar en ellos sin ser acompañados por una funcionaria mujer. También en la Ley de ejecución de la pena privativa de libertad de 1996 de Argentina, las prisiones de mujeres están a cargo sólo de mujeres, salvo excepciones, pero la dirección siempre queda en manos de mujeres.

Como un supuesto específico de excepción a la anterior norma general, es paradigmático el caso de Estados Unidos donde Amnistía Internacional ha denunciado reiteradamente¹⁵ que en las prisiones norteamericanas las mujeres encarceladas sufren agresiones sexuales por los funcionarios que quedan impunes (ya que a diferencia de la mayoría de los países permiten que los vigilantes sean hombres), a ello se suma toda clase de vejaciones como el acoso verbal o la vigilancia visual injustificada; además no en todas las prisiones se permiten la compañía ni la visita de los hijos, no siempre se dan cuidados médicos especiales a las embarazadas y están muchas horas dentro de la celda. El perfil de las reclusas en este país reúne las características de haber infringido la legislación de narcotráfico, que establece elevadas penas para una serie de conductas como la posesión de marihuana, y ser en su gran mayoría latinas o afroamericanas.

C) Atenciones y cuidado del parto:

Es lo más frecuente y suele coincidir en todas las legislaciones las atenciones médicas al embarazo y el parto.

¹⁵ Informe de Amnistía Internacional. Estados Unidos de América: derechos para todos (Índice AI: AMR 51/35/98/s).

D) Compañía de hijos menores:

La edad hasta la que suelen estar los menores con sus madres es muy variada ya que mientras en Europa es bastante baja: Francia dieciocho meses; Irlanda, Suecia y Dinamarca un año; Grecia y Suiza dos años; Italia y Portugal tres años; en otros países puede llegar a cinco años (Canadá) e incluso en USA no está permitido en casi ningún Estado¹⁶.

E) Alternativas al encierro:

Son varios los países que permiten la posibilidad de evitar la pena de prisión corta a las mujeres embarazadas o con niños de corta edad. Su finalidad es que el niño no nazca ni crezca en prisión.

En varios países latinoamericanos se prevé la posibilidad de cumplir la pena en el domicilio particular, por ejemplo en Brasil si las condenadas tienen hijos menores o deficientes físicos o mentales y condenadas gestantes; en Argentina si la pena de prisión no excede de seis meses; en Paraguay si la pena privativa de libertad no excede de más de un año y tienen hijos menores o incapaces, se puede cumplir en el domicilio y cualquier pena privativa de libertad en mujer embarazada o madre con hijo menor de un año puede ser aplazada; y en Venezuela las penas menores de seis meses en mujeres se sustituyen por arresto y confinamiento.

En Europa un supuesto específico es el de Italia donde se recogen tres figuras diferentes para aplazar el ingreso de las madres en prisión: el art. 146 del Código Penal de 1990, modificado por Ley de 8 de Marzo de 2001 establece la suspensión *obligatoria* de cualquier pena, menos pecuniaria, para las mujeres encintas y madres de niños menores de un año. Se trata de una medida de protección dirigida especialmente hacia el menor ya que no opera o se revoca si el embarazo se interrumpe, se retira la potestad de la madre sobre el hijo, el hijo muere, se abandona o se entrega a otras personas. Esta suspensión se concede por un tiempo determinado por eso si no se concede una nueva concesión (prórroga) se ordena la ejecución, salvo que el “*Magistrato di sorveglianza*” ordene la liberación por los perjuicios que pueda provocar el encarcelamiento.

En el art. 147 del Código Penal se *permite* la suspensión facultativa de las penas restrictivas de libertad, a las madres con hijos menores de tres años. En su concesión el “*Tribunale di sorveglianza*” ha de valorar las posibilidades de medidas alternativas (por ejemplo la detención domiciliaria que parte de los mismos presupuestos) y la idoneidad para alcanzar los fines previstos en el Ordenamiento, ya que en supuestos de peligrosidad o probabilidad de delinquir no se debe conceder o se debe revocar. Además, también en este caso se recoge la posibilidad de revocación del supuesto anterior, lo que la convierte en figura residual para los casos en los que el niño sólo puede estar con la madre, pues si deja de estar con ella, no se concede o se revoca.

Por su parte, el art.47 *ter* del Ordenamiento Penitenciario, modificado por Ley 27 de Mayo de 1998, permite la detención domiciliaria en lugar de penas de reclusión hasta cuatro años, aunque sea parte residual de mayor pena, de mujeres encintas o con hijos menores de diez años que convivan con ella. Este precepto ha sufrido varios

¹⁶ Almeda, E. Mujeres... cit pág 60.

recursos de legitimidad constitucional, uno de ellos, en virtud de la sentencia de 13 Abril 1990 de la Corte Constitucional¹⁷, provocó su reforma para ampliarse a los padres cuando ejerzan la potestad de sus hijos menores de diez años que con él convivan, por absoluta imposibilidad de la madre de prestarla, en atención al principio constitucional de protección a la infancia que no permite sustraer el derecho del menor a estar con el padre cuando no sea posible con la madre. La Ley de 8 de Marzo de 2001 introdujo la detención domiciliaria especial en el art. 47 *quinquies*, como supuesto residual, cuando no se dan los requisitos del anterior, para madres con hijos menores de diez años que puedan restablecer la convivencia con sus hijos a través de este beneficio, después de cumplir un tercio de la pena o quince años del *ergastolo*, siempre que no haya peligro de comisión de futuros delitos.

Lo más relevante de la legislación penal y penitenciaria italiana no es sólo esta variada previsión legal sino que las reformas más recientes de todos estos casos han ido dirigidas precisamente a ampliar su ámbito de aplicación que ha pasado de penas de hasta tres años a penas de hasta cuatro años, se extiende a madres y padres, y la edad de los menores se ha elevado a diez años, lo que supone una prueba contundente de protección a la infancia y al vínculo familiar¹⁸. Su mayor inconveniente, sin embargo, es la duplicidad que existe entre figuras que interrumpen la ejecución y medidas alternativas ya que en muchos casos comparten los mismos requisitos sin aclarar la preferencia de alguna de ellas sobre la otra, teniendo en cuenta que la ventaja de las segundas sobre las primeras es la posibilidad de control del sujeto¹⁹, y que la suspensión obligatoria es preferente a las figuras discrecionales.

6. CONCLUSIONES.

Ante el panorama actual de las prisiones de mujeres, pronosticar su futuro exige tener en cuenta todos los datos analizados para abordar desde su integridad la problemática, dotándola de una respuesta global desde todos los factores confluyentes:

- a) **criminológicos:** análisis de los delitos cometidos con mayor frecuencia, especialmente el tráfico de drogas, reflexionando sobre su prevención, las consecuencias penales de estos delitos formadas por unas penas muy elevadas y las alternativas específicas como la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena.
- b) **penales:** las condenas de corta o larga duración tienen distintas consecuencias penológicas, por ello en aquellas penas donde su extensión impida hacer uso de las alternativas habrá que potenciar las figuras penitenciarias de semilibertad.
- c) **sociales:** la maternidad o el nivel económico repercuten interrelacionándose ya que la marginalidad o escasez de recursos va a dificultar hacer frente a las responsabilidades familiares.
- d) **culturales:** el analfabetismo, la escasa formación laboral o la inmigración acusan la discriminación del colectivo de mujeres presas, por lo que requieren una atención especializada a sus respectivas necesidades de integración.

¹⁷ Canepa, M.-Merlo, S. *Manuale di Diritto Penitenziario* 6.ª Edición Milán 2002 pág 301.

¹⁸ Grevi, V.-Giostra, G.-Della Casa, F. *Ordinamento Penitenziario Commento*. 2.ª Ed. Milán 2000 pág. 470.

¹⁹ Canepa, M.-Merlo, S. op. cit pág. 230.

La consideración de estos factores específicos de las mujeres implica incluir la perspectiva de género en el ámbito penal y penitenciario, para acomodar los mecanismos jurídicos a las necesidades de las mujeres encarceladas con el fin de debilitar los procesos de exclusión social que les lleva al delito, reducir su encarcelamiento y reincidencia (Informe Mujeres, integración y prisión 2002-2005).

De todo ello se puede establecer un panorama de futuro con unos objetivos concretos que traten de mejorar el tratamiento penitenciario de la mujer condenada y ampliar sus perspectivas de reinserción:

a) **potenciar alternativas** para reducir el ingreso en prisión de las mujeres cuando el delito cometido permita no imponer pena de prisión o no cumplirla:

Entre ellas el arresto domiciliario (Portugal, Italia) o la localización permanente (USA, Reino Unido, Países Bajos, Canadá) son muy adecuadas con una serie de requisitos como baja peligrosidad o delitos menos graves. Con ello se favorece la reinserción, se evita la masificación, se abaratan los costes, siendo los únicos inconvenientes el mayor control externo o los problemas de intimidad y dignidad.

En Francia se ha propuesto la pena de trabajo de interés familiar como sustituto de la prisión de corta duración lo que aunque pueda parecer sexista permite no desocializar y facilitar la comunicación entre madres e hijos.

Todas ellas son especialmente indicadas para las reclusas madres de hijos pequeños ya que la estancia en prisión es totalmente desaconsejable.

b) **mejorar la estancia en prisión** cuando la pena de prisión sea inevitable por la gravedad del delito cometido:

En estos casos potenciar el tercer grado o los permisos resulta de mucha utilidad, así como hacer uso de la combinación de grados permitida por el art.100.2 RP que regula el principio de flexibilidad. De esta manera una mujer clasificada en segundo grado podría disfrutar de los permisos de salida de tercer grado.

c) **favorecer la reinserción:**

En el caso de las mujeres, la reinserción debe consistir en elevar el nivel cultural, implantar talleres que preparen para la vida laboral, aumentar las salidas programadas, y generalizar las unidades dependientes... El factor de la pobreza y la exclusión social es sumamente importante porque tras del encarcelamiento puede agravarse provocando una nueva exclusión, de ahí que la intervención penitenciaria deba ir dirigida a evitar la victimización terciaria.

d) **tratamientos específicos:**

En general se ha de evitar los obstáculos de los tratamientos (pérdida de la custodia de los hijos, alejamiento familiar...) para adaptarlos a la condición de las mujeres; un problema particular lo presentan las mujeres drogodependientes con hijos que necesitan una atención especial.

Todas estas previsiones siguen las Recomendaciones dadas por el Consejo de Europa 1469/2000:

- evitar la prisión de madres con hijos pequeños y potenciar las sanciones en comunidad.

- diseñar programas educativos para madres y menores en prisión.
- reservar la prisión para los delitos más graves y peligrosos.
- potenciar el derecho de visita de los padres.
- formación personal especializada.

7. DATOS OFICIALES DE LA DGIP.²⁰

Mujeres internas a 31-1-2006

Total: 4.836 Preventivas 1.281 Penadas: 3.510

Edad: 16-20 años: 6,4%

21-25 años: 23,8%

26-30 años: 31,3%

31-40 años: 26,9%

41-60 años: 10,3%

+ 60 años: 1,3%

Extranjeras: 22,17% (Hombres 19,35%)

Datos de la aplicación del CP nuevo:

Penadas: 75,4% **Preventivas:** 24,2%

Delitos: Salud pública 54,5%

Robo 33,5%

Hurto 4,3%

Homicidio - Asesinato - Lesiones 2,9%

Condenas: De un total de 2.744 penadas

6 meses-3 años: 27,9%

3 años-8 años: 28,7%

8 años-15 años: 16,2%

15 años-20 años: 1,3%

20 años-30 años: 0,29%

Clasificación: Primer grado: 1,8% (Hombres 2,6%)

Tercer grado: 18,4% (Hombres 11,5%). En 1990 era el 23%

²⁰ <http://www.mir.es/instpeni/>

8. BIBLIOGRAFÍA.

- Almeda, E. *Corregir y castigar*. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres. Barcelona 2002.
- Armenta González Palenzuela, F. J.-Rodríguez Ramírez, V. *Reglamento Penitenciario comentado* 3.ª Ed. Sevilla 2002.
- Azaola, E. *Las mujeres olvidadas. Un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en Méjico*. Comisión Nacional de Derechos Humanos 1996.
- Bergalli, R.- Bodellón, E. “La cuestión de las mujeres y el Derecho Penal simbólico” *Anuario de Filosofía del Derecho* n.º IX 1992.
- Bueno Arús, F. “La mujer y el sistema penitenciario español”. *Poder Judicial* nº 39, 1995.
- Canepa, M-Merlo, S. *Manuale di Diritto Penitenciario* 6.ª Edición Milán 2002 pág. 301.
- Canteras, A.: *Delincuencia femenina en España*. Ministerio de Justicia Madrid 1990.
- Cario, R. “Jóvenes y mujeres encarceladas”. *Eguzkilore* nº 4 1990. “Femmes et prison” *Eguzkilore* n.º extraordinario 2, 1989.
- Campelli, *Donne in carcere* Milán 1992.
- Clemente Díaz, M. *Delincuencia femenina*. UNED. Madrid 1987.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. “Retos principales del actual sistema penitenciario” en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la LOGP* Madrid 2005.
- Defensor de Pueblo. Estudio sobre la situación penitenciaria y los depósitos municipales de detenidos. 1988-1996. Informe presentado a las Cortes Generales año 2000.
- Del Olmo, R. *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Caracas 1998.
- Giménez Salinas, E.: “Mujeres delincuentes: del mito a la prisión”. *Poder Judicial* n.º48 1997.
- Grevi, V.-Giostra, G.-Della Casa, F. *Ordinamento Penitenciario Commento*. 2.ª Ed. Milán 2000.
- Larrauri, E. *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. Madrid 1994.
- Leganés Gómez, S. *Criminología. Parte Especial*. Valencia 1999.
- Llorca Ortega, J. *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del s. XIX*. Valencia 1992.
- Mapelli Caffarena, B. “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2006.
- Martín, S.: “Intervención con mujeres privadas de libertad”. *Seminario Política criminal y tratamiento penitenciario UIMP* Noviembre 2001.
- Martínez Galindo, G. *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España*. Madrid 2002.

- Naredo, M. “La criminalización de las mujeres gitanas en el Estado español”. *Actas de las Jornadas de Graduado en Criminología y Política Criminal* (2000 y 2001). Barcelona 2003.
- Nari, M.-Fabre, A. *Voces de mujeres encarceladas*. Buenos Aires 2001.
- Ortolá, E.: “Situación jurídico-penitenciaria de las mujeres en prisión.” *Seminario Política criminal y tratamiento penitenciario UIMP* Noviembre 2001.

Antonio Obregón García
Profesor Propio Agregado de Derecho Penal
Universidad Pontificia de Comillas de Madrid (ICADE)

La determinación de la pena exacta en los concursos de leyes en relación de alternatividad (sentido, contenido y aplicación de la regla 4.^a del artículo 8 del Código Penal)

No es posible exponer en pocas palabras escritas, sin poderlas acompañar de gestos y actitudes que contribuyan a reforzar la expresión de los sentimientos, todo lo que he aprendido de mi maestro, el profesor BUENO ARÚS. En acto de justicia, de él pude afirmar, durante un momento culminante de la relación maestro-discípulo como es el de la defensa de la tesis doctoral, que es insigne en letras y claro en virtudes, en frase tomada de una obra (*Viaje del Parnaso*) de uno de sus autores favoritos, Cervantes. En aparente riesgo, también me permití aventurar que esa manifestación de mi gratitud y admiración, razonada y razonable, nacida del corazón, se encontraba llamada a permanecer indeleble con el paso del tiempo. Casi diez años después, se confirma que aquella predicción no podía calificarse en modo alguno de temeraria: la revelación, la conjetura y la ciencia se unían para que el grado de probabilidad de acierto estuviera rayano en la plena seguridad. Los encargos profesionales que nos han sido encomendados a ambos durante estos años no han facilitado la frecuencia de trato deseable (al menos la que yo hubiera deseado); pero, efectivamente, con el paso del tiempo, lejos de remitir la gratitud y la admiración, éstas siguen perviviendo, si acaso acompañadas de más razones y emociones que han renovado mi estima y predilección por el profesor BUENO ARÚS, mi querido Paco. Este trabajo, que nunca podrá hacer justicia al valor del homenaje, sí pretende, sin embargo, dar testimonio, en todo caso, de esas razones y de esas emociones.

Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación sobre "El proceso de reforma del sistema de determinación de la responsabilidad penal: Análisis de los fundamentos dogmático-penales y constitucionales y de su eficiencia en la aplicación", que se desarrolla en el Área de Derecho penal de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y que ha sido financiado por el MEC (Proyecto SEJ004-05603/JURI) dentro del Plan Nacional de I+D para el trienio 2004-2007".

La pasión de BUENO ARÚS por la vida (en lo profesional y, me atrevo a afirmar, también en lo personal) han marcado, como no podía ser de otra forma, su vida y obra jurídicas; magnífico penalista, es ante todo jurista, pero también científico y hasta artista¹. Por eso, siempre ha insistido, en lo que podría asegurar constituye un *tópico* de su obra, en la unidad plural de “lo” jurídico, y de “lo” jurídico y “lo” cultural; desde la época en que fui su alumno, me resuenan sus invocaciones a la relación entre los elementos del delito, entre el delito y la pena, entre la teoría de la ley, del delito y de la pena, entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico, entre el Derecho y la Política, entre el Derecho y otras Ciencias, entre las Ciencias y las Letras, entre la Ciencia y el Arte...² La apasionada vocación vital de BUENO ARÚS, que evoca el ideal renacentista, condicionó la elección del tema de mi tesis, orientada, entre otros fines, a dejar constancia de la unidad del Derecho penal, con el tratamiento de un objeto sólo abordable desde la imbricación de la teoría del delito y de su consecuencia, la pena. Modestamente, también ahora, en este sentido homenaje, he querido que el tema del trabajo se inspirase en esa idea central del pensamiento (jurídico) de BUENO ARÚS: la pena trae causa del delito, y el delito de la ley penal; pero la ley penal adquiere sentido por su referencia al delito, y la ley penal y el delito no pueden entenderse sin la pena; y, dentro de la teoría de la pena, la determinación de ésta no deja de ser nada menos que el remate y la coronación del sistema penal³.

Las siguientes líneas van a permitir resaltar que la comprensión de la importancia y de la función de las cuestiones penológicas, y en concreto de ese “muro de lamentaciones de los penalistas” que representa la determinación de la pena⁴, puede facilitar el buen entendimiento dogmático de los problemas que se suscitan en la teoría de la ley penal y en la teoría del delito. El asunto que se va a tratar, y que obedece al propósito explicitado, es el significado, contenido y aplicación de la regla 4.ª del art. 8 CP, que resuelve los concursos entre dos leyes penales a favor de aquélla que tiene asociada una pena más grave; como podrá observarse, el tema combina (y encaja) la determinación de la pena con la teoría de los concursos, tradicionalmente desarrollada tanto en la teoría de la ley penal como en la teoría del delito⁵.

¹ En su “última lección académica”, BUENO ARÚS: *La ciencia del Derecho Penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág.23, hace suya la afirmación de BIONDI que sostiene que la función de un jurista está más cerca del Arte que de la Ciencia; incluso, en su discurso sobre la Ciencia del Derecho Penal, BUENO ARÚS llega a preguntarse si “esta sustitución del paradigma del *homo scientificus* por el de *homo artisticus* será suficiente... o si no sería todavía más propio la adopción del paradigma del *homo ludens* de HUIZINGA, porque a lo mejor la creación, la interpretación y la aplicación de las normas no deja de ser un juego...”.

² Escogeré algunas frases de BUENO ARÚS que muestran este interés: “Prólogo”, en OBREGÓN GARCÍA: *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Dykinson, Madrid, 1998: “...el penalista, convencido del carácter profundamente cultural de su parcela, piensa que, para saber y para saber aplicar y enseñar el Derecho penal, hay que saber mucho más que Derecho penal” (pág. 20); “como colofón de cuando antecede, cabe subrayar una vez más el sentido unitario del contenido de la Ciencia del Derecho penal...” (pág. 22); “así, el valor cultural del Derecho, que conduce a la interdisciplinariedad con que acertadamente se pretenden abordar en nuestra época los problemas penales, ha de alcanzar también a pedir la colaboración de otras Ciencias que no sean precisamente las Ciencias sociales o las Ciencias de la Conducta” (pág. 23).

³ Así lo subraya GALLEGO DÍAZ: *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, ICAI, Madrid, 1985, pág. 1.

⁴ Opinión de HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 137.

⁵ El espacio disponible y la intención expresada permiten comprender que, en modo alguno, se pretende acometer en este trabajo la elaboración acabada de una teoría general del concurso, por lo que bastantes aspectos de ésta apenas se apuntarán; se habrá cumplido el objetivo marcado si con las presentes líneas se logra exponer una reflexión ordenada sobre una regla particular de los concursos escasamente tratada, como es la regla 4.ª del art. 8 CP, a la par que se pone de manifiesto, como se indicaba, la importancia de la conexión entre los elementos básicos del Derecho penal.

En efecto, la teoría de los concursos de leyes o de normas o de preceptos⁶, cuyo estado es tachado por GRACIA MARTÍN de “rudimentario” y aún más duramente de “caos sin parangón”⁷, ha sufrido hasta fechas recientes una desatención llamativa en la doctrina española, que felizmente se está superando en el nuevo siglo. Aunque en no pocas ocasiones su desarrollo se ha reservado al ámbito de la teoría de la ley penal, en relación con la determinación e interpretación de la ley aplicable⁸, su conexión con la teoría de los concursos de delitos (generalmente corolario de la teoría jurídica del delito) es constatable⁹, si bien su vinculación no siempre se ha destacado convenientemente. Creo que, siguiendo las valiosas aportaciones que en los últimos tiempos han favorecido el progreso de la teoría de los concursos penales, dicho enlace debe subrayarse de manera adecuada; pero también, como se ha adelantado, hay que reclamar su ligazón con la teoría de la pena y, singularmente, con la determinación de la pena¹⁰. La diferente ubicación de los preceptos que vamos a tratar (en el Título Preliminar del Código, que lleva por rúbrica “de las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”; en el capítulo II del Título III del Libro I, dedicado a las reglas de aplicación de las penas; y, obviamente, en los Libros II y III, es decir, la Parte Especial) da cuenta de la intradisciplinariedad del tema.

La necesidad de esta propuesta va a ser atestiguada, como se reseñaba, a través del análisis de la regla 4.^a del art. 8 CP, a la que normalmente se la identifica como la descriptor de la relación de alternatividad en los concursos de leyes, y que apenas cobra realce en nuestra doctrina salvo para renegar de ella; a mi juicio -como trataré de probar seguidamente-, esta regla, lejos de encontrarse vacía de contenido o de ser un estorbo en el régimen concursal, como proclama una gran parte de la doctrina española, constituye la cláusula de cierre del sistema de “concursos” de nuestro Código, por lo que despliega una función, de extensión discutible, pero

⁶ Apoya la denominación de “concurso de normas” CASTELLÓ NICÁS: *El concurso de normas penales*, Comares, Granada, 1999, págs. 1 y ss.; por el contrario, propugna el empleo de la locución “concurso de leyes” ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, págs. 67 y ss. Al margen de que, probablemente, de esta polémica no se extrae consecuencia práctica de interés, las razones aducidas por ambas autoras, ciertamente valorables y atendibles, no parecen sin embargo radicalmente concluyentes para juzgar que se comete un error de envergadura si, como ha venido siendo usual en la doctrina española, se utiliza indistintamente una expresión u otra; por otro lado, el apego a la ley, afición que se supone se debería cultivar en la actividad dogmática, nos debería conducir a calificarlo de concurso de “preceptos”, pues éste es el término que el Código Penal emplea, repetidamente, en el art. 8.

⁷ GRACIA MARTÍN: “Prólogo”, en ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. XV y XVII.

⁸ Acerca de la ubicación sistemática del concurso de leyes, *cf.* ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 97 y ss.

⁹ En contra, no obstante, CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág.43: “por mucho que se quiera conectar el concurso de normas y el concurso de delitos... estamos hablando de dos cosas totalmente diferentes”; a favor de la tesis de la conexión, ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs.102 y s.

¹⁰ La vinculación del concurso de delitos con la teoría de la pena ha sido más destacada que en el caso del concurso de leyes; sobre la ubicación de la teoría del concurso de delitos -entre la teoría del delito y la de la pena-, *cf.*, entre otros, SANZ MORÁN: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, págs. 20 y ss.; SUÁREZ LÓPEZ: *El concurso real de delitos*, Edersa, Madrid, 2001, págs. 29 y ss.; ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 98 y ss.

esencial en el ámbito citado. Y esta conclusión podrá suscribirse y corroborarse a partir de una recta composición de los elementos del sistema, integrando en él, fundamentalmente, la determinación de la pena.

SENTIDO DE LA REGLA 4.^a DEL ART. 8 CP.

La regla 4.^a del art. 8 CP establece que, en caso de que, para la calificación de un hecho, entren en concurso dos o más preceptos penales, y no resulten aplicables ni las normas relativas al concurso de delitos (arts. 73 a 77 CP), ni las reglas conocidas como de especialidad, subsidiariedad y consunción, el precepto penal más grave excluirá los preceptos que castiguen el hecho con pena menor¹¹. Comúnmente se denomina “relación de alternatividad” a la relación que se entabla entre las leyes en concurso que disciplina esta regla, si bien dicha expresión, que no posee alcance legal, es puesta en tela de juicio, por lo que en ocasiones la doctrina se refiere a esta regla mediante la descripción del contenido de su consecuencia (aplicación del precepto que impone una pena superior)¹².

El antecedente de esta regla se encuentra en el art.68 CP-73¹³, única norma que, desde 1944, regulaba expresamente el concurso de leyes en nuestro Código penal, si bien no dejaba de suscitar opiniones doctrinales contrarias a su existencia y tenor¹⁴. Con todo, hay que señalar que el principio de alternatividad, además de ser el único que cuenta con raigambre en nuestra tradición normativa¹⁵, se ha mantenido en el Código penal a pesar del conocimiento del legislador de 1995 de las severas críticas doctrinales que había merecido, perseverancia legislativa que debe hacer pensar, al

¹¹ El contenido completo del art. 8 CP es el siguiente: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículo 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.º) El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.º) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.º) El precepto penal más amplio o más complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.º) En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. De los artículos 73 a 77 vamos a reseñar el primero y el último, ya que definen los concursos de delitos, real e ideal respectivamente; art.73: “Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”; art.77: “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer el delito. 2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. 3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

¹² En este sentido, señala CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág. 168, que “alternatividad implica sólo la opción entre dos o más cosas, pero no determina el establecimiento de criterio alguno para resolver esa opción”, razón por la cual se refiere al principio que contiene esta regla como “principio de pena superior” o de “mayor gravedad punitiva”; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 180 y ss., consideran que esta regla describe una suerte de “subsidiariedad o consunción impropia”. Más exhaustivamente sobre el concepto de alternatividad, SANZ MORÁN: “Alternatividad de leyes penales”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, págs. 663 y ss.

¹³ Art. 68 CP-73: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos”.

¹⁴ Por todos, SANZ MORÁN: *El concurso de delitos...*, cit., pág. 195: “la regla del art. 68 es equívoca, ya que interpretada literalmente llevaría a soluciones disparatadas, y superfluas”.

¹⁵ Sobre el concurso de normas en los Códigos penales históricos y en las proyectadas reformas del Código penal, *cf.*: CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., págs. 21 y ss.

menos desde una perspectiva dogmática, que esta regla no es tan prescindible en el sistema de concursos que se diseña en el cuerpo normativo penal.

Como se acaba de indicar, la regla 4.^a del art. 8 CP no goza de buena “reputación” doctrinal, pues en el mejor de los casos viene siendo considerado un precepto inconsistente¹⁶, si no irrelevante¹⁷, y, en último extremo, inconstitucional¹⁸, hasta el punto de llegar a demandarse, *lege lata*, evitar su utilización¹⁹. Así las cosas, la primera tarea que hay que emprender consiste en descubrir el sentido que el legislador ha podido conferir a esta regla, desmintiendo las voces que arrinconan su presencia y menosprecian su funcionalidad, o, en caso de resultar baldía esta labor de indagación crítica, unirse a ellas y denunciar el error del legislador al incluir esta regla en el Código penal.

Sintéticamente, se puede reconocer en la doctrina dos clases de argumentos tendentes (subjettiva u objetivamente) a ceñir lo más posible el ámbito de aplicación de la regla 4.^a del art. 8 CP: por un lado, un argumento que podríamos considerar de naturaleza dogmática, que describe el escaso margen de utilidad del precepto, dado el carácter subsidiario que se deduce de su tenor legal; por otro lado, un argumento de corte más político-criminal, que expresa la disconformidad con el resultado penológico que aporta dicha regla para la solución de los concursos a los que puede afectar. El estudio del primero de los argumentos nos va a conducir a delimitar el sentido de la regla 4.^a del art. 8 CP y a enmarcar su contenido; el examen del segundo nos llevará a analizar la forma de aplicar esta regla en la determinación de la pena.

Efectivamente, la mayoría de la doctrina que aborda de forma acabada el problema concursal y que proclama la difícil, reducida o inexistente justificación de la regla 4.^a del art. 8 CP se basa, explícita o implícitamente, en su carácter subsidiario respecto de las restantes reglas que contiene el art. 8 CP para la determinación de la norma aplicable. La posición de esta regla, que se define como jerárquicamente inferior²⁰, le reservaría un ámbito completamente secundario o marginal, que podría llegar a ser, como se ha indicado, prácticamente ficticio. Ese carácter residual se intensifica cuando el concurso de leyes y el concurso de delitos se

¹⁶ Aprecia QUINTERO OLIVARES: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, con la colaboración de MORALES PRATS y PRATS CANUT, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág.751, que “pocas veces se leen invocaciones expresas de este principio plasmado en el número 4.º del artículo 8, y al que muchos autores niegan sustantividad”.

¹⁷ Como indica SANZ MORÁN: *Alternatividad de...*, cit., pág. 669, la alternatividad pierde progresivamente terreno en la teoría del concurso, especialmente en las doctrinas alemana e italiana; según ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 221, el principio de alternatividad ha sido “despreciado ya hace tiempo en otros ámbitos jurídicos”. Por ello, RODRÍGUEZ RAMOS: “Artículo 8”, en *Código penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales complementarias*, coord. RODRÍGUEZ RAMOS, La Ley, Madrid, 2005, pág. 82, lo califica de precepto “muy español”.

¹⁸ Expresa dudas, por ejemplo, sobre su constitucionalidad SANZ MORÁN: “Concurso de delitos. Criterios y problemas”, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ed. por ASÚA BATARRITA, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, pág. 81.

¹⁹ Como hace RODRÍGUEZ RAMOS: “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes (exégesis crítica del art.8 del Código Penal)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 19-2-1998, año VIII, n.º 330, pág. 4.

²⁰ Según CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág.189, “la relación entre los principios resolutorios del concurso de normas es de índole jerárquica, pero sólo en relación al principio de la pena superior”, ya que “todos ellos (especialidad, subsidiariedad y consunción) forman un primer nivel, y si la relación que media entre dos o más normas no es de ninguna de estas características, habrá que optar por el segundo nivel, en el que se encuentra el principio de la pena superior”..

presentan (a mi juicio correctamente) como manifestaciones de un mismo fenómeno concursal²¹; las definiciones de ambos concursos (en el de leyes se aplica una sola norma para captar el desvalor del hecho, en el de delitos es preciso aplicar varias normas en concurso para captarlo)²² conducen a excluir el *tertium genus* que parece representar la relación de alternatividad, porque o bien una sola norma capta todo el desvalor del hecho (y entonces las reglas de especialidad, subsidiariedad o consunción son suficientes, e incluso parte de la doctrina piensa que con la primera bastaría para dar cobertura a todos los supuestos)²³ o no (y en ese caso devendría aplicable el concurso de delitos).

De esta forma, la virtualidad de la regla 4.ª del art. 8 CP se circunscribiría a: i) corregir los casos en que el legislador comete errores técnicos en la tipificación de las conductas²⁴; ii) resolver los casos de identidad, esto es, en palabras de GIMBERNAT ORDEIG, aquellos en los que “las dos calificaciones en conflicto abarcan, no aspectos diferentes de la conducta, sino exhaustivamente todos los datos jurídico-penalmente relevantes”²⁵; iii) a ambas cosas simultáneamente (es decir, el ámbito aplicable de esta regla sería sólo el de los casos de identidad, que consti-

²¹ No es infrecuente referirse al concurso de leyes como concurso “aparente”, ya que, en realidad, en esta figura sólo una de las leyes (en supuesto) concurso es finalmente aplicable (cfr. GIMBERNAT ORDEIG: “Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del prof. E. Peñaranda)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, págs. 837 y ss.); sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que en el concurso de leyes, si bien sólo uno de los preceptos puede aplicarse, todos los preceptos concurren efectivamente (cfr. esta posición en PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 35 y ss.). Entre otras razones, es preferible la estimación del concurso de leyes como auténtico concurso porque esta concepción, como explica MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., PPU, Barcelona, 1996, pág. 668, “permite que el precepto o preceptos desplazados puedan ser tenidos en cuenta, a determinados efectos, en combinación con el precepto preferente y, sobre todo, que pueda aplicarse en caso de que deje de ser aplicable el precepto preferente pero no el desplazado”. De nuevo, si acudimos al tenor literal legal, en este caso al primer párrafo del art.8 CP, observamos que el legislador parte de la idea de unidad del fenómeno concursal, ya que fija como presupuesto de aplicación de dicho artículo que los hechos sean susceptibles “de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código”.

²² Aunque los diferentes autores que tratan la teoría de los concursos ofrecen definiciones diversas de los concursos de leyes y de delitos, en general coinciden en la descripción apuntada; las discrepancias suelen divergir en torno, por un lado, al carácter aparente o auténtico del concurso de leyes (cuestión reseñada en nota anterior), y, por otro, a la necesidad de que en los concursos de leyes la norma aplicable capte exhaustivamente todo el desvalor o, simplemente, baste con que sólo capte una parte significativa (para evitar la aplicación del concurso de delitos e incurrir en conculcación del principio *non bis in idem*); cfr. extensamente sobre estos conceptos, CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., págs. 14 y ss., y ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 66 y ss.

²³ Así, RODRÍGUEZ RAMOS: *Artículo 8*, cit., pág. 82, señala que el principio de especialidad “en realidad es el que pleonásticamente se repite en todas las reglas” y CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág. 116, manifiesta que “así como existen dudas que (...) son cada vez más crecientes, sobre la relevancia de otros criterios, o de que éstos resuelvan en realidad un concurso de normas penales, uniformemente se admite la trascendencia de la regla de especialidad”.

²⁴ Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 541, consideran que este precepto “debe siempre tenerse en cuenta para evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica”; como explica ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 196, el principio de alternatividad se ha venido manejando “como camino para llegar a soluciones penológicas que la doctrina considera más adecuadas, en casos en los que el legislador parece haber cometido “despistes” en la regulación de determinados supuestos” (en cursiva en el original).

²⁵ GIMBERNAT ORDEIG: “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pág.437. De este mismo parecer, GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág.173, y, especialmente, ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 292 y s.

tuyen un error del legislador)²⁶. Habrá que convenir que resulta cuando menos paradójico que el legislador haya sido tan previsor que ha decidido dedicar una regla a prevenir su propio error, paradoja que permite sugerir -de momento- que el principio de vigencia de las normas no queda, con esta interpretación, suficientemente salvaguardado, y que, tal vez, la doctrina proyecta su falta de sintonía con la regla de la alternatividad en la determinación del (escaso) ámbito de aplicación que le concede.

En mi opinión, la clave del buen entendimiento del sentido y función de la regla 4.^a del art. 8 CP estriba, precisamente, en partir del reconocimiento de su subsidiariedad; de su carácter, en realidad, doblemente subsidiario (respecto del concurso de delitos, en primer lugar, y respecto de las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción, después). Dos locuciones nos indican meridianamente esta naturaleza: de una parte, la expresión “no comprendidos” (primer párrafo del art. 8 CP), que aclara el carácter subsidiario de la totalidad de las reglas contenidas en el art. 8 CP respecto del concurso de delitos²⁷; de otra parte, la expresión “en defecto” (en la propia regla 4.^a de este artículo) que nos afirma la subsidiariedad de la regla 4.^a respecto de las tres primeras del art.8 CP en su conjunto²⁸. Pero el reconocimiento de este carácter no determina la extensión, mayor o menor, de su ámbito de aplicación, sino únicamente la condición de dependencia de la regla 4.^a del art. 8 CP respecto de los preceptos preferentes. Y una mera aproximación a los presupuestos de estos preceptos principales (arts. 73 a 77, y en particular el art. 77 CP, relativo al concurso ideal de delitos, así como las tres primeras reglas del art. 8 CP) nos hace caer en la cuenta de la dificultad de que se verifique su cumplimiento (lo que permite albergar cuando menos dudas acerca del escaso campo que quedaría reservado a la regla 4.^a del art. 8): si dejamos al margen el caso del concurso real²⁹, la técnica legislativa tiene que ser muy depura-

²⁶ MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 673: “la única posibilidad de que no sean aplicables ‘los criterios anteriores’ (especialidad, subsidiariedad y consunción) es que por un error o descuido del legislador dos o más preceptos vengán a prever exactamente el mismo hecho”; para SANZ MORÁN: *Concurso de delitos. Criterios...*, cit., pág. 81, en el art. 8 “se grava al reo con los errores del legislador cuando éste recoja, contra toda lógica, un mismo hecho con todos sus pormenores, en dos preceptos distintos, con respuestas sancionatorias diversas”.

²⁷ En contra, QUINTERO OLIVARES: *Manual de Derecho...*, cit., pág. 749: “metodológicamente se puede suscitar la duda sobre cuál ha de ser el primer paso, *duda que ha de resolverse en favor de este artículo 8*” (en cursiva en el original).

²⁸ En este sentido, CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág. 189.

²⁹ La delimitación entre concurso de leyes y concurso de delitos se hace necesaria en la práctica en los casos en que se produce un único hecho: *cf.* ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 437 y ss. (concluye en pág. 447: “descartada la opción de apreciar un concurso de leyes en supuestos de pluralidad de hechos...”); naturalmente, esto no significa ni que la distinción entre concurso real e ideal sea tan clara ni que la diferencia en la solución penológica se encuentre plenamente justificada: a favor de una modalidad unitaria de concurso de delitos se pronuncian, por ejemplo, CUELLO CONTRERAS: “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, págs. 73 y ss.; MORILLAS CUEVA: “La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal”, en DÍEZ RIPOLLÉS, ROMEO CASABONA, GRACIA MARTÍN, HIGUERA GUIMERÁ (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 485; SUÁREZ LÓPEZ: *El concurso real...*, cit., págs. 58 y s.; VIVES ANTÓN: *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, 1981, pág. 42; por el contrario, defienden la dualidad en el concurso de delitos, entre otros, CUERDA RIEZU: “La regulación del concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, págs. 849 y s.; GONZÁLEZ RUS: “Comentarios a los artículos 73, 75, 76, 77 y 78”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, págs. 912 y ss.

da tanto para que un solo hecho constituya dos o más infracciones y se apliquen varias normas sin incurrir en duplicidades punitivas (concurso ideal de delitos), como para que “todo” el desvalor de un hecho pueda ser captado por una única norma (especialidad, subsidiariedad, consunción); en otros términos, el hecho de que la mayoría de los casos pueda quedar recogida en uno u otro supuesto dice mucho en favor de la técnica legislativa empleada³⁰.

Por tanto, el art.8 CP configura un orden de prelación en la actuación del aplicador del Derecho, un método lógico de proceder, pero la preferencia que determina no presupone ni la importancia ni la amplitud de las figuras aplicables. En primer lugar, se debe examinar si el hecho (o hechos) constituye(n) más de una infracción, y, en caso afirmativo, debe atenderse a las reglas del concurso de delitos (arts.73 a 77); si el hecho no constituye dos o más infracciones, devienen aplicables (aunque de forma excluyente entre sí) las tres primeras reglas del art. 8 CP³¹; si puede entenderse que uno de los preceptos en concurso es preferente por comprender el otro (o los otros), debe aplicarse la norma preferente; pero si ninguna norma engloba la otra, por no poder estimarse que una de las leyes es especial, principal o más amplia o compleja, debe aplicarse el precepto que prevé una mayor penalidad.

Este planteamiento, que entiendo es el que se deriva del contenido del art. 8 CP (o la interpretación más respetuosa con él), se fundamenta en el principio de proporcionalidad, según el cual la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, del injusto³², así como al grado de culpabilidad³³. La consecuencia penológica del concurso debe perseguir captar al máximo el desvalor de la conducta, por lo que si el hecho constituye dos o más infracciones, que deben ser apreciadas para valorar íntegramente ese desvalor, hay que dirigirse, en primer término, al concurso de delitos; pero si no puede considerarse que el hecho constituye dos o más infracciones -principalmente, como seguidamente se aclarará, a consecuencia del significado y exigencias del principio *non bis in idem*-, habrá que comprobar si uno solo de los preceptos capta todo el desvalor del hecho, lo que le convertirá en el precepto aplicable (y en ese caso el principio de proporcionalidad se satisface íntegramente) y, si no, al menos aplicar el que capte una mayor cantidad de desvalor (con lo que el principio de proporcionalidad se satisface en la máxima medida posible). La doble subsidiariedad prevista en el art. 8 CP, pues, responde cabalmente a la búsqueda de la

³⁰ Probablemente, influye en este fenómeno el hecho de que el legislador, ante casos repetidos de alternatividad, tiende a hacerlos desaparecer mediante su conversión en supuestos de especialidad. Así, la relación entre parricidio y asesinato, que tantos problemas generó en su interpretación durante la vigencia del Código anterior, se ha resuelto mediante la supresión de la primera de las figuras; por ejemplo, el apartado 3.º del art. 485 permite construir una relación de especialidad entre el homicidio del Rey con al menos dos agravantes y el asesinato, en un supuesto que, de no existir específicamente dicho precepto, entiendo que debería resolverse mediante la apreciación de una relación de alternatividad, como después se indicará; y, probablemente, no sería extraño que supuestos problemáticos como el del homicidio intentado en concurso con lesiones dolosas consumadas o el de apropiación indebida y administración desleal terminen resolviéndose a través de la creación de un precepto especial que los regule.

³¹ Como advierte ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 435, “puesto que se han realizado varios tipos la apariencia inicial es que todos ellos son aplicables”.

³² Vid. AGUADO CORREA: *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1999, *passim*, y, en particular, pág. 285.

³³ Sobre el sentido de la medición de la pena, *cfr.* OBREGÓN GARCÍA: *La atenuación...*, cit., págs. 107 y ss.; la manera de proceder en la determinación de la pena es “medir la responsabilidad derivada de la comisión del delito (del injusto culpable y sus circunstancias, conjunto que constituye el objeto de valoración), para hallar proporcionadamente la pena merecida, lo que supone actuar justamente y satisfacer el fin preventivo” (pág. 108).

máxima proporcionalidad, sin “excesos” (en ningún caso) y con los menos “defectos” posibles (en algunos casos): de esta forma, las reglas relativas al concurso de delitos, en primer término; las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción, en segundo lugar; y, por último, la regla de alternatividad representan, por consiguiente, tres escalones sucesivos en la solución de los concursos guiados en todos los casos por la pretensión de proporcionalidad, alcanzada íntegramente en los dos primeros supuestos y de la forma más completa posible en el tercero. La regla 4.^a del art. 8 CP aparece, así, no sólo legítima sino también imprescindible para completar el sistema de concursos y procurar el logro de la proporcionalidad en la “cuantía” más cercana a la medida justa.

CONTENIDO Y APLICACIÓN DE LA REGLA 4.^a DEL ART. 8 CP.

Expuesto en términos generales el procedimiento del sistema concursal que organiza el legislador en el art. 8 CP, exige una mayor precisión esclarecer los dos momentos esenciales de este sistema: cuándo se aplican (o no) las reglas de los concursos de delitos y cuándo se aplican (o no) las tres primeras reglas del art. 8 CP.

Se ha explicado que la base de la aplicación de las reglas concursales propias del concurso de delitos es la afirmación de la existencia de más de una infracción. La concurrencia de este presupuesto reclama, al menos, dos condiciones: una positiva, la pluralidad de realizaciones típicas (el hecho debe ser subsumible en varios tipos), y otra positiva-negativa, la pluralidad de infracciones, lo que, en opinión de la doctrina mayoritaria, implica la ausencia de vulneración del principio *non bis in idem*³⁴. La primera de las condiciones es necesaria para que nos encontremos ante un verdadero concurso, premisa de la que partimos; por tanto, es la segunda de las condiciones la que plantea problemas.

Desde la STC 2/1981, de 30 de enero³⁵, el Tribunal Constitucional viene reconociendo que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad penal en materia penal y sancionadora; este principio, de acuerdo con el pronunciamiento del citado Tribunal, veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Pero puede añadirse algo más: como expone GARCÍA ALBERO, la consecuencia de la imposibilidad de una doble sanción con idéntico fundamento por un mismo hecho viene ligada materialmente a la prohibición de una doble valoración de ese hecho; el principio *non bis in idem* -más allá de su definición concreta por el Tribunal Constitucional- no sólo supone que no se puedan imponer dos sanciones por el mismo hecho, sino también que no se puede valorar dos veces el mismo elemento, con la consiguiente repercusión en la calificación jurídica y, en último término, en la esfera sancionadora: impide que “las cualidades de una acción que se corresponden con los elementos de un tipo de delito puedan ser utilizadas para colmar los elementos de otro tipo delictivo cuando la valoración de uno de ellos está contenida en la del otro”³⁶. La conclusión debe ser que

³⁴ Como reconoce ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 222.

³⁵ Y en muchas otras posteriores; por ejemplo, SSTC.66/1986, de 26 de mayo; 154/1990, de 15 de octubre; 234/1991, de 16 de diciembre; 177/1999, de 11 de octubre; 2/2003, de 16 de enero.

³⁶ GARCÍA ALBERO: “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, págs. 228 y s.

se conculca el principio *non bis in idem* cuando los preceptos en concurso valoran un mismo elemento del hecho (con significación suficiente como para entender que la zona común resulta nuclear en la valoración de éste), y, sin embargo, se aprecia la existencia de dos infracciones diferentes y, consecuentemente, se aplican las reglas del concurso de delitos. Es decir, la presencia de una parte medular de injusto común a los preceptos concurrentes que describen los delitos cuya aplicación se pretende debe negar la afirmación de una pluralidad de infracciones, excluir la apreciación de un concurso de delitos y dirigir necesariamente la solución del problema hacia las reglas previstas en el art. 8 CP; y esa interferencia relevante se produce, al menos, cuando el bien jurídico protegido en los distintos preceptos es el mismo o se halla estrechamente vinculado, de tal forma que el desvalor de resultado (el ataque al bien jurídico), en el caso concreto, resulta sustancialmente coincidente³⁷.

Si se descarta la aplicación del concurso de delitos, hay que proceder a examinar la aplicabilidad de las tres primeras reglas del art. 8 CP (especialidad, subsidiariedad y consunción). Todas ellas parten del mismo criterio (de ahí su condición paritaria en el sistema): una norma se considera preferente respecto de las demás concurrentes (por ser especial, principal, más amplia o compleja), esto es, un precepto comprende íntegramente, de una manera u otra, el resto de preceptos en concurso³⁸.

Sin embargo, no siempre es factible la determinación de esa preferencia, por cuanto no se cumplen los presupuestos para calificar a uno de los preceptos como especial, principal o más amplio o complejo. Sucede este fenómeno, a mi juicio, cuando el esquema del concurso es el siguiente: el hecho contiene los elementos A+B+C; uno de los preceptos engloba los elementos A y B y otro los elementos A y C. Por un lado, como se ha explicado, la inclusión del elemento A en ambos preceptos, si dicho elemento encierra de modo trascendente la afectación al bien jurídico, frena la aplicación del concurso de delitos. Pero, por otro, ninguna norma es especial, y a salvo de poder reconocer una relación de subsidiariedad o de consunción (lo que resulta difícil cuando los preceptos presentan zonas comunes y otras especiales), necesariamente debe denegarse la aplicación de una de las reglas citadas. Así, por ejemplo, si un sujeto se apodera de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro contra la voluntad de su dueño con fuerza en las cosas y empleando también intimidación el hecho no puede ser constitutivo de dos infracciones (robo con fuerza en las cosas y robo con intimidación), por más que ninguna ley penal comprenda todos los elementos relevantes del supuesto (no se tipifica el robo con intimidación y con fuerza en las cosas), por cuanto supondría admitir la existencia de dos robos (de dos ataques a la propiedad) cuando, evidentemente, sólo puede considerarse que se ha cometido uno. Pero, asimismo, como se ha indicado, no puede identificarse a una de las normas en concurso como preferente, ya que ninguna de las dos modalidades de robo que el art. 237

³⁷ Según CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., págs. 47 y ss., el criterio del bien jurídico se erige en básico para la determinación de la identidad de fundamento de las infracciones, de modo que “sólo habrá concurso ideal de delitos cuando sea un único hecho el que da lugar a la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes o a la vulneración del mismo bien jurídico varias veces”.

³⁸ Sobre las características de cada una de estas reglas, *vid.* CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., págs. 115 y ss., y ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 168 y ss.

tipifica puede considerarse especial, ni principal ni más amplia. Es justamente en estos supuestos de interferencia, en los que los preceptos en concurso describen una parte sustancial del hecho sin abarcar por completo todos los elementos del mismo, donde adquiere vigencia la regla 4.^a del art. 8. Veamos más detenidamente algunos de ellos.

Si bien la riqueza de hechos que puede llegar a producirse en la realidad no facilita una categorización definitiva de supuestos³⁹, sí estimo que pueden reconducirse a esta regla dos grupos de casos: uno, que habitualmente la doctrina sí dirige hacia el principio de alternatividad (excepto cuando considera que debe apreciarse un concurso de delitos)⁴⁰, consistente en el concurso de varios tipos cualificados -o de varios delitos *sui generis*- que traen causa de un mismo tipo básico⁴¹; otro, las relaciones concursales entre un delito principal en grado de tentativa y el correspondiente subsidiario en grado de consumación (por ejemplo, homicidio intentado en concurso con lesiones consumadas), concursos que normalmente se siguen residenciando en el principio de subsidiariedad (nuevamente: salvo que se aprecie un concurso ideal de delitos)⁴², o bien entre un tipo cualificado en grado de tentativa y el correspondiente tipo básico en grado de consumación (por ejemplo, concurso entre tentativa de violación y agresiones sexuales del tipo básico

³⁹ Como indica CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág. 170, “piénsese, en favor del legislador que, en su labor de conformación de los tipos penales, la multiplicidad práctica es inabarcable *a priori*”.

⁴⁰ Así, en relación con el polémico concurso entre parricidio y asesinato, durante la vigencia del CP anterior, sostenía, entre otros, la aplicación de un concurso (ideal) de delitos MIR PUIG: “Sobre la relación entre parricidio y asesinato”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona: libro-homenaje al Prof. Antonio Beristain*, comp. DE LA CUESTA, DENDALUZE y ECHEBURÚA, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, págs. 830 y ss.

⁴¹ El ejemplo más claro -concurso entre parricidio y asesinato- ha desaparecido del CP de 1995 con la supresión de la primera de las figuras; no obstante, pueden encontrarse más ejemplos en el ámbito de los delitos contra la vida, como los concursos entre asesinato y homicidio del Rey u homicidio del Jefe de un Estado extranjero (vid. ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 271 y s., nota 210). En estos casos el elemento común (A) sería matar a una persona, el especial del asesinato el elemento cualificante (B) y el especial del homicidio del Rey el singular objeto material (C); no obstante, en estos casos se podría discutir si la relación es de especialidad (en favor del homicidio del Rey) si en la comparación entre figuras delictivas se toman en consideración las circunstancias modificativas, pues los elementos cualificantes del asesinato serían circunstancias agravantes genéricas del homicidio del Rey, con lo que, de operar así, este delito añadiría un elemento (el objeto material especial), comprendiendo todos los demás (sobre la inclusión o no de las circunstancias a efectos de considerar el precepto más grave, *cfr.* OBREGÓN GARCÍA: “Determinación de la pena”, en MOLINA BLÁZQUEZ (coord.): *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*. Estudio práctico, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 106).

También creo que responde a este esquema el comentado supuesto de concurso entre robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación; en este caso, los elementos comunes son los contenidos en el tipo de hurto y los elementos especiales excluyentes los respectivos medios comisivos. Y, aunque no lo resuelve mediante el criterio de alternatividad sino como concurso ideal de delitos, ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 271, incluye en este esquema la relación concursal entre las lesiones de los arts. 149 y 150 CP, si bien probablemente, a mi juicio, deban ubicarse en el terreno de la especialidad o de la subsidiariedad. En todo caso, la proliferación de tipos cualificados favorece la aparición de este fenómeno concursal, por lo que también en otros ámbitos pueden encontrarse supuestos que se corresponden con esta caracterización de concurso en relación de alternatividad (por ejemplo, daños del tipo cualificado del art. 265 con alguno de los elementos cualificantes del art. 264, caso que, a pesar de los esfuerzos del art. 266, no se resuelve mediante un tipo sobrecualificado y que, según creo, debe dirigirse a la relación que nos ocupa).

⁴² Como hace, en relación con el ejemplo del homicidio intentado-lesiones dolosas consumadas, SÁNCHEZ TOMÁS, en RODRÍGUEZ RAMOS-COBOS GÓMEZ DE LINARES-SÁNCHEZ TOMÁS: *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, pág. 17.

consumadas)⁴³. En todos ellos se puede construir el esquema antes señalado: en el primer grupo, la zona común A viene definida por los elementos que componen el tipo básico, mientras que los elementos especiales de cada figura delictiva concurrente (B y C) estarán constituidos por los elementos accidentales que diferencian al tipo cualificado del básico, elementos, evidentemente, diferentes entre sí por ser tipos cualificados distintos; en el segundo grupo, el elemento (o elementos comunes) se define por la coincidencia parcial -pero sustancial y relevante- en la acción típica del tipo cualificado y del básico o del principal y del subsidiario, mientras que los elementos especiales se corresponden, por un lado, con el elemento típico que revela la consumación del tipo (subsidiario, básico) y, por otro, con la particular voluntad de consumir el tipo (principal, cualificado)⁴⁴.

Ésta es, en síntesis, la configuración del sistema de concursos que el Código penal español establece, estructura que permite reservar a la regla 4.^a del art. 8 CP un ámbito, naturalmente subsidiario, pero propio y notable, de aplicación. Como puede comprobarse, en gran medida casi todas las afirmaciones que se han ido efectuando por separado coinciden con opiniones doctrinales mayoritarias (subsidiariedad de la regla 4.^a del art. 8 CP, primacía del principio *non bis in idem* para la calificación de un concurso como concurso de delitos, importancia de la consideración del bien jurídico para considerar la identidad de fundamento a efectos de comprobar el cumplimiento del principio *non bis in idem*, identificación de casos a los que resulta aplicable la regla 4.^a del art. 8 CP); pero, curiosamente, la coincidencia no alcanza ni a la forma de conectar y exponer ordenadamente estas ideas incardinadas en una teoría general del concurso ni, sobre todo, a la conclusión (la regla 4.^a del art. 8 CP no sólo suple las carencias legislativas y tiene vigencia más que marginal, sino que es necesaria para la coherencia del sistema y, de no existir, el sistema empeoraría en el cumplimiento del objetivo de la proporcionalidad).

El significado de esta tesis (y de las partes que la componen) ha sido, no obstante, impugnada recientemente, de modo documentado y riguroso, por ESCUCHURI AISA. En términos muy resumidos, según esta autora el principio de íntegra valoración jurídica, manifestación del aspecto positivo del principio de proporcionalidad - la búsqueda de la medida justa- constituye el punto de partida de resolución de los problemas concursales y en principio fundamentador tanto del concurso ideal de delitos como del concurso de leyes⁴⁵. En su opinión, entre este principio y el principio *non bis in idem* “sencillamente no se plantea conflicto alguno”, puesto que “desde un punto de vista lógico la idea de “íntegra valoración” excluye o impide la de un “*bis in idem*”: si para poder realizar una única íntegra valoración de un hecho tienen que aplicarse varias leyes penales (concurso ideal) entonces es imposible que

⁴³ Además de los ejemplos indicados, podemos incluir las relaciones concursales entre homicidio-suicidio intentado del art. 143 CP y lesiones consumadas consentidas, y entre aborto intentado y lesiones al feto consumadas (vid. a este respecto LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN, LAURENZO COPELLO: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 314 y ss.).

⁴⁴ Más difícilmente responden a este esquema otros supuestos que parte de la doctrina resuelve mediante la relación de alternatividad, casos que podemos considerar más extravagantes y que, de no ubicarse en otra regla del art. 8 (cuestión discutible), sí pueden originarse en defectos de técnica legislativa; así, por ejemplo, el concurso entre acoso sexual y amenazas, omisión del deber de socorro y el homicidio en comisión por omisión, simulación de contrato y alzamiento de bienes, tráfico de drogas y contrabando, o apropiación indebida y administración desleal (vid. al respecto ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 191 y ss., 284 y ss.).

⁴⁵ ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 433 y ss.

se pueda dar ahí un *bis in idem*. Un *bis in idem* sólo tiene lugar en el caso de que el suceso resulte valorado íntegramente conforme a un precepto, y se continúe aplicando otros preceptos⁴⁶. Es decir, únicamente cuando el desvalor de uno de los preceptos está por completo contenido en el otro, y se aplican conjuntamente esos preceptos, se incurre en un *bis in idem*; esta argumentación conduce a una determinada forma de proceder en la solución del concurso: si no se realiza el supuesto de hecho del concurso de leyes vendrá en aplicación el concurso de delitos⁴⁷. Dicho de otra forma: “cuando no se realice el supuesto de hecho del concurso de leyes (cuando uno de los preceptos no pueda valorar por sí solo el total contenido de injusto del hecho) su consecuencia jurídica no debería ser aplicada”, porque, de serlo, “se infringiría de esta manera el principio de proporcionalidad en su vertiente positiva⁴⁸”, por lo que, en consecuencia, habría que aplicar la solución propia del concurso de delitos. Por esta razón, los casos que anteriormente se han ubicado en el ámbito de aplicación de la regla 4.^a del art. 8 CP son tratados por ESCUCHURI AISA como supuestos de concurso ideal de delitos; a su juicio, no se conculca con ello el principio *non bis in idem* porque, siguiendo a CUERDA RIEZU⁴⁹, la regulación del concurso ideal de delitos en nuestro ordenamiento “tiene en cuenta los aspectos comunes de dos figuras delictivas y, al mismo tiempo, otros aspectos diversos⁵⁰”, por lo que su consecuencia jurídica en la determinación de la pena es superior a la pena prevista para la unidad de delito, pero inferior al sistema de penalidad que se contempla para el concurso real.

No obstante la contundencia y lo abrumador de la extensión de los razonamientos expuestos por esta autora, creo que pueden rebatirse algunos de los mismos por no cimentarse suficientemente en el texto legal. En concreto, son discutibles tres aspectos de su argumentación, que se encuentran vinculados entre sí: la inversión de la subsidiariedad definida por el art. 8 CP; la definición de concurso de leyes; la interpretación de la solución penológica que aporta el art. 77 CP para el concurso ideal en relación con el principio *non bis in idem*.

En efecto, la tesis de ESCUCHURI AISA opera en la práctica una inversión de los mecanismos de subsidiariedad que antes se han analizado a partir del tenor del art. 8 CP. Al considerar, de acuerdo con su definición, que en el concurso de leyes necesariamente una de las leyes concurrentes tiene que ser capaz de valorar por sí sola y de forma exhaustiva el contenido de injusto y de culpabilidad del comportamiento, y si no, el supuesto ha de situarse en el terreno del concurso de delitos (pues no admite otra posibilidad)⁵¹, se otorga preferencia para solucionar el concurso al llamado concurso de leyes; y, como hemos comprobado, ésa no es la técnica que establece el legislador, que claramente hace depender la aplicación del art. 8 de la ausencia de aplicabilidad de los arts. 73 a 77 CP.

⁴⁶ ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 434.

⁴⁷ ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 250.

⁴⁸ ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 249.

⁴⁹ CUERDA RIEZU: *La regulación...*, cit., págs. 849 y s.

⁵⁰ ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 251; insiste en esta idea en pág. 279: “precisamente con el fin de salvaguardar el principio de proporcionalidad (y no incurrir en un *bis in idem*) el legislador establece la imposición de la pena que corresponde al precepto más grave en su mitad superior (tratamiento que coincide con el de los supuestos en que concurre una circunstancia agravante)”.

⁵¹ ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 222 y s.

Por otro lado, el Código penal no menciona la expresión concurso de leyes, ni define éste (ni en los términos reseñados ni en otros); hacer recaer todo el peso de la solución concursal de una definición no legal, que se contrapone al tenor del art. 8 CP, o al menos no encaja exactamente en él, parece en exceso aventurado⁵², máxime si ello implica vaciar prácticamente de contenido una de las reglas que contiene el citado artículo.

Pero, además, la premisa de que la regulación del concurso ideal de delitos orilla el enfrentamiento con el principio *non bis in idem*, ya que se basa no en la acumulación de penas sino en la absorción con agravación, no puede aceptarse sin más: por lo pronto, esa agravación se basa en la existencia de dos o más infracciones, presupuesto, como se ha señalado, que puede cuestionarse que realmente se verifique en los casos en que hay una zona común en los preceptos concurrentes que supone una doble valoración del ataque al bien jurídico (no puede entenderse que hay dos robos, dos homicidios, un homicidio y unas lesiones, una violación y una agresión sexual básica...); y, adicionalmente, habría que concluir entonces que la solución penológica del concurso ideal de delitos, “reducida” respecto de la acumulación de penas para evitar incurrir en un *bis in idem*, al castigar doblemente los aspectos comunes de las figuras delictivas concurrentes, no sería bastante (resultaría “poco íntegra”) para los casos en que tal coincidencia parcial no se produce⁵³. En realidad, el principio de íntegra valoración fundamenta que se acuda primero a la figura del concurso de delitos y el principio *non bis in idem* que se limite la aplicación de esta figura en los casos en que, por perseguir una íntegra valoración, se sobrepasa la medida justa; como en el juego de las siete y media, es peor “pasarse” que “no llegar”, aunque lo ideal sea llegar por completo al objetivo de estricta proporcionalidad.

Además, como se adelantaba hace unas páginas, otra razón para relegar a la regla 4.^a del art. 8 CP es su insatisfactoria consecuencia, o, para ser más exactos, la insatisfacción que produce su consecuencia. En este punto, podemos advertir dos fuentes de rechazo: de un lado, la posible inconstitucionalidad de la solución (aplicación del precepto penal que incorpora una mayor penalidad)⁵⁴; de otro, la falta de proporcionalidad a que conduce, por vulneración del principio de íntegra valoración.

⁵² Prueba de ello es que resulta perfectamente compatible con el art.8 CP la definición de concurso de normas de CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág. 17, según la cual se produce tal concurso cuando todas las normas abarcan el contenido de injusto y de culpabilidad o *la mayor parte* del contenido de injusto y de culpabilidad, y sólo una sola norma es de aplicación para no incidir en la vulneración del principio *non bis in idem*, definición, sin embargo, que, por contemplar la posibilidad de que las normas en concurso no capten todo el desvalor del hecho, es irreconciliable con la que proporciona ESCUCHURI AISA. Si la definición de concurso de leyes es la de todo concurso en que finalmente sólo se aplica una ley concurrente, entonces la alternatividad es una modalidad de concurso de leyes; pero si esa definición es inamovible, y se entiende como el supuesto en que una única norma capta todo el desvalor del hecho, la conclusión es que la alternatividad no es un supuesto de concurso de leyes, negación que no conlleva problema alguno, ya que de la inclusión o no en esa categoría doctrinal no se extrae consecuencia legal relevante.

⁵³ Y, en este orden de cosas, también debe ponerse en cuestión la afirmación de que la regulación, pretendidamente más benigna, del concurso ideal frente al concurso real tiene en cuenta la existencia de una zona común entre los preceptos concurrentes. Si fuera así, es difícilmente explicable por qué en ocasiones (no pocas en la práctica) la acumulación de penas resulta ser un régimen más benigno al de la absorción con agravación; y asimismo, habría que interrogarse cómo puede admitirse que la menor o mayor proximidad a la acumulación de penas no se corresponda, guarde relación, es decir, sea proporcional al grado de coincidencia entre los preceptos, al espacio común entre éstos: la aplicación de una solución general (pena de la infracción más grave en su mitad superior) a casos diferentes, sin discriminar la mayor o menor amplitud de la “zona común” entre los preceptos, desafia las exigencias de la proporcionalidad.

⁵⁴ Además de citas anteriores en este sentido, *cfr.* AGUADO CORREA: “Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 5, 2000, pág.260; CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., págs. 173 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS: *Error...*, cit., pág. 2.

Respecto de la tacha de inconstitucionalidad, creo que tampoco es preciso realizar un esfuerzo particularmente suplementario al ya realizado para demostrar que un estudio que no aísle a la regla de alternatividad de las restantes reglas concursales que configuran el sistema del Código penal no puede sostener semejante crítica con solidez. Precisamente, esta regla sirve al principio de proporcionalidad, que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, puede anudarse a la propia Constitución⁵⁵; la elección del criterio de la pena más grave no es caprichosa, sino la mejor forma de aproximarse a la íntegra valoración del hecho punible en los casos en que, sin poder acudir al expediente del concurso de delitos, ninguna norma se revela suficiente para captar todo el desvalor del hecho. El principio de pena inferior o *in dubio benignius*, que algún autor entiende que debiera haber sustituido al de pena superior⁵⁶, conduciría, de esta forma, a resultados indeseables para el logro de la máxima proporcionalidad entre gravedad de hecho y medida de la pena; a menos que se acepte, si ninguna norma comprende el desvalor completo del hecho, la preferencia por el concurso ideal de delitos (con el consiguiente riesgo de conculcar el principio *non bis in idem*), habrá que concluir que la solución legislativa resulta la más atinada dogmáticamente y también la más adecuada político-criminalmente.

Del problema de la falta (escasez, cabría decir) de proporcionalidad a que puede conducir la aplicación de la regla 4.ª del art. 8 CP, al no cumplirse el principio de íntegra valoración, me he ocupado parcialmente; tan sólo quedaría insistir en que, si ninguna norma capta todo el desvalor, y aplicar varias genera un exceso punitivo, habrá que tolerar la frustración que representa una proporcionalidad que no sea absoluta. Sin embargo, esa frustración puede ser tolerable o no llegar a ser tal si la determinación de la pena permite paliar la falta de “integridad” de la valoración, idea capital en la conclusión del presente trabajo.

En efecto, la desconsideración habitualmente mostrada hacia la regla 4.ª del art. 8 CP viene motivada en no pocas ocasiones por la insatisfacción que representa admitir explícitamente que una parte del desvalor del hecho (el que se corresponde con los elementos especiales que únicamente cubre el precepto desplazado) no es abarcado por el precepto aplicable (el de pena mayor). Por esta razón, es preciso averiguar si el texto legal permite, de alguna manera, mitigar este defecto.

Sin duda, no resulta aventurado proponer que un modo de compensar que la (des)valoración del hecho sea inicialmente incompleta consiste en tener en cuenta en la determinación de la pena -dentro del marco penal asociado al precepto más grave- los elementos del precepto desplazado que no se hallan contenidos en el precepto aplicable (en sentido agravatorio o, más exactamente, incrementando la gravedad del objeto valorado y, consecuentemente, de la pena). Esta solución, además de lógica y sencilla, no parece infundada: de hecho, a esta idea responde el principio de combinación que se utiliza en la práctica de los concursos de leyes en el Derecho alemán, que justamente trata,

⁵⁵ Entre la abundante bibliografía referente al principio de proporcionalidad, cfr. particularmente CUERDA ARNAU: “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Institut de Criminologia, Universitat de Valencia, 1997.

⁵⁶ En este sentido, SANZ MORÁN: *Concurso de delitos. Criterios...*, cit., pág. 81; CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág. 189.

como indica MIR PUIG, de considerar el precepto desplazado para complementar al preferente en orden a la determinación de la pena, lo que hasta cierto punto difumina las diferencias penológicas entre el concurso de leyes y el concurso de delitos⁵⁷.

Esta ampliación de la valoración del hecho (que la acerca a la *íntegra* valoración), vía determinación de la pena, complementaria a la derivada de la calificación jurídica del mismo y a la aplicación del art. 8 CP, no se salda complacientemente por la doctrina española, quien rechaza la posibilidad de que esta práctica pueda trasladarse al Derecho español⁵⁸. Son varias las razones aducidas para abonar la posición contraria a esta solución: la imposibilidad de que dos instituciones diferentes, como el concurso de leyes y el concurso de delitos, se aproximen en sus efectos; la falta de respeto con la esencia del concurso de leyes, que radicaría en la aplicación de un único precepto (el que agota el desvalor del hecho); y, ante todo, la infracción del principio de legalidad, ya que el art. 8 CP obliga a castigar exclusivamente por el precepto prevalente⁵⁹. No obstante, de acuerdo con la línea argumental mantenida hasta el momento, tan sólo debe preocupar (aunque sí mucho, obviamente) la hipotética vulneración del principio de legalidad, ya que, al fin y al cabo, como se ha indicado, el Código penal no proporciona un concepto de concurso de leyes cuya "esencia" se pueda desnaturalizar, ni puede aseverarse que esa esencia resida en la total captación del desvalor del hecho por una sola de las leyes concurrentes.

Sin embargo, no parece que valorar en la determinación de la pena la gravedad de los elementos del hecho que no son captados por el precepto preferente suponga la infracción del principio de legalidad. La regla 4.^a del art. 8 CP (centrándonos en los casos de alternatividad) establece como consecuencia la aplicación del precepto que incorpore una mayor penalidad, excluyendo los demás: por tanto, el marco penal se determina en virtud del precepto que prima, sin que se operen alteraciones de ese marco provenientes de la existencia de otros preceptos en concurso (lo que supone una diferencia radical con la consecuencia penológica del concurso ideal de delitos)⁶⁰. Ahora bien: si el hecho presenta factores que configuran su gravedad que no son comprendidos por el precepto aplicado, no sólo pueden, sino que deben ponderarse en la determinación de la pena exacta *dentro de los límites* marcados por el precepto preferente; en los términos utilizados previamente, si el hecho se describe con los elementos A+B+C y el precepto prevalente contiene los elementos A+B, el elemento C ha de pesar para escoger la pena exacta dentro del marco que se asocia a la conducta delictiva⁶¹.

⁵⁷ MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 668; también lo explica ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., págs. 197 y ss., si bien críticamente en su juicio de esta forma de proceder.

⁵⁸ Con la salvedad de MATUS ACUÑA: *Concurso (aparente) de leyes y concurso entre especies de un mismo género en el nuevo Código penal español de 1995. Aproximación histórica y analítica*, tesis doctoral inédita, Bellaterra, 1996, págs. 272 y ss., citado por ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 272.

⁵⁹ CUERDA RIEZU: *Concurso de delitos y determinación de la pena. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, pág. 219; ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 202; CASTELLÓ NICÁS: *El concurso...*, cit., pág. 46.

⁶⁰ No hay infracción del principio de legalidad porque el precepto desplazado no se aplica, ni configura el marco penal en cuyo seno se fija la pena exacta; la figura delictiva descartada sirve como indicador de la existencia de factores que implican una mayor gravedad del hecho, pero no determina el marco penal aplicable.

⁶¹ ESCUCHURI AISA: *Teoría del concurso...*, cit., pág. 279, se pregunta por qué no se ve en este procedimiento una infracción del principio *non bis in idem*; a mi juicio, puede observarse que tal infracción no se produce porque no hay doble valoración de ningún elemento: el precepto penal más grave no comprende el elemento que se tiene en cuenta adicionalmente como factor de mayor gravedad del hecho.

Ciertamente, nuestro Código penal no destina un precepto a la enumeración de criterios de determinación de la pena exacta, absolutamente concreta, o a la proclamación de principios programáticos del sentido de la medición de la pena, al estilo del párrafo 46 StGB, laguna de la que debemos lamentarnos⁶². Pero, por un lado, esta ausencia obliga a un mayor esfuerzo interpretativo, pero también a un mayor margen de libertad para identificar, dentro del marco penal legal, los factores que inciden en la determinación de la extensión exacta de pena, entre los que, naturalmente, ha de encontrarse el de mayor gravedad del hecho (por la forma de ataque al bien jurídico, por la intensidad del resultado lesivo producido, por la especialidad del objeto material, por la particular voluntad desplegada por el autor en la acción...); y, por otro lado, precisamente el criterio de la “gravedad del hecho” consigue cobertura legal a través de la regla 6.ª del art. 66.1, que explícitamente lo menciona junto a las circunstancias personales del delincuente como criterio de medición⁶³. Así, por ejemplo, en el caso del concurso entre homicidio intentado y lesiones dolosas, si el precepto preferente es el primero, el resultado de lesiones configura una mayor gravedad del hecho que debe ponderarse en la elección de la pena exacta; en el concurso entre robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación, la presencia de los dos medios comisivos genera una mayor gravedad del hecho, que debe considerarse en la determinación de la pena (si prevalece el robo con fuerza en las cosas, por ejemplo, la intimidación ejercida habrá de valorarse en el último estadio de la medición de la sanción); y así, sucesivamente, en todos los casos que se ha indicado pertenecen a la esfera de la alternatividad⁶⁴.

Para acabar de exponer la integración de la determinación de la pena en la solución de los concursos, es conveniente añadir alguna precisión más. A diferencia del concurso ideal de delitos, en el que su regulación prevé una determinada agravación del marco penal de la infracción más grave por la existencia de varias infracciones, en el ámbito de la regla 4.ª del art. 8 CP los límites del marco penal, como se ha señalado, no se modifican por la concurrencia de elementos de mayor gravedad incluidos en el precepto excluido, sino que dichos elementos del hecho se tienen en cuenta en la determinación de la pena exacta, es decir, entran en juego en la última fase del proceso de medición (es decir, en la menos reglada). Pero, en todo caso, la decisión judicial, necesariamente motivada, se encuentra sujeta a algunas condiciones de racionalidad. De éstas, al menos cabe destacar dos: uno, referente al mínimo de la pena una vez ponderados los factores de mayor gravedad del hecho; otro, relacionado con el máximo de esa pena así determinada.

⁶² En este sentido, OBREGÓN GARCÍA: *La atenuación...*, cit., pág. 383.

⁶³ Durante la vigencia de la versión original del CP-95, no resultaba muy comprometido sostener que los criterios de medición “circunstancias personales del delincuente” y “gravedad del hecho”, recogidos entonces en la regla 1.ª del art. 66, al contenerse en la primera de las reglas destinadas a fijar la eficacia de las circunstancias modificativas en el último estadio de la determinación de la pena (y en esa medida, regla de cabecera del conjunto disciplinado en el precepto), proyectaban su eficacia a todos los demás supuestos regulados en dicho artículo, a falta de una norma dedicada especialmente a proclamar los principios fundamentales de la medición de la pena (*cf.* al respecto OBREGÓN GARCÍA: “Comentario al artículo 66”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. COBO DEL ROSAL, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, págs. 855 y ss.). Sin embargo, la reforma del Código penal llevada a cabo por medio de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha alterado el orden de las reglas del art. 66, y ha relegado la alusión de estos criterios generales a una discreta regla intermedia (la sexta del art. 66.1); con este cambio, es más complicado mantener la eficacia general de los mismos, ya que difícilmente puede sostenerse que la regla 6.ª constituye la norma principal (*y principal*) de la determinación de la pena (*cf.*, en este sentido, OBREGÓN GARCÍA: *Determinación...*, cit., pág. 95). Pero, en todo caso, como no han sido sustituidos por otros ni se han añadido nuevos criterios, ante el vacío legal no dejan de ser, al menos, criterios legales que pueden servir de guía en la aplicación judicial.

⁶⁴ Mediante este método, por tanto, se puede ajustar la pena prácticamente con exactitud a la gravedad del hecho, sin riesgos de incurrir en un *bis in idem*.

En cuanto al mínimo, hay que tener en consideración que, lógicamente, no podrá ser en ningún caso el límite inferior del marco penal, ya que necesariamente, la presencia de elementos que implican una mayor gravedad del hecho debe traducirse en un incremento de penalidad respecto de ese límite⁶⁵. Y, en el caso, completamente excepcional en nuestro Código penal, de que el límite mínimo del marco penal asociado al precepto desplazado fuera superior al límite mínimo del marco penal del precepto más grave, la pena exacta también debería ser superior al extremo inferior de la pena del precepto excluido⁶⁶.

Y, respecto del máximo, la pena no podrá nunca alcanzar (ni siquiera igualar) la cifra que resultaría de la acumulación de las penas por separado si se hubiese estimado un concurso de delitos. La razón es evidente: si el fundamento de la aplicación del art. 8 CP es la imposibilidad de aplicar las reglas relativas al concurso de delitos porque se entiende que no pueden apreciarse dos o más infracciones, la penalidad no podrá ser igual o superior a la derivada de una eventual acumulación de penas si se aplicasen todos los preceptos concurrentes. En teoría, si la determinación de la pena exacta es correcta, tal posibilidad no podría suceder: si el marco penal está fijado en función de los elementos A+B y, adicionalmente, dentro de los límites así precisados, se tiene en cuenta C, la pena resultante no puede ser igual (ni superior) a la acumulación de A+B y A+C; pero, en todo caso, conviene recordar esta cautela para no incurrir en la objeción que se quiere evitar (la conculcación del principio *non bis in idem*).

CONCLUSIÓN.

De acuerdo con todo lo expuesto, se puede concluir que la regla 4.^a del art. 8 CP tiene un ámbito de aplicación suficientemente relevante que justifica su presencia en el régimen de concursos como cláusula de cierre del mismo; su contenido se define por los casos en que, sin poderse apreciar un concurso de delitos, ningún precepto concurrente es especial, principal, más amplio o complejo; tal situación se produce en los supuestos que responden al siguiente esquema: el hecho presenta varios elementos, una parte de los cuales es captada por todos los preceptos concurrentes, pero algunos sólo por uno de ellos y otros por un precepto diferente; la regla de alternatividad conduce a aplicar como ley preferente el precepto que establece una mayor penalidad, para permitir acercarse a la medida de pena más justa; aunque aparentemente la aplicación de un único precepto implica que no se produce una íntegra valoración del hecho, este defecto se palía (incluso por completo) teniendo en consideración en la determinación de la pena exacta los elementos del hecho que no se recogen en el precepto aplicado.

⁶⁵ Por consiguiente, en estos supuestos debe evitarse la tendencia jurisprudencial, animada por determinadas teorías de determinación de la pena (cfr. OBREGÓN GARCÍA: *La atenuación...*, cit., págs. 74 y ss.), de imponer la pena en su límite mínimo.

⁶⁶ Se trata del llamado “efecto de cierre”, dogmáticamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas (cfr. GONZÁLEZ PULIDO: “El ‘efecto de cierre’ en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1988)”, en *Poder Judicial*, n.º 14, págs. 191 y ss.). Es un supuesto improbable en nuestro ordenamiento, pues en general es difícil que el marco penal del precepto desplazado se encuentre en sus completamente comprendido en el del precepto preferente. Con todo, la admisión de este “efecto de cierre” nos ayuda a precisar un dato hasta el momento no explicitado, referente a la determinación de cuál, de los preceptos concurrentes, es el más grave. Si el marco penal de uno de ellos tiene unos límites mínimo y máximo superiores a los de los demás, ese precepto debe considerarse el más grave; pero, en caso de que los límites de mayor extensión (mínimo y máximo) se encuentren en marcos penales diferentes, hay que decantarse por el precepto penal cuyo marco penal tenga un límite máximo superior (pues sólo él, *a priori*, puede permitir una máxima proporcionalidad a la gravedad del hecho).

Julián Carlos Ríos Martín
Doctor en Derecho Profesor Propio Agregado de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE)

La mediación en la fase de ejecución del proceso penal

Sumario. 1. Introducción. 2. Repercusiones penales de la mediación en situaciones de no privación de libertad. 3. Repercusiones penitenciarias de la mediación en situaciones de privación de libertad. 4. Principios generales que informan el proceso de mediación. 5. Requisitos subjetivos y objetivos del proceso de mediación. 6. El equipo de mediación. 7. Procedimiento de mediación penal cuando la persona aún no esté privada de libertad. 7.1. Inicio del proceso. 7.2. Fase de acogida. 7.3. Fase de encuentro dialogado. 7.4. Fase de acuerdo. 7.5. Plazo para la realización de la mediación. 7.6. Fase de decisión judicial. 7.7. Fase de reparación o ejecución de acuerdos. 7.8. Fase de seguimiento. 8. Mediación en Centro penitenciario entre víctima y persona penada. 8.1. Propuestas de inicio del proceso. 8.2. Procedimiento de mediación. 8.3. Fase de acogida. 8.4. Fase de encuentro dialogado. 8.5. Fase de acuerdo. 8.6. Plazo para la realización de la mediación. 9. La mediación penitenciaria. 9.1. Descripción del conflicto interpersonal en el ámbito penitenciario. 9.2. Mecanismos institucionales y legales de prevención y solución a los conflictos interpersonales. 9.3. Objetivos de la mediación en el ámbito penitenciario. 10. Fases del procedimiento de mediación. 10.1. Fase de acogida e información. 10.2. Fase de aceptación y compromiso del proceso de mediación. 10.3. Fase de encuentro dialogado/negociación. 11. Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de mediación tiene por objeto el estudio de la mediación penal entre víctima e infractor en fase de ejecución. El ámbito de análisis lo circunscribe

mos a tres momentos: previo al ingreso en prisión, en fase de cumplimiento de la condena y entre internos que tengan conflictos interpersonales que den lugar a la intervención de régimen disciplinario penitenciario. Entre las ventajas de este sistema de justicia restaurativa pueden destacarse: el aseguramiento de una efectiva protección a la víctima mediante la reparación o disminución del daño causado, la responsabilización del autor acerca de las consecuencias de su ilícito con posibilidad de ver disminuida su reprochabilidad penal, el restablecimiento de la vigencia de la norma y la potenciación del diálogo comunitario.

El delito, como todo acto violento, genera miedo. Es una situación traumática que provoca la aparición de inseguridad y desconfianza en las personas que lo sufren. Cuando aparece el miedo en la vida, ésta cambia. Las decisiones vitales más importantes, más cotidianas, si son tomadas bajo la desconfianza y el temor, adolecerán de la objetividad necesaria para adoptarlas en función de las necesidades e intereses básicos.

Yo también he sentido miedo. He sido víctima de algunos delitos, aunque recuerdo especialmente uno porque estuvo en peligro mi vida. Llevo 15 años viviendo en mi casa con personas que salen de la cárcel; gentes que provienen del ámbito de la exclusión social: jóvenes drogodependientes, extranjeros que huyen de la miseria y el hambre, adultos que por su situación personal se vieron abocados al delito. Entre ellos, hace cinco años, vino a vivir un muchacho joven, de dieciocho años, que hacía unos meses había salido de un centro de reforma y que había pasado, con anterioridad, por un centro psiquiátrico, en Burgos. A los tres meses de estar con nosotros comencé a intuir su violencia y la imposibilidad que tenía para asumir determinados límites a su conducta. En último extremo, percibí que el espacio convivencial que le estaba ofreciendo no permitía un trabajo terapéutico. Una tarde, después de una conversación con él, entró en mi despacho, me agarró por el cuello, me lanzó contra el suelo y me expresó su intención de matarme; estaba fuera de sí, no era capaz de controlar su comportamiento ni con mis palabras; su enorme complejión física hizo, de manera lógica, temer por mi vida. Transcurrió medio minuto hasta que apareció otro muchacho de casa, se abalanzó sobre él y pude escapar. A partir de ese día, y hasta que me cambié de casa, mi cuerpo se sobresaltaba cada vez que sonaba el timbre de la puerta. Mi necesidad era liberarme del miedo para recobrar la seguridad y la confianza. Necesitaba verle en un espacio de seguridad para preguntarle porqué. No pudo ser; tuve que hacer un duelo terapéutico para poder recobrar la calma y la serenidad. Desde esta experiencia he seguido con atención las formas de solución de estos conflictos con otras personas que han pasado por situaciones similares a la mía. Unos han optado por la búsqueda de la comprensión y el perdón para la obtención de la calma; de ellos, muchos, lo han conseguido. Otros se han mantenido en el odio y la venganza. No he visto puntos intermedios salvo quienes ven claramente la necesidad de liberación del odio, pero no han encontrado los apoyos ni métodos para poder desprenderse de ellos. Cualquiera de las dos opciones son legítimas, sin duda. Pero adolecen de ella, las personas que instrumentalizan el dolor de la víctima para mantenerles en él, a costa de solicitar al Estado la aplicación desmesurada de la intervención punitiva, en beneficio de unos intereses particulares. Aunque he sido víctima de pocas situaciones violentas, he sido testigo de muchas. He convivido con víctimas y con infractores. Y, al final, puedo afirmar, que salvo patologías mentales, las emociones sentidas son comunes a todos los seres humanos. Si hablamos de miedos, todos sabemos la sensación que lleva aparejada; si hablamos de odio, igualmente, y si la pala-

bra es el perdón, también. Sin éste no podríamos mantener ningún tipo de relación interpersonal. Perdonamos todos los días. Perdonar, no significa renunciar a la intervención estatal educativa.

Por tanto, una cuestión importante reside en el enfoque que la víctima sea capaz de adoptar para dar solución a esta situación traumática. No hay duda que cada ser humano se enfrenta al delito de forma diferente, según sus posibilidades materiales y emocionales; cualquiera de ellas es, en todo caso, legítima. Entre ellas, cabe destacar dos que polarizan las diferentes maneras de afrontar esta situación. La primera tiene que ver con la liberación de la emoción negativa que se ha generado y que se encuentra dentro del cuerpo humano. La necesidad de recuperar la serenidad y el equilibrio interior para poder afrontar las decisiones cotidianas de la vida, junto a la búsqueda de la paz interior, son los objetivos buscados desde la óptica que estamos planteando. Sin calma y sin paz interior se permite que el miedo, junto a la inseguridad, se adueñen de los momentos vitales. Por ello, no queda otra opción que afrontar la situación traumática desde claves terapéuticas. Únicamente, desde este enfoque emocional, que necesariamente tiene que ser dirigido por un psicólogo o un terapeuta, se pueden conseguir los objetivos señalados. Esta opción no es fácil, porque en último extremo, la tendencia emocional que genera el miedo desemboca en la violencia y en el odio, sentimientos que, como tendremos ocasión de demostrar en las líneas que siguen, conducen a la autodestrucción. Para llegar al abordaje terapéutico la intuición personal de su necesidad es absolutamente necesaria. Sin ella, tiene que ser la familia o las oficinas de atención la víctima o desde las propias instancias policiales o judiciales quienes pudiesen ofertar esta salida, porque creo, sinceramente, que es la única opción eficazmente reparadora y sanadora.

Esta opción no es únicamente individual. Las posibilidades de su existencia dependen, también, de la legislación y de su aplicación institucional¹. El legislador puede crear los mecanismos necesarios para potenciar este enfoque si pone más énfasis en otorgar a la víctima el papel de persona a quien cuidar y reparar, más que reconducir su papel desde el ejercicio de la venganza. Es claro que el derecho penal, tanto en su forma de aplicación como en las consecuencias que genera no responsabiliza. Por más que las instancias penitenciarias encargadas de la ejecución penal quieran exigir a los penados la responsabilización personal por los hechos cometidos, ésta no es posible porque la percepción del penado respecto del sufrimiento que está recibiendo le impide ponerse en lugar de su víctima. De ser agresor pasa a sentirse víctima. Esta violencia institucional no se siente únicamente sobre la pérdida de libertad ambulatoria, sino por la pérdida o deterioro de relaciones afectivas, la ausencia de intimidad, la imposibilidad de prever el futuro y la adaptación a la violencia; estas circunstancias generan a su vez miedo,

¹ La normativa supranacional sobre mediación se puede resumir en la siguiente: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de Noviembre de 1950; Recomendación R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal; Recomendación R (87) 21 del 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la "asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización"; Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985; Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial n.º L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004). Es de reseñar que la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece que "Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...), pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de mayo de 2006" (arts. 10 y 17).

inseguridad y desconfianza. Son estas claves, junto a la necesidad de adaptación al entorno penitenciario, las que provocan la imposibilidad de asumir la responsabilidad por los hechos cometidos. Este sería, en último extremo, junto a la prevención, uno de los objetivos más importantes de la intervención penal. Sin responsabilización no puede haber reparación hacia la víctima y, por tanto, no puede existir recuperación personal ni social en orden al aprendizaje de actitudes que permitan vivir en libertad sin repetir la infracción penal. Por ello, estoy absolutamente convencido de la eficacia de la conciliación para el restablecimiento de las relaciones interpersonales rotas por el delito o, al menos, para la pacificación interior desde la comprensión y el perdón de la víctima, así como de la asunción de la responsabilización por el hecho cometido del infractor. Estas afirmaciones se obtienen desde la experiencia mediadora en menores, así como de las experiencias generadas a través de la mediación penal de adultos y de la mediación en el ámbito penitenciario. En este último, se están consiguiendo resultados que conducen a un optimismo antropológico de cierta importancia. Si en un espacio tan violento como es una cárcel, en el que la relación interpersonal esta caracterizado por la agresión, la desconfianza, la manipulación y la búsqueda continua de mecanismos de supervivencia y de reducción del temor y ansiedad, el diálogo entre las dos personas que se han agredido es posible en el contexto que ofrece la mediación para la conciliación, se puede afirmar que cuando la agresión es entre personas en el espacio social abierto, bien sea entre mayores de edad, o entre menores, o entre ambos, las posibilidades de conciliación son altas². Cuestión diferente es si las personas tienen la capacidad, el ánimo y la voluntad de iniciar un proceso conciliador. Llegados a este punto, la intervención institucional y legal es fundamental. También la social. Si desde los medios de comunicación se incita continua y reiteradamente hacia el miedo y la venganza, los ciudadanos no pueden intuir, salvo excepciones, que la intervención hacia al dolor y la herida sufrida tiene un abordaje terapéutico desde la búsqueda de la paz interior y la serenidad.

La mediación no supone una *privatización de la justicia penal*. En primer lugar, por el papel que sigue ejerciendo el Estado en los programas de mediación, consistente en, definir en términos amplios, el marco de la mediación -sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales- y garantizar un proceso justo, evitando abusos. La mediación y el acuerdo resultante puede concebirse como una alternativa a un sistema penal actualmente hipertrofiado. Pero la mediación también constituye -y este será el principal objeto a demostrar por este proyecto- una vía alternativa dentro del proceso penal. El proceso de mediación no eludiría la intervención del Derecho penal, se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso penal; en este proyecto, referido a la fase de ejecución.

2. REPERCUSIONES PENALES DE LA MEDIACIÓN EN SITUACIONES DE NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

La mediación que se realiza en la fase de ejecución de la pena tiene posibilidades de ser valorada cuando la persona no se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario en los siguientes supuestos:

² RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E.; BIBIANO GUILLÉN, A., *La mediación penitenciaria*, Madrid, Colex, 2005.

a) Suspensión ordinaria -art. 80 a 86 CP-. Con anterioridad a la concesión de la suspensión, la conciliación entre la víctima y la persona infractora puede ser tomada en consideración a los efectos de cumplimiento del requisito de satisfacción de la responsabilidad civil. Asimismo, puede ser un elemento a tener en cuenta en orden a valorar la disminución o eliminación de la peligrosidad criminal como fundamento de concesión de la suspensión. Con posterioridad a la concesión de la misma, el Juez o Tribunal podría imponer como condición para su cumplimiento, y previa conformidad de la víctima, la realización de una mediación extrajudicial entre la persona que comete el delito y aquella.

b) Suspensión del art. 87 CP. Aunque el fundamento de esta suspensión sea la posibilidad de sometimiento a un proceso de deshabitación o rehabilitación de la adicción a las sustancias del art. 20.2 CP, en los supuestos en que la gravedad del delito sea elevada -ej. robo con intimidación con utilización de medios peligrosos-, la mediación entre la víctima y la persona infractora, puede servir al titular del órgano jurisdiccional de valoración positiva a los efectos de determinar la voluntad de la persona acusada de reparar el daño y de abandonar la adicción a sustancias tóxicas siempre que guarden relación con el delito cometido.

c) Suspensión durante la tramitación del indulto -art. 4.4 CP-. A estos efectos, la mediación puede servir de valoración positiva para una eventual concesión del indulto, circunstancia que serviría al Juez para acordar la suspensión prevista en el art. 4.4 CP.

d) Valoración de la conciliación a los efectos de aplicación de la sustitución de la pena de prisión por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 88 CP, en orden a que quede acreditado “... *singularmente el esfuerzo por reparar el daño causado*” que exige la norma penal.

3. REPERCUSIONES PENITENCIARIAS DE LA MEDIACIÓN EN SITUACIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

La mediación en la fase de ejecución, cuando la persona se encuentre cumpliendo condena en el centro penitenciario, también puede ser tomada en consideración a los siguientes efectos:

a) Variable a tener en cuenta para la clasificación en régimen abierto en la clasificación inicial. La clasificación o progresión a tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que la persona penada haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerado a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.

b) Valoración positiva a los efectos de concesión de permisos. La asunción de la responsabilidad por los hechos cometidos viene siendo valorada como un indicador de evolución treatmental.

c) Valoración positiva a los efectos de exclusión del período de seguridad -art. 36.2 CP- para personas condenadas a penas superiores a 5 años. A estos efectos la reparación del daño a través de la mediación/conciliación con la víctima se puede considerar una circunstancia favorable en el tratamiento reeducador para que el/la Juez de Vigilancia pueda valorarla para excluir el período de seguridad.

d) Valoración positiva a los efectos de concesión de la libertad condicional, toda vez que la implicación voluntaria de la persona penada en la obtención de un acuerdo de reparación puede ser considerado como una manifestación práctica y concreta de interpretación del concepto jurídico indeterminado “buena conducta”. Por otra parte, la voluntad, unida a la reparación, puede facilitar la emisión de un pronóstico favorable de reinserción social.

e) Valoración positiva a los efectos de aplicación de la libertad condicional anticipada del art. 90 CP consistente en adelantar 90 días los cómputos para la libertad condicional por cada año efectivamente cumplido, siempre que se participe en programas de reparación del daño.

En los casos en los que la víctima no quiera participar en la mediación, o una vez iniciado el proceso se interrumpa por voluntad de aquella, la persona titular del Órgano Jurisdiccional podrá valorar la voluntad de la persona infractora y las actuaciones efectivamente realizadas en orden a reparar el daño, a los efectos jurídicos que correspondan.

4. PRINCIPIOS GENERALES QUE INFORMAN EL PROCESO DE MEDIACIÓN.

El proceso de mediación cuenta con los siguientes principios informadores:

- **Voluntariedad** de las partes. El proceso de mediación establece la participación libre, voluntaria e informada de la víctima y de la persona infractora. Por tanto, ambas partes, deberán prestar consentimiento informado.

- **Gratuidad**. El proceso será totalmente gratuito para las partes.

- **Confidencialidad**. Se garantizará la confidencialidad de la información que se obtenga en el proceso de mediación.

- **Oficialidad**. El proceso no supone ninguna limitación al ejercicio de los derechos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal reconoce a las partes. El derecho a la defensa queda absolutamente garantizado.

- **Flexibilidad**. El proceso de mediación es flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso. Por otro lado, se dará primacía a la reparación real sobre la simbólica, y en todo caso, a los criterios de las partes sobre la forma más adecuada de terminar el proceso.

- **Bilateralidad**. Ambas partes tienen oportunidades para pronunciarse y expresar sus pretensiones, sin limitaciones temporales. Se deja abierta la posibilidad de que intervengan otras personas distintas de la víctima o victimario, y que estén vinculadas a la situación-conflicto, valorando la simetría y objetivos.

5. REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN.

La mediación, en cuanto proceso basado en el diálogo entre las partes, exige la participación voluntaria y libre de las personas intervinientes, de manera que el proceso no es posible en cuanto una de las partes ejerza violencia o presión frente a la otra, o que alguna de ellas tenga incapacidad física o mental de expresión o comprensión.

Por otro lado, la mediación en fase de ejecución puede aplicarse en todo tipo de delitos, si bien, en algunos de ellos pueden existir algunas dificultades a tener en cuenta, tales como las siguientes:

- Atentado contra la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos -art. 550 CP- ante la desigualdad institucional en que se encuentran las partes.

- Delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

- En los delitos de violencia género y contra la libertad sexual, debido al desequilibrio de poder o tensión emocional entre las partes, el equipo mediador evaluará especialmente la viabilidad de la mediación en atención a la situación psicológica de la víctima y la relación con la persona infractora. No será posible su realización en los casos de reincidencia en el delito -art. 22.8 CP-.

- En los delitos contra la salud pública y pese a la inexistencia de víctima concreta, y a fin de dar entrada a la comunidad social como ente que sufre en parte las consecuencias de este delito, es posible la mediación simbólica con representantes de entidades de atención a personas toxicómanas.

La mediación se efectuará en lugar habilitado a tales efectos en las sedes de los Juzgados o, en su caso, de los Servicios Sociales Penitenciarios. El horario del servicio será de mañana y tarde, adaptando su función a las necesidades de las personas intervinientes en la mediación.

6. EL EQUIPO DE MEDIACIÓN.

La labor mediadora se realizará por un Equipo de mediación. Este Equipo puede estar formado por mediadores de entidades dedicadas a esta actividad en cada CC.AA. en colaboración con la Administración de Justicia. Asimismo, puede valorarse la posibilidad de formar en cada centro penitenciario a dos funcionarios que se pudiesen dedicar a estas tareas, compatibilizándolas con actividades de mediación entre internos con conflictos interpersonales dentro del centro penitenciario. Por otro lado, sería conveniente que en cada servicio social penitenciario existiesen al menos dos funcionarios especializados en mediación.

Para el adecuado desarrollo del programa de mediación es recomendable la formación y sensibilización de los operadores jurídicos -Ministerio Fiscal, profesionales de los Juzgados de Instrucción, de lo penal y Audiencias Provinciales, así como de los/as letrados/as defensores- en los conceptos básicos y criterios de intervención en la mediación penal.

Se considera oportuno la creación de un convenio marco entre los diferentes estamentos e instituciones implicadas. Esto posibilitaría la creación de unos protocolos básicos de funcionamiento. A estos efectos, se crearán las relaciones necesarias con la Fiscalía y el Tribunal Superior de Justicia, los Colegios de Abogados, y las Universidades públicas y privadas a los efectos de evaluación, investigación y propuestas de desarrollo convenientes.

7. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENAL CUANDO LA PERSONA AÚN NO ESTÉ PRIVADA DE LIBERTAD.

7.1. Inicio del proceso.

- Esta fase comienza después del auto de firmeza de la sentencia-arts. 798, 974, 975, 985 y 988 LECr- a partir del cual se obtiene el título ejecutivo necesario para comenzar el proceso de ejecución (arts. 141.6, 143 LECr. y 245.4 LOPJ) y se derive, en su caso, al órgano judicial competente para la ejecución.
- Legitimación para iniciar el proceso de mediación. Cualquiera de las partes del proceso, ya sea la persona autora del hecho, su representación legal o el Ministerio Público cuando consideren oportuno someter el proceso a mediación en la fase de ejecución. En este caso, lo pondrán en conocimiento del Juez encargado de la ejecución, quien, con acuerdo del Ministerio Fiscal, valorará la conveniencia de la mediación. Asimismo, sería importante otorgar protagonismo a los efectos de instar el procedimiento a los servicios de asistencia a la víctima u otros de cooperación con la justicia, existentes en las diferentes Comunidades Autónomas (ejemplo SAJIAD -servicio de asesoramiento a jueces y atención a drogodependientes, en Madrid, SAOS, SAV, SAER en el País Vasco). También valoramos como positiva la posibilidad de que los servicios sociales penitenciarios en la función que el RD 515/2005, de 6 de mayo les encomienda, puedan informar a la persona condenada de la posibilidad de la mediación y, por tanto, instar el inicio de la misma al Juez encargado de la ejecución de la pena privativa de libertad.
- **Contacto con la persona acusada y su abogado/a defensor/a.** Una vez que el/la Juez encargado/a de la ejecución, con acuerdo del Ministerio Fiscal, haya valorado la conveniencia de someter el proceso a mediación en la fase de ejecución, el/la secretario/a judicial realizará una llamada al abogado/a defensor/a para informarle de que su caso ha sido seleccionado para un procedimiento de mediación. El objetivo de la llamada es detectar obstáculos y generar confianza en el abogado/a.
- Si el/la abogado/a expresa una buena disposición inicial hacia la mediación se pone en conocimiento del Servicio de mediación para el inicio del proceso. El/La Secretario/a Judicial elaborará y remitirá al Equipo de Mediación un expediente con los siguientes datos:
 - Copia de la denuncia.
 - Copia de las declaraciones.
 - Copia de la sentencia.
 - Copia de informes periciales que contengan algún dato de relevancia: patologías, adicciones, lesiones, tasación de daños a los efectos de determinar la cuantía de la reparación, etc...
- El juzgado, a instancias de cualquiera de las partes, envía una providencia a la persona acusada y a la víctima en la que se indicarán las razones que avalan la decisión de derivación a la mediación, en la que se indicará que los profesionales encargados de realizar la mediación se pondrán en contacto con ellos.

- El contacto con ambas partes por parte del Equipo de Mediación será telefónico y con una carta explicativa en la que se expondrá claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede), y las consecuencias (valoración positiva a los efectos de suspensión o sustitución de la pena). Ante la respuesta de ambas partes se realizará una sesión inicial, individual con cada una de ellas, para que manifiesten su conformidad para participar en la mediación, a cuyos efectos se firmará un documento de consentimiento informado.
- El plazo de contestación definitiva acerca de la participación en la mediación será de 15 días desde la notificación de la providencia judicial.
- Si la víctima fuese menor de edad, necesariamente tiene que acudir acompañada de su representante legal. En caso de desigualdad de criterio entre el/la menor y su representante legal, prevalecerá la decisión del menor.
- El mismo criterio se seguirá cuando la víctima sea una persona judicialmente incapacitada.
- Si la víctima se negase a participar en el proceso y la persona acusada manifestase su intención de hacerlo, el Equipo de Mediación podrá documentar la actividad desarrollada por éste (voluntad de reparación, actividades efectivamente realizadas en orden a reparar el daño causado) a los efectos jurídicos que correspondan.

7.2. Fase de acogida.

- Esta fase comienza cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en mantener una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. Se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones del mediador (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. En estas entrevistas individuales los mediadores podrán conocer de las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso. El mediador deberá conocer del acusado su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.
- Con esta información el mediador valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado en base a la existencia del conflicto, su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

7.3. Fase de encuentro dialogado.

- Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y el mediador lo considera conveniente, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas.

7.4. Fase de acuerdo.

- Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el acuerdo de reparación, que llevará implícito un “plan de reparación”. En caso que se concluya sin acuerdo, el equipo de mediación informará de esta circunstancia al Juzgado pero respetando la confidencialidad de lo tratado. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y aspectos fundamentales se firmará por las partes y representantes legales de alguna de ellas si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas y al órgano jurisdiccional.
- El Acuerdo podrá ser firmado por los/as letrados/as para garantizar el derecho a la defensa.
- El Acuerdo se comunica al Ministerio Fiscal, quien podrá realizar las manifestaciones que, en su caso, considere oportunas.

7.5. Plazo para la realización de la mediación.

- El plazo para la realización de la mediación es de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el/la Juez puede ampliar el plazo, a petición de los mediadores, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

7.6. Fase de decisión judicial.

- Si no hay acuerdo, el/la Juez decidirá sobre la suspensión, sustitución o informe del indulto valorando otras circunstancias que concurren.
- Si hay acuerdo, el equipo de mediación comunicará al Juez el acuerdo adoptado y el documento firmado por las partes. El/La Juez encargado/a de la ejecución podrá, si lo considera conveniente, citar a la persona acusada, víctima y mediador.
- La mediación finalizada podrá ser valorada, por el Ministerio Fiscal y el órgano responsable de la ejecución, junto a otros elementos concurrentes a los efectos de concesión de suspensiones de condena, sustituciones o informes para indulto.

7.7. Fase de reparación o ejecución de acuerdos.

- La reparación podrá llevarse a cabo en la forma que las partes hayan acordado en el “plan de reparación” que el Juez podrá incluir como contenido de alguna regla de conducta del art. 83 CP en el caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad del art. 80 del Código Penal o de sustitución de la pena del art. 88.1. párrafo 3 CP.
- La reparación puede entenderse suficiente si así lo acuerdan las partes, con el desarrollo del contenido del encuentro dialogado: restitución, reparación, indemnización, petición de perdón, reconocimiento de hechos y otras que la práctica de esta experiencia vaya dando y que sean consideradas como idóneas por el Juez, el Fiscal y el abogado defensor.

7.8. Fase de seguimiento.

- El seguimiento de la reparación se efectuará a través del Juzgado o tribunal sentenciador o el encargado de la ejecución de la sentencia.

8. MEDIACIÓN ENTRE LA VÍCTIMA Y PERSONA PENADA CUMPLIENDO CONDENA EN EL CENTRO PENITENCIARIO.

8.1. Propuestas de inicio del proceso.

- En las primeras entrevistas -fase de observación- que mantienen los miembros del Equipo Técnico del centro penitenciario con la persona condenada para el diseño de la propuesta individualizada de tratamiento pueden preguntarle acerca de la voluntad de realización de una mediación con la víctima del delito. Asimismo se preguntará si la persona condenada ha participado en procesos de mediación llevados a cabo en alguna de las fases procesales previas, ya sea en instrucción o enjuiciamiento, en cuyo la persona condenada aportará, bien copia del acta de acuerdos que acredite la mediación, o bien los datos del procedimiento a fin de que el Director solicite del Juzgado la correspondiente documentación.
- En la realización del protocolo de clasificación que efectúa el Equipo Técnico -determinación del tipo criminológico, diagnóstico de la capacidad criminal y de adaptabilidad social, art. 64.2 RP- se preguntará al interno/a, nuevamente, sobre la posibilidad de una mediación con la víctima.
- En las sucesivas entrevistas para la revisión de grado y, especialmente, en las de clasificación/progresión en tercer grado se preguntará a la persona penada sobre la posibilidad de realizar la mediación con la víctima.
- Del mismo modo, la mediación podrá iniciarse a petición de la persona penada en cualquier momento del cumplimiento de la pena.

8.2. Procedimiento de mediación.

- Cuando la persona condenada consienta el inicio de la mediación, el Centro Penitenciario se pondrá en contacto con el Servicio de mediación para dar inicio al procedimiento.

- El equipo de mediación realizará una primera entrevista con la persona penada, en la que se expondrá claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede), y las consecuencias (valoración positiva a los efectos de progresión de grado o de libertad condicional, o de adelantamiento de ésta). Si la persona acepta dichas condiciones deberá prestar consentimiento informado para la mediación. De este documento se dará copia a la persona penada, al centro penitenciario y al equipo de mediación.
- La petición del inicio de la mediación, así como el documento del consentimiento informado serán remitidos por el Centro Penitenciario al Juez de Vigilancia Penitenciaria a fin de que tal petición se ponga en conocimiento de la víctima. A estos efectos el/la Juez de Vigilancia le enviará una carta explicativa y se pondrá en conocimiento del Equipo de Mediación esta circunstancia para que realice una llamada telefónica en la que se exprese claramente en qué consiste la mediación (definición básica de encuentro con la víctima basado en el diálogo y reconocimiento de los hechos), proceso (entrevistas personales con las dos partes, y una conjunta), condiciones (reconocimiento de hechos, asunción de la reparación del daño, renuncia a cualquier tipo de violencia frente a la víctima, escucha y diálogo con ella, si procede), y las consecuencias.
- Si la víctima admite iniciar el proceso de mediación, comenzará el proceso, notificando a la persona condenada y al Director/a del Centro Penitenciario correspondiente que la mediación se va a realizar.

8.3. Fase de acogida.

- Esta fase se inicia cuando las dos partes han consentido iniciar el procedimiento. Consiste en mantener una entrevista individual con cada una de las partes en conflicto. La primera entrevista se desarrollará con la víctima, a cuyo fin será citada por el equipo de mediación a través del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Posteriormente se informará al director de la prisión sobre el día y la hora de la primera entrevista con la persona condenada, que podrá ser en local adecuado en el Centro Penitenciario o en el lugar oficial de desarrollo de las audiencias, a cuyo fin deberá ser trasladada, salvo que tenga permisos de salida o se encuentre en régimen abierto, en cuyo caso podrá acudir por sus propios medios. Asimismo podrá ser concedido un permiso extraordinario a tales efectos.
- A ambas personas se les informa del contenido y naturaleza del proceso de la mediación: partes que participan, duración estimada, forma de realización, normas y funciones del mediador/a (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y objetividad), así como los posibles efectos e incidencias en el procedimiento judicial. En estas entrevistas individuales el equipo mediador podrá conocer de las partes la percepción de los hechos, vivencias, emociones, miedos, actitudes y posibles consecuencias en relación con la otra parte, así como el interés, necesidad y capacidad para someterse al proceso. El equipo de mediación deberá

conocer de la persona acusada su situación específica con la justicia y los posibles beneficios que puede lograr, así como el nivel de responsabilidad asumido respecto del delito y las consecuencias. De la víctima podrá tener conocimiento de las emociones, daños padecidos, consecuencias derivadas del delito y necesidad e interés en ser reparada.

- Con esta información la persona mediadora valorará si procede o no iniciar la fase de encuentro dialogado en base a la existencia del conflicto, su dimensión, observando que la mediación no sea perjudicial para ninguna de las partes y que el verdadero interés de las partes sea el de buscar una solución al conflicto, basado en el diálogo, el respeto, el reconocimiento de la verdad y la reparación.

8.4. Fase de encuentro dialogado.

- Esta fase consiste en la entrevista conjunta con las dos partes, si ambas lo desean y la persona mediadora lo considere posible, puesto que es posible llegar a un acuerdo sin que la víctima y la persona infractora se vean físicamente, utilizando otras formas de comunicación indirectas. Esta fase puede durar una o varias sesiones según la complejidad del caso, la situación emocional de las partes o el número de víctimas. Se aplican las técnicas de la mediación controlando los niveles de tensión, asegurando a las partes el uso de la palabra, aclarando opiniones, resumiendo y traduciendo las mismas.
- A estos efectos se comunicará al Director/a del Centro penitenciario para que disponga lo necesario para el traslado de la persona condenada al lugar donde se desarrollará la mediación.

8.5. Fase de acuerdo.

- Después del encuentro dialogado, y si las partes alcanzan una decisión común basada en su convicción e interés, se redacta un documento en el que quede plasmado el acuerdo de reparación, que llevará implícito un “plan de reparación”. En caso que se concluya sin acuerdo, el equipo mediador informaría de esta circunstancia al Director/a del Centro Penitenciario y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El documento que acredite que la mediación se ha desarrollado convenientemente, el número de sesiones y aspecto fundamentales se firmará por las partes y representantes legales si los hubiere, entregándose una copia a cada una de ellas, al Director/a del Centro y al Juzgado de Vigilancia, quien previo informe del Ministerio Fiscal, valorará el proceso de mediación a los efectos que correspondan respecto de la concesión del tercer grado, la libertad condicional, o el adelantamiento de la misma.

8.6.- Plazo para la realización de la mediación.

El plazo para la realización de la mediación es de un mes desde la firma del consentimiento informado. No obstante, el/la Juez puede ampliar el plazo, a petición del equipo de mediación, cuando existan serias posibilidades de llegar a un acuerdo y para ello sea necesaria su ampliación (principio de flexibilidad).

9. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA.

Es un procedimiento que dentro de los centros penitenciarios posibilita la resolución de conflictos interpersonales, concretos y aceptados, siempre que las personas implicadas nos sean capaces de solucionarlos pacíficamente por ellas mismas. La mediación permite resolver los problemas interpersonales de forma dialogada. También posibilita la asunción personal del protagonismo en el proceso de solución del conflicto y que la participación no se limite, como en el procedimiento contencioso -judicial o administrativo-, a incrementar la violencia interpersonal que se despliega para reforzar la defensa jurídica de su posición a fin de aumentar las posibilidades de obtención de una resolución judicial favorable. Asimismo, permite el diálogo para resolver sus diferencias en un contexto neutro, la responsabilización de las decisiones adoptadas y continuación de la relación si las personas lo consideran positivo, y el aprendizaje para la interpretación de los conflictos desde otros puntos de vista, teniendo en cuenta el interés propio, pero también el de la otra persona, reconociendo los errores cometidos en la forma de relacionarse y comprendiendo los de la parte contraria.

Desde febrero de 2005 se está desarrollando una experiencia de mediación en el centro penitenciario Madrid III; se han realizado 60 mediaciones, de las que 45 han finalizado positivamente. Y de todas las personas que han intervenido, al menos en estos nueve meses, no han vuelto a cometer otra infracción. Este dato sirve para intuir los efectos positivos de este procedimiento, que además de solucionar el conflicto originado, enseña técnicas de aprendizaje en resolución pacífica de conflictos. Lo que en principio puede parecer imposible, la realidad nos está demostrando que si se crean espacios de seguridad en los que las personas enfrentadas puedan escuchar, se rescata la parte más humana de cada una: la que permite reconocer el hecho y pedir perdón.

9.1. Descripción del conflicto interpersonal en el ámbito penitenciario.

El contexto social en el que se enmarcan las relaciones humanas dentro de un centro penitenciario dificulta la adopción de soluciones pacíficas a los conflictos violentos. Estas características son las siguientes:

1.- Convivencia obligada en un lugar cerrado, dentro de un espacio reducido y hacinado. Por tanto, la pérdida de libertad para ubicarse en un lugar que se considere seguro o para buscar personas de referencia que aporten seguridad, dificulta una posible solución pacífica. Las partes enfrentadas permanecerán conviviendo, en general, en el mismo espacio, salvo en casos de violencia muy grave. Aún en el caso de que una de las partes solicite el aislamiento como autoprotección, o la administración penitenciaria aisle o traslade a una de ellas, o las declare incompatibles, las posibilidades de que vuelvan a encontrarse en esa cárcel o en otra, son elevadas. También existe la posibilidad de venganza a través de una tercera persona, que puede actuar por lealtad o dinero. Por tanto, como el contexto físico y relacional en el que se genera el conflicto no sufre alteración, y las partes continúan expuestas a la repetición reiterada de actos violentos que son consecuencias de la dinámica acción-reacción, el conflicto tiene difícil solución por vías pacíficas y dialogadas. De este hecho se deduce claramente que cada conflicto viene precedi-

do de otros previos sobre los que necesariamente se tiene que trabajar para que cada parte obtenga la satisfacción de su interés.

2.- Inexistencia de un espacio físico para la intimidad y para la elaboración de procesos de reflexión sobre sentimientos y conductas. Tampoco existen profesionales necesarios para ello, pues las tareas burocráticas les llevan una buena parte de su tiempo profesional. La tarea puede ser desarrollada por personas pertenecientes a asociaciones de voluntarios y del tejido social asociativo.

3.- En general, las personas presas no confían en la administración penitenciaria para poner en su conocimiento la existencia de hechos que generen conflictos interpersonales. Las personas suelen resolver sus diferencias de forma personal y clandestina -en el baño, o en lugares ocultos-. Cuando un conflicto aparece suele encubrir situaciones conflictivas previas no resueltas. Los mecanismos de solución institucionales agudizan el conflicto por dos motivos. Por un lado, la dinámica que se crea con su aplicación no está encaminada al descubrimiento “de la verdad” a través de la sinceridad/honestidad de las partes que posibiliten la solución dialogada de las situaciones conflictivas existentes -sin verdad no hay diálogo y sin él no hay posibilidades de reconocimiento del daño, y sin este reconocimiento no existe reparación ni, posteriormente, perdón-. Por otro lado, al añadir mayor aflicción con la imposición del castigo, la reacción posterior frente a la parte contraria/denunciante será mayor. Reaparecerá la venganza, pero incrementada.

9.2. Mecanismos institucionales y legales de prevención y solución a los conflictos interpersonales.

La legislación penitenciaria para reducir el número de conflictos interpersonales en la cárcel, interviene sancionando las conductas manifestadas (régimen disciplinario) y potenciando la prevención mediante un sistema de obtención de beneficios y de pérdida de los mismos:

a) **Aplicación del régimen disciplinario.** Está dirigido a garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada, de manera que se estimule el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol dentro del CP (Art. 231 RP 1996). Previene algunas conductas violentas debido a la intimidación que supone el sometimiento a un proceso y la aplicación de una sanción que, además de sus efectos aflictivos, genera una serie de consecuencias negativas colaterales que posteriormente analizaremos (pérdida de permisos, dificultad para progresar de grado). Este método puede reducir algún conflicto, puede hacer que las partes lo oculten, pero al tener su fundamento en una reacción exclusivamente negativa, no genera aprendizajes positivos.

b) **El efecto preventivo más importante del sistema se basa en métodos intimidatorios de pérdida de beneficios penitenciarios.** Se concretan en la exigencia legal o reglamentaria de tener “buen comportamiento” para obtener determinados beneficios o poder gozar de determinadas situaciones regimentales cercanas o próximas a la libertad:

- Cumplimiento del requisito de “no observar mala conducta” para la obtención y disfrute de permisos (art. 47.2 LOGP).

- La progresión de grado se condiciona a la conducta favorable (art. 65.2 LOGP³).
- La aplicación de la libertad condicional tiene como requisito, entre otros, la buena conducta (Art. 90.3 CP).

c) Se estimula el buen comportamiento con la concesión de beneficios penitenciarios (Art. 202.2 RP):

- Adelantamiento de la libertad condicional a las 2/3 partes (art. 205 RP y 91 CP)⁴.
- Propuesta de un indulto particular (art. 206 RP)⁵

d) También se estimulan los comportamientos positivos con:

- La concesión de recompensas (art. 263 RP): concesión de comunicaciones especiales y extraordinarias, adicionales, becas de estudio, donación de libros y otros instrumentos de participación en las actividades culturales y recreativas del centro penitenciario, prioridad en la participación en salidas programadas para realizar actividades culturales, reducción de sanciones impuestas, premios en metálico, notas meritorias.
- Reducción de los plazos de cancelación de las sanciones con notas meritorias.
- Atribución de destinos o puestos en actividades culturales, deportivas u ocupacionales.

Estos mecanismos preventivos, si bien, tienen cierta eficacia porque pueden motivar a una persona a eludir determinados conflictos, presentan, no obstante, dos aspectos críticos. Uno, la supeditación del tratamiento a la buena conducta. Otro, que no puede prevenir los comportamientos más violentos que sean fruto de la propia dinámica convivencial -ej. conflictos derivados de las normas y valores de la denominada cultura carcelaria: violencia ejercida contra personas que han cometido determinados delitos (contra la libertad sexual), contra quienes han denunciado a la autoridad determinadas conductas -los denominados “chivatos”-; los conflictos que se derivan de las adicciones ej- conflictos que surgen de los consumos de determinadas sustancias prohibidas, y las formas de adquirirlas: -robos, deudas no satisfechas-. Los derivados de interpretaciones sesgadas de la realidad generadas por la hipersugestibilidad que genera el internamiento carcelario -una mirada que se interpreta amenazante, un gesto de desconsideración-.

³ Art. 65.2 LOGP. “La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, ...”

⁴ Art. 205 RP. “Las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios, previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, podrán proponer al Juez de Vigilancia Penitenciaria el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena o condenas y siempre que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta...”

⁵ Art. 206 RP. “La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurren, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de la siguientes circunstancias: a) Buena conducta...”. Resulta curioso que este requisito no se exija por el art. 91,1 del Código Penal que otorga cobertura legal a este beneficio; de manera que no la buena conducta como requisito al ser introducido por el Reglamento y no por la Ley Orgánica -de mayor rango-, podría no exigirse al conceder este beneficio.

9.3. Objetivos de la mediación en el ámbito penitenciario.

9.3.1. Encaminados al tratamiento penitenciario.

- Asunción de la parte de responsabilidad generada por la conducta infractora, así como de su participación en el conflicto interpersonal.
- Aprendizaje de conductas destinadas al reconocimiento de la verdad. Sin ella no es posible el cambio personal, ni la comprensión ni el perdón de la persona enfrentada.
- Aprendizaje de conductas de diálogo en las relaciones interpersonales conflictivas y que pueden fomentar la preparación de la vida en libertad.
- Aprendizaje de técnicas de escucha dirigidas a la comprensión de la conducta y comportamiento del otro.
- Aprendizaje de claves para la solución creativa y pacífica de las relaciones conflictivas.
- Aprendizaje para adoptar decisiones personales y autónomas sobre el conflicto.

9.3.2. Encaminados hacia la convivencia penitenciaria.

- Pacificación de las relaciones internas dentro de los módulos del centro penitenciario a través de la difusión entre las personas de este sistema dialogado en la solución de conflictos; hecho que sin duda reduciría el número e intensidad de los mismos.
- Disminución de la reincidencia en las infracciones debido al carácter suspensivo de la sanción en función del cumplimiento de los acuerdos. Reducción de las intervenciones administrativas y judiciales, dando entrada al principio de oportunidad y al de economía procesal.
- Disminución del número de personas “incompatibles en la convivencia” existentes en los Centros Penitenciarios a través de la posibilidad del encuentro dialogado.
- Prevención de nuevos conflictos.

9.3.3.- Encaminados al beneficio de las personas privadas de libertad.

- Aprendizajes treatmentales ya referidos.
- Reducción de los niveles de ansiedad, miedo y de tensión emocional.
- No reducción ni eliminación de derechos (sanciones) ni de la libertad (permisos, progresiones de grado).
- Evitación de los perjuicios que a la familia del penado se le generan con las consecuencias que tiene la aplicación a éste del régimen disciplinario.
- Para las infracciones disciplinarias que también sean constitutivas de delitos y que deban enjuiciarse por la vía penal ordinaria, la mediación, al quedar documentada, puede suponer la disminución de la pena en uno o dos grados por la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP).

- Valoración positiva por parte de las instancias administrativas y judiciales de la realización de un proceso de mediación en cuanto aporta claves de aprendizaje de responsabilización personal. En este sentido el art. 91.2 CP valora positivamente a los efectos de reducción del tiempo para la concesión de la libertad condicional la *“participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas”*.
- Aumento de la percepción de control personal sobre la propia vida.

10. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.

La mediación consiste en un encuentro pautado entre las personas enfrentadas en el que interviene un mediador. Las fases y claves básicas de intervención son:

10.1. Fase de acogida e información.

La primera fase se inicia por derivación de las personas que tienen un conflicto al servicio de mediación. Puede ser a petición voluntaria de una o ambas partes, con o sin procedimiento disciplinario iniciado, o por la información aportada a los mediadores a través del subdirector de régimen de las personas que se encuentren formalmente imputadas en un procedimiento disciplinario o incurso en la catalogación de incompatibles (internos que no pueden estar en el mismo módulo ni encontrarse en lugares comunes porque han tenido enfrentamientos previos a efectos de prevención de agresiones). Si es a petición de una de las partes la no solicitante puede ser invitada a iniciar el procedimiento a través de los mediadores en una visita individualizada al módulo en que vive. Es positivo comenzar las mediaciones con los conflictos generados por personas catalogadas administrativamente de incompatibles por el transcurso del tiempo desde el enfrentamiento. Puede generar confianza ante ellos, con los mediadores y hacia la institución penitenciaria.

Al ser el primer contacto entre el mediador y cada una de las partes individualmente el trabajo del mediador debe ir encaminado a:

- “Arrojar emocionalmente” el conflicto utilizando las técnicas de la escucha activa a fin de generar confianza en el proceso, y permitir que el contenido emocional negativo se libere.

- Generar confianza en el proceso de mediación a través de tres estrategias: a) Explicación de las normas básicas de la mediación y papel del mediador de forma hablada para que las personas enfrentadas entiendan el proceso de mediación, objetivos y papel de cada una de las partes, pero sin una minuciosa precisión, ya que esto corresponde a la segunda fase. b) Ayudar a las partes a evaluar la eficacia de diferentes métodos de solución del proceso y su efectividad para la consecución del objetivo final.

- Instruir a las partes sobre el contenido y desarrollo de la mediación, para cuyo objetivo se les entregará un documento conteniendo una explicación minuciosa del proceso de mediación y de las claves para entenderlo.

- Recabar información sobre varios aspectos del conflicto y de la situación legal de las personas. Con ella, y con carácter previo a la segunda fase, los mediadores podrán identificar estrategias y movimientos que puedan responder a situaciones

peculiares del conflicto en cuestión y que posibiliten a las partes avanzar hacia el acuerdo. Asimismo las personas tienen que firmar el documento de protección de datos personales.

10.2. Fase de aceptación y compromiso del proceso de mediación.

Antes de comenzar esta fase es importante reunirse individualmente de forma breve con cada una de las partes para ver la predisposición de cada una a poder encontrarse. Si una de ellas ha recibido una mala noticia (otra sanción, denegación de permiso, una sentencia condenatoria, información familiar) o se encuentra mal, es mejor no intentar y posponer a otra semana. En este caso, cuando se hable con el primero y si estuviera dispuesto al encuentro, sería conveniente advertirle de que no sabemos como la otra parte se sentirá para el encuentro y en caso de que no se pueda realizar se le dirá.. Es la primera vez que se reúnen todas las personas: mediadores y partes. Se procede a la presentación profesional: mediador-abogado y mediador-psicólogo. Se les sienta en una silla alrededor de una mesa redonda, si es posible. Las dos partes no pueden estar enfrentadas. Se procede a explicarles a fondo el contenido de la mediación, las reglas del proceso, los objetivos y el papel del mediador. Se entiende que deben haberla leído con anterioridad porque se les tiene que entregar en la fase de acogida. Se explican las dudas y los firman todas las personas. El mediador es el primero que firma.

10.3. Fase de encuentro dialogado/negociación.

La tercera fase del proceso posibilita el encuentro interpersonal para que ambas tengan la misma información y objetivo común de resolver el problema, hecho que favorece la posibilidad de que se equilibre el poder de ambas.

El encuentro interpersonal se lleva a cabo en una serie de sesiones conjuntas -el número de sesiones depende del nivel conflictual- espaciadas en el tiempo al menos por tres días, para dejar espacio para la reflexión. En una mesa redonda a ser posible -cuidar mucho la situación de las partes, si se las sienta al lado o de frente-. El tiempo de duración de la sesión vendrá marcada por la evolución de la sesión: desencuentros, faltas de atención, cansancio, actitud participativa. - Es posible que la mediación no finalice formalmente, sino con símbolos. La mediación puede servir para poner a las personas en comunicación. Y esa comunicación puede llevarse a cabo de forma diferente a la dialogada, pero que posibilite un futuro encuentro sin violencia. No toda mediación tiene que cerrarse con acuerdo, ni conviene forzar este punto, si una de las partes quiere acercarse de otra forma. Esto es especialmente claro en las personas de primer grado.

11. CONCLUSIONES.

Consideramos que la incorporación de la conciliación al procedimiento disciplinario ayudaría a la reducción de la violencia intrapenitenciaria, así como al aprendizaje de conductas pacíficas. Una posible redacción sería la siguiente: ***“La conciliación con la persona ofendida a través de un proceso de mediación y los acuerdos a los que hayan llegado sobre la restitución de los bienes y reparación de daños si los***

hubiera, voluntariamente asumidos por el interno, podrán ser valorados por la Comisión Disciplinaria para el sobreseimiento del procedimiento disciplinario o para dejar sin efecto las sanciones disciplinarias impuestas”.

Por otro lado, la posibilidad de que la mediación se extendiese a la conciliación a las víctimas de los delitos cometidos, supondría la consolidación definitiva de este sistema. La redacción posible sería la similar a la existente en el Reglamento de ejecución de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores: ***“Si durante la ejecución de la pena de prisión, el condenado manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, la junta de tratamiento informará al Juzgado o Tribunal Sentenciador para que haga llegar la petición a las partes interesadas. En su caso, se informará de la evolución del proceso mediador, de los acuerdos adoptados y del cumplimiento de los mismos. La mediación se realizará en el centro penitenciario, sin perjuicio de las salidas que para dicha finalidad se pudieran autorizar legalmente”.***

12. BIBLIOGRAFÍA.

ACLAND, A., *Cómo utilizar la mediación para resolver los conflictos en las organizaciones*, Paidós, Barcelona, 1997.

ALONSO FERNÁNDEZ, J. A., *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, Bosch, Barcelona, 1999.

BERISTAIN IPIÑA, A., RÖSSNER D., et alt. *La mediación penal*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999.

BARUCH BUSH, R. A. y FOLGER, J. P., *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona, 1996.

BERNAT DE CELIS, J., *En torno a la mediación como camino alternativo al sistema penal*, Estudios de Derecho Penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 11, monográfico, 1987, 129-133.

CORNELIUS, H. y FAIRE, S., *Tú ganas, yo gano*, Gaia, Ediciones. Madrid 1998.

FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *La mediación como solución alternativa al proceso y su significación respecto a la víctima*, Ministerio Fiscal, II-2000 423-442.

FISHER, R., *Más allá de Maquiavelo. Herramientas para afrontar conflictos*, Granica, Barcelona, 1996.

FOLGER, J. P., *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós, Barcelona, 1997.

FUNES, J., *Mediación y delincuencia juvenil*, Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994.

GIMÉNEZ SALINAS, E., *La conciliación víctima-delincuente: Hacia un Derecho penal reparador*, en VV.AA., *La Victimología*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, 345-366.

GONZÁLEZ-CAPITAL, C., *Manual de mediación*, Atalier Libros, Barcelona, 1999.

HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima: compendio victimológico*, Edersa. Madrid, 1996.

LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, P., *Presente y futuro de la mediación penal*, en I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias, Madrid, Asociación Apoyo 3-4 de octubre de 2002, 33. Cf. Actas de las Jornadas en www.uc3m.es/larevistilla

MOORE, C., *El proceso de mediación. Método práctico para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

MARTÍNEZ ARRIETA, A. *La mediación y su incorporación al proceso penal español*, en I Jornadas sobre Mediación penal y Drogodependencias, Madrid, Asociación Apoyo 3-4 de octubre de 2002. Cf. www.uc3m.es/larevistilla

MÉNDEZ VALDIVIA, T., *La elección de estrategias y tácticas en la mediación de conflictos sociales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994.

MUÑOZ-HERNÁN, Y., *Trabajo en prisión, una experiencia en tratamiento de conflictos*, en B. DEL RINCÓN -A :MANZANARES (eds), *Intervención psicopedagógica en contextos diversos*, 2004. Puede consultarse en <http://www.gernikagogoratz.org/articulo1yolitrabajoenprisiones.html>

RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E; BIBIANO, A., *La mediación penitenciaria: experiencias de reducción de la violencia en el medio carcelario*; Colex. Madrid, 2005.

ROGERS, C., *El proceso de convertirse en persona*, Paidós, Barcelona, 1996.

ROXIN, C., *La reparación en el sistema jurídico penal de alternativas. Jornada sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania*, Consejo General del Poder Judicial, 1991, 19-30.

SAN MARTÍN LARRINOVA, B. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (del presente francés al futuro español)*, Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, Vitoria, 1997.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. P., *La mediación: una alternativa al Derecho penal*, 325-356.

SARRADO, J. J., *La mediación: un reto para el futuro*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2003.

SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Algunos criterios para el discernimiento: la experiencia de la Asociación Apoyo de Madrid*, en Revista de Documentación Social 120 (2000) 293-302.

SEGOVIA BERNABÉ, J. L y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.: *La mediación penal comunitaria de adultos: experiencia y propuestas de lege ferenda*.

SIX, J. F., *Dinámica de la mediación*, Paidós, Barcelona, 1997.

SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación a la víctima en el Derecho Penal (estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994.

VARONA MARTÍNEZ, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.

VINYAMATA, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003.

VINYAMATA, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.

TOUZARD, H., *La mediación y la solución de los conflictos*, Herder, Barcelona, 1981.

Enrique Sanz Delgado
Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas

Sumario: I. Una vieja polémica rescatada con regresivas reformas. II. Cadalso y Salillas, convergencias mínimas. III. Del primer influjo a la derivación final. IV. El umbral de la distancia. El Real decreto de 1901 versus el de 1903. V. La experiencia cumbre resultado del esfuerzo de Cadalso: El Reformatorio de Ocaña. VI. Una divergencia vinculante: La Escuela de Criminología. VII. La trascendencia de la información primigenia. VIII. Más medidas para la distancia: La traslación de los presidios norteafricanos y la conquista esteparia o colonización interna. IX. Otras consideraciones y disensos en la exégesis histórico-penitenciaria. X. Conclusiones.

I. UNA VIEJA POLÉMICA RESCATADA CON REGRESIVAS REFORMAS.

La controversia y las críticas surgidas en el año 2003, con la promulgación de la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, derivada de una confusión legislativa entre excepcionalidad y especialidad, como certero señalara Bueno Arús¹, no suponen algo novedoso. Se trata solamente de nuevos modos de asistir a una vieja polémica. Nos viene de lejos. En ese año, cien anteriores nos separaban de otro desafío puntual que enmarcó, por vez primera, el debate presente, teórico y práctico, asentando los pilares para cualquier diferencia futura en la ejecución penitenciaria. La derivada de las normativas de 1901 y 1903, exploradoras de caminos

¹ Cfr. BUENO ARÚS, F.: Prólogo a RENART GARCÍA, F.: La libertad condicional: Nuevo régimen jurídico. Madrid, 2003, p. 22.

paralelos y divergentes. Siguiendo ese trazado², nos hemos referido a aquellas discrepancias y a la revivida pugna³. A la dualidad que conforma hoy el sistema: régimen y tratamiento⁴. Y al pasado, al origen de la misma y a sus caracteres personalizados en Fernando Cadalso y Rafael Salillas.

Hoy sigue vigente la pretérita e imperecedera controversia entre seguridad y el impulso de la autorresponsabilidad; entre la inacción y la intervención. Es la pugna constante entre aquellas dos ideas, dos visiones, dos direcciones, al fin; que revive en los últimos años al albur de la importación de tales modelos segregativos, incapacitadores, extraños a nuestra sensibilidad penitenciaria. La prelación que la ley establecía hacia la prevención especial positiva (arts. 25.2 de la C.E., y 1 y 59 de la L.O.G.P.), cedía recientemente terreno en favor de la retención y custodia, los otros fines que el artículo 1 L.O.G.P. también recoge. Hoy, tras algunos años de seguridad e implementación del discurso regimental, se habla de revitalizar el tratamiento, de relectura de la Ley, impulsando el trabajo de los profesionales del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias.

Flexibilidad *versus* estabilidad regimental. Porque no basta con la utilidad del sistema, hace falta también su inteligencia. La capacidad de adaptación del individuo al mismo y su favorable efecto inverso. La salida razonable ha de llegar por esa maleabilidad penitenciaria. Modelos personalizados lo demuestran en la historia de nuestras instituciones. Actualmente, instrumentos como el principio de flexibilidad, vuelven a salvar, en la práctica, tras la reforma aludida de 2003, los rigores de la ley penal y su derivación penitenciaria; y permanecen como la positiva herencia del pensamiento de Rafael Salillas, admitiendo aquella permeabilidad, la capacidad de adaptación del sistema a las características individuales de los internos. La legalidad necesaria, ineludible, exige, no obstante, la debida traslación de tal instrumento reglamentario individualizador a la legislación orgánica.

Desde estas y otras anteriores líneas, se persigue entonces el reconocimiento de aquellos dos modelos penitenciarios, convergentes en el tiempo y divergentes en lo demás. Dos iniciativas dispares aun complementarias, avistando el desacuerdo científico y personal entre dos personalidades sin par. Las de Fernando Cadalso y Rafael Salillas, incardinables en dos conceptos penitenciarios adicionales: régimen y tratamiento. Como hemos señalado, el debate imperecedero, profesional y doctrinal en este ámbito, surge de ese momento en la historia de nuestras Instituciones. No obstante, la fertilidad del trabajo científico y práctico de ambos especialistas complicaría cualquier labor de síntesis y compilación. Se trataría de acudir a algunos de sus escritos y motivaciones, de entresacar parcelas que les vinculen, desde la convergencia o en la discrepancia. El objeto de los párrafos que siguen se circunscribe, por ello mismo, a la materia más común a ambos: los sistemas penitenciarios y la exégesis normativa de su

² Al respecto, en los últimos años, vid. ROLDÁN BARBERO, H.: Historia de la prisión en España. Barcelona, 1988, pp. 117 y ss.; y las intensas y extensas páginas de GARCÍA VALDÉS, C.: Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX). Madrid, 1991, pp. 110-113, 133 y 134; el mismo: Del presidio a la prisión modular. Madrid, 2.^a ed., 1998, pp. 28-32; FIGUEROA NAVARRO, M. C.: Los orígenes del penitenciarismo español. Madrid, 2000, pp. 24 y 25; SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo penitenciario español del s. XIX. Madrid, 2003, pp. 281 y ss.

³ Vid. SANZ DELGADO, E.: "La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n.º Extraordinario II. Madrid, 2004, pp. 195 y ss.; el mismo: SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., pp. 15 y 281 y ss.

⁴ Vid. SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., p. 35.

presente y pasado, dejando de lado otros desacuerdos más administrativos, como, a modo de ejemplo, pudieron ser los relativos a sus iniciativas para la estabilización del personal de Prisiones. Con todo, el resultado se nos antoja solamente un anticipo, una reseña para posteriores y más útiles estudios pormenorizados. Sobran materiales para ello. Si la extensa obra escrita de Fernando Cadalso afronta cuestiones muy diversas en el entorno penitenciario, tal diversidad es, sobre todas las cosas, el extraordinario paradigma de un multifacético Rafael Salillas, su característica esencial. Tal encargo lo dejó en el aire Antón Oneca, en aquél dignísimo trabajo revitalizador de su figura⁵.

Todo ello se vino a reflejar generosamente por el legislador de 1979. Desveló su lealtad legislativa a los postulados promovidos por ambos penitenciaristas con estas palabras: “Cuando en los debates de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, acerca de la vigente Ley General Penitenciaria, se encasquilló la discusión para buscar una palabra, y una idea, diferente a la denominación de “régimen progresivo” para el sistema de tratamiento de los internos, y hube de encontrar el término adecuado, me acordé de dos cosas: de Montesinos y Cadalso, decidiendo no arrumbarles; y de lo escrito por el maestro de Angüés (léase Salillas): en el actual artículo 72 figura, así, “individualización científica, separado en grados”. Fue mi lealtad a nuestra mejor historia, a un término querido, compatible con mi homenaje a Salillas y el reconocimiento tardío de todos, aun, 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, más con la firmeza y la entidad de la razón”⁶. La supeditación del régimen penitenciario a la intervención tratamental que se confirma, al menos nominativamente, en diversas parcelas de la legislación penitenciaria actual, es una herencia de aquél pensamiento renovador.

Representa el oficialismo doctrinal por excelencia, y caben pocas dudas acerca del renombre y autoridad de Fernando Cadalso y Manzano en la materia penitenciaria. Le avala su dilatada actividad profesional y los cargos que desempeñó, su prestigio contemporáneo patrio y foráneo, su ingente obra y su conocimiento profundo y directo, práctico y crítico con la inoperancia. Documentadísimos y constantes trabajos científicos, abrumadores en la compilación, como su notable Diccionario, le acreditan y sitúan como referencia ineludible para el estudio de las instituciones penitenciarias autóctonas y forasteras. Otras obras sistemáticas como Estudios penitenciarios o Instituciones Penitenciarias y similares, siguen siendo de obligada consulta para el observador y para el analista de la ejecución penal del momento⁷. Y es que el término penitenciarista tiene un máximo exponente en él y la ciencia penitenciaria una estructura sistemática, estable, sólida, tras su legado. Así ha sido durante decenios. La estabilidad vendría a alzarse, sobre cualesquiera otras consideraciones, en su concepción de la ejecución penal. Cadalso es, así, el reformador hacendoso, pragmático, desde la seguridad de lo conocido y probado. En afortunada síntesis de Figueroa Navarro, “es la técnica si hubiera que buscarle un calificativo definidor”⁸.

⁵ Vid. ANTÓN ONECA, J.: “Don Rafael Salillas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVII, Fascículo II, mayo-agosto, 1974, pp. 205-220.

⁶ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...* ob. cit., p. 44.

⁷ Vid., sumariamente, al respecto del resto de su producción científica, GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...* ob. cit., p. 32.

⁸ Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del penitenciarismo...* ob. cit., p. 25.

El rescate de la figura de Rafael Salillas Panzano es el medio para el mejor conocimiento del presente. Así lo hicimos en otras ocasiones en materias concretas, sin esconder cierta predilección por su contorno penitenciario, socavada esta imagen por su prestigio de criminólogo y por las ácidas críticas y constantes diatribas que hubo de sufrir en vida. El desagravio y la continuidad de su obra la sugería Antón Oneca⁹, la emprendió oportunamente García Valdés y es tarea que retomo en estas líneas. El mismo Salillas previó esta posibilidad, cuando argüía: “Si la vida no fuese tan devoradora y se conservara en alguna biblioteca todo cuanto se escribe, un psicólogo del porvenir -si en el porvenir me exhuman los rebuscadores de curiosidades- tendría materia para hacer el estudio de los diversos cambios de presentación que de mi personalidad han hecho”¹⁰. Y es que, mientras duró la ascendencia cadalsiana, interesó impregnar la imagen de su antagonista, Salillas, de un radicalismo inconformista. En esa dirección, se ha pretendido, incluso, minimizar su perfil penitenciarista, o minusvalorar su aportación a la ciencia penitenciaria resaltando, únicamente la faceta criminológica de su obra y pensamiento. Así lo hicieron todavía a finales del s. XX, Zapatero Sagrado¹¹ o Fernández Rodríguez¹². En contra, desoídos, pero con absoluta autoridad, se habían manifestado autores como Antón Oneca¹³, o Jiménez de Asúa¹⁴, y, más recientemente, García Valdés¹⁵ o Cerezo Mir¹⁶.

⁹ Tras compararle con Arenal y Dorado Montero, Antón concluía: “el mejor homenaje sería continuar su obra”. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: “Don Rafael Salillas”... ob. cit., p. 219.

¹⁰ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”, en *Revista penitenciaria*, Año V, Tomo V, Madrid, 1908, p. 48.

¹¹ La superficialidad de la mirada al personaje lleva al autor a expresar: “pero seamos sinceros, don Rafael Salillas fue más antropólogo, médico, publicista, criminólogo o político que penitenciarista”; o “No era penitenciarista. Si lo hubiera sido no hubiera intentado monopolizar el reclutamiento del personal penitenciario, ni suprimir la Junta Superior de Prisiones, ni valerse de sus influencias políticas (...) para la consecución de sus ideas pensadas para etapas no sedimentadas (...), ni enfrentarse con los expertos penitenciaristas que acaudillaban el inteligente y dinámico don Fernando Cadalso”. Cfr. ZAPATERO SAGRADO, R.: “Algo más sobre Don Rafael Salillas y Panzano”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*. n.º 212-215, enero-diciembre 1976, pp. 136 y 139, respectivamente.

¹² Ya nos hemos referido a este otro ejemplo de miopía historicista (vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª D.: *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*. Santiago de Compostela, 1976, p. 205), cuando la autora concluye al afirmar que Salillas encuentra “sus justos límites” en la explicación de la evolución penitenciaria, y que de su pensamiento “no puede desprenderse ninguna contribución científico penitenciaria entendiéndolo, como tal en sentido estricto, toda aportación nueva de sistemas o métodos en la ejecución de las penas privativas de libertad”. No advertía la autora la proyección, en este ámbito, de la Escuela de Criminología que nace bajo su inspiración. Ni adivinaba un cercano futuro, ni lo interpretó, pues lo baldío de la citada conclusión se habría puesto de manifiesto desde las fecundas aportaciones de Salillas, exhibidas hoy en texto, en la Comisión ponente para el Consejo Penitenciario con dictámenes como los relativos a la traslación de los presidios norteafricanos; en numerosas consultas al autor desde los organismos públicos y, con especial trascendencia, en lo relativo a la filosofía tutelar tratamental, vinculada a los medios criminológicos y enfocada a la individualización científica, así como, concretamente, en el contenido que lleva su impronta de los Reales Decretos de 22 de abril y 18 de mayo de 1903, de la mano de Eduardo Dato, tan valorados por autores como Dorado Montero. Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo penitenciario*... ob. cit., pp. 33 y 34.

¹³ Vid. ANTÓN ONECA, J.: “Don Rafael Salillas”... ob. cit., p. 214, cuando se expresa como sigue: “Salillas fue penitenciarista de oficio y criminólogo de afición”.

¹⁴ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, Buenos Aires, 1964, pp. 870 y ss.

¹⁵ Vid., entre otras obras, GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio*... ob. cit., pp. 28 y ss., 44 y 52.

¹⁶ Vid. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*. Parte general I, Introducción. 6.ª ed., Madrid, 2004, p. 112.

II. CADALSO Y SALILLAS, CONVERGENCIAS MÍNIMAS.

Ambos fueron reconocidos en sus poblaciones de origen. Y a los dos la Institución a la que sirvieron les recuerda hoy en piedra, inaugurando Centros de Inserción Social con sus nombres. Infatigables, solteros, casados únicamente con su iniciativa y su responsabilidad institucional y científica, la natural mutación o madurez de algunas de sus posiciones se advierte en diversas parcelas de sus obras escritas. Y esa es la primera convergencia digna de resaltarse. Se ha recordado, no obstante, en algunos trabajos, el carácter invariable de Cadalso¹⁷. Pero hay un Cadalso muy distinto en 1893 al que publica diez años más tarde¹⁸. Ha pasado por la responsabilidad del mando de la prisión de Valladolid o de la celular de Madrid; y, sobre otras consideraciones menos determinantes, en 1904 se ha encendido su animadversión con Salillas. Asimismo, hay un Salillas evolucionado desde su pensamiento de 1888, reflejado en su obra emblemática *La Vida Penal en España*, algo distinto al que maduro y experimentado se muestra en su obra de 1918. Ambos tuvieron, en esa primera época encendida, sin poso empírico, tan crítica, una similar desazón, y análoga desesperanza¹⁹, sin asumir aún sus papeles y responsabilidades institucionales determinantes que les llevará por dispares diseños teóricos y normativos. Salillas se enfocará en la evolución y el porvenir. Cadalso en reivindicar el presente y lo probado. García Valdés ha señalado cómo “habían ya pasado por él el tiempo, la ponderación, el saber, la experiencia y el mando. Acumulaba entonces, en el esplendor de su sólida fama, esa competencia conspicua que nunca le abandonaría”²⁰. La duda surge al resolver si fue la experiencia del mando o la defensa de una gestión, la que le lleva a reconducir finalmente su discurso hacia el asentimiento y el realce de la situación, como se percibe de su última obra extensa de 1924, ya bajo el régimen, que le reconoce, de Primo de Rivera.

Uno y otro pasaron por la dirección de la prisión celular de Madrid, y ambos dejaron su impronta en la gestión de la misma. Ambos por escrito su experiencia²¹. Los dos, asimismo, ostentaron la responsabilidad de la dirección de la Escuela de Criminología. Uno para instaurarla y enaltecerla, el otro para desactivarla. Se ha interpretado tal divergencia constante en clave política²², como una dinámica muy propia del intercambio gubernamental²³, pero esta visión no se percibe diáfana. La actividad renovadora de Salillas estuvo presente y mantuvo su crédito bajo ministerios de distinto signo político, primando en mayor medida el factor y el presti-

¹⁷ Vid., al respecto, SALENGO, C.: “La eterna soledad de don Fernando Cadalso”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 9, diciembre 1945, pp. 39 y 40; TOMÉ, A.: “D. Fernando Cadalso y Manzano”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 27, junio 1947, pp. 10 y 11.

¹⁸ Así lo advertía Figueroa Navarro, resaltando la evolución final de Cadalso en su obra de 1924, relativa a la Actuación del Directorio militar. Vid. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del penitenciarismo...*, ob. cit., pp. 81 y 82.

¹⁹ Vid. ROLDÁN BARBERO, C.: *Historia de la prisión...* ob. cit., p. 117.

²⁰ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Madrid, 2006, pp. 24 y 25.

²¹ Vid. CADALSO, F.: *Memoria de la prisión celular de Madrid*. Madrid, 1893, *passim*; SALILLAS, R.: “El año penitenciario de 1907”, ob. cit., pp. 68 y ss.

²² Vid. ROLDÁN BARBERO, H.: *Historia de la prisión...* ob. cit., p. 117.

²³ Vid. BUENO ARÚS, F.: “Influencia de las reformas legislativas en la intervención penitenciaria”, en *III Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias: “25 años de Ley General Penitenciaria. Ayer, Hoy y Mañana”*. Cáceres, 2005, p. 18.

gio personales²⁴. No obstante, sí surge la discontinuidad en los años que hubieran sido definitivos para la implantación del sistema salillista. Así, en sus etapas características, ambos tuvieron una influencia decisiva en las iniciativas reformadoras. Ambos mostraron la misma preocupación respecto de los cambios acaecidos en Prisiones, provenientes de gobiernos dispares, que dificultaban la necesaria continuidad y desnaturalizaron las iniciativas valiosas. Sin embargo, ya se ha dicho que hay dos Cadalsos, diferenciados, entre su primera obra Estudios y su obra emblemática Instituciones penitenciarias. El autor censuraba, en ese sentido, en 1893, “la mudanza de los hombres que rigen el Ramo”²⁵, y los cambios de la política en esta materia. Pero esas palabras chocan hoy, a la vista de la frontal oposición que Cadalso articuló después, frente a la obra de Dato y Salillas, si bien finalmente, en 1924, descargaba de su gravamen al ministro, dejando el principal desvalor para el técnico.

La difusión de sus iniciativas les importaba a ambos. Los dos dirigen importantes revistas: La Revista Penitenciaria y la Revista de las Prisiones. La magnífica Revista Penitenciaria, como órgano de expresión del Consejo Penitenciario y de la reforma de 1904, influida por Salillas²⁶, y la más administrativa Revista de las Prisiones que se publicaba los sábados desde su número primero, fechado el 2 de diciembre de 1893, y que pasaría a ser dirigida por Fernando Cadalso, tras la inicial etapa de Ceferino Ródenas.

Otras aproximaciones profesionales eran casi obligadas en aquellos días. Los dos participan, conjuntamente, de iniciativas reformadoras, en comisiones como la nombrada en 1903, “con objeto de resolver el problema de las cantinas de las prisiones como medio para facilitar suplemento de comida a los reclusos”²⁷; confluyendo, del mismo modo, en la nombrada, junto con García del Campo, para el estudio de la Isla de Salvora, viaje de ocho días incluido, donde el Ministerio de la Guerra quiso, en un primer momento, trasladar a los penados de Melilla (con un interés principal utilitarista relativo a la fortificación, según Salillas)²⁸. Por otro lado, y por separado, con carácter institucional, ambos fueron invitados y representantes de España en los diversos Congresos penitenciarios internacionales en que participaron. Salillas es designado en representación de la Dirección General de Establecimientos Penales para el Congreso Internacional de San Petersburgo en 1890. Cadalso dejará su huella personal en el Congreso de Washington de 1910, al que asiste en compañía de Eugenio Silvela²⁹. Al de Valencia, de 1909, también fue Cadalso y no Salillas, pero sí Díaz Sánchez, quien defiende más tarde las posiciones del maestro, tomando como referencia el Congreso de Washington que, en algunas cuestiones, mantuvo deliberaciones similares a sus planteamientos, sirviendo, a modo de ejemplo, su opinión contraria a la eliminación por la pena de muerte, o contra la asexualización³⁰.

²⁴ El político cambiaba y el técnico permanecía. Al respecto el protagonista decía: “No es de extrañar que los que ya hemos visto la no interrumpida procesión de los cambios, y hemos recibido y despedido muchos Ministros, muchos Subsecretarios y muchos Directores generales, veamos sucederse las cosas con alguna filosofía”. Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., pp. 19 y 20.

²⁵ Cfr. CADALSO, F.: Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales. Madrid, 1893, p. 49.

²⁶ Vid., *infra*, en el apartado VIII, lo relativo a la Revista penitenciaria como medio de defensa de Salillas.

²⁷ Cfr. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares en España. Madrid, 1922, pp. 446 y 447.

²⁸ Vid. SALILLAS, R.: La traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria (historia palpitante). Madrid, 1906, p. 20.

²⁹ Cfr. SILVELA, E.: El Congreso penitenciario... ob. cit., pp. 21 y ss.

³⁰ Vid. DÍAZ SÁNCHEZ, E.: Bosquejo de etiología penitenciaria. Figueras, 1913, p. 94 (nota).

La sentencia indeterminada era el sueño inalcanzable de Salillas. Se preconizaba en Congresos como los de Cincinnati de 1870, o Estocolmo en 1878³¹. Pudo haber sido un trascendente nexo entre ambos, que se quedó en la forma y su única plasmación legal en la norma salillista de 1903. Si bien Cadalso dejaba incluso entrever la utilidad de la sentencia indeterminada en su primera obra³², pareciera haber sido tan sólo una noticia, acerca de las tendencias en el ámbito penal, pues cuando tuvo la posibilidad de actualizar aquél pensamiento en el Reformatorio de Ocaña, a la manera del de Elmira, su modelo ensalzado, no lo hizo así, sino que implantó el progresivo, traído de su mano.

La conformidad científica se advierte, así, en escasos criterios. Respecto a la historia legislativa, quizás únicamente puede hacerse mención a la favorable opinión que ambos mantuvieron, en relación con el antecedente que supuso la normativa de la Ordenanza de los presidios de Marina de 1804, con respecto al régimen progresivo de cumplimiento de condenas. Así lo ha señalado García Valdés: “No era fácil que Salillas y Cadalso, nuestros más grandes penitenciaristas, estuvieran en algo de acuerdo. La Ordenanza de Arsenales marinos lo logró, deponiendo intemporalmente, en este sólo aspecto, sus discrepancias”³³; o a los juicios que ambos emitieron en relación con los Códigos penales del s. XIX y sus inaplicados preceptos, incluyendo el término correccional en las penas, así como la no menos trascendente “antinomía entre el Código penal y la organización penitenciaria”³⁴. En esta materia, Cadalso, a modo de ejemplo, tras enumerar las clases de penas, señalaba: “Si a esto se añade el trabajo forzoso, verdaderamente penal, a que han de someterse los condenados a reclusión y cadena, la obligación de llevar hierros constantemente estos últimos, la ejecución de la pena capital en el público, el destino que ha de recibir el producto del trabajo, etc., etcétera, comprenderáse bien que nuestro Código, lejos de ser correccional, es completamente opuesto a las ideas correccionales”³⁵.

Desde el inicio, sí se aproximan ambos especialistas en su positiva valoración acerca de la experiencia histórica ceuti³⁶. Y, relacionada, una convergencia de alcance se advierte en la determinación de ambos, la de instaurar la libertad condicional.

Es cierto que el impulso decisivo para la implantación legal de la libertad condicional en la península procede de Cadalso y se plasma en la definitiva Ley de 23 de julio de 1914, que incluye por la vía reglamentaria el sistema progresivo del decreto cadalsoiano de 1901. No obstante, aun desatendida por muchos, la primera aproximación real normativa a esta institución vino de la mano de Salillas, con el diseño y la redacción del Real decreto de

³¹ Vid., al respecto, SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., p. 275.

³² Vid. CADALSO, F.: Estudios penitenciarios... ob. cit., pp. 235 y 236.

³³ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: La ideología correccional... ob. cit., p. 35.

³⁴ Así, vid. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares..., ob. cit., pp. 124 y 125; el mismo: Estudios Penitenciarios... ob. cit., p. 227; SALILLAS, R.: “Informe del negociado de sanidad penitenciaria”, en DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES: Expediente general para preparar la reforma penitenciaria. Madrid, 1904, pp. 104 y ss., 117 y ss., y 166 y ss. Más recientemente, respecto del Código de 1870 y su incidencia en el ámbito penitenciario, vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Régimen Penitenciario de España (investigación histórica y sistemática), Madrid, 1975, pp. 32 y ss.; recogen tales críticas de principios de siglo XX, últimamente, SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., p. 49; GARCÍA VALDÉS, C.: La ideología correccional... ob. cit., p. 20.

³⁵ Vid. CADALSO, F.: Estudios penitenciarios... ob. cit., p. 227.

³⁶ Vid. SALILLAS, R.: La vida penal en España. Madrid, 1888, pp. 248 y ss.; CADALSO, F.: Estudios penitenciarios... ob. cit., p. 217.

22 de octubre de 1906 y en relación con la concesión de residencia que había sido planteada por él mismo a Álvaro de Figueroa como una de las soluciones provisionales³⁷, que será finalmente impulsada por el Ministro de Gracia y Justicia Armada Losada, y se firmaba el día 25 de abril de 1907³⁸. Y esta influencia, que significa una inercia en la implantación de la institución, se dejará notar en las primeras disposiciones que, tras la publicación de la Ley por Real decreto de 2 de agosto de 1914, firmado por González de Castejón, y mediante el Reglamento que suscribe Dato en 16 de septiembre de 1914, regulan tal modalidad de vida penitenciaria precisamente para los penados, libertos, procedentes de Ceuta, pues no será hasta el Real decreto de 28 de octubre de 1914, cuando se regula específicamente lo relativo a los penados de la península.

Cadalso, al referirse a la libertad condicional instituida en los presidios norteafricanos, critica veladamente a Salillas y, sin embargo, cuando resalta la valía de la norma que estabilizó el sistema ceutí, parece desconocer la verdadera dimensión de la actividad salillista en la configuración de aquel Real decreto de 23 de diciembre de 1889, “debido a la pluma y a la mentalidad del insigne hombre de Estado Sr. Canalejas (...)”. La crítica, al respecto, la expresaba de este modo: “Distintos elementos, entre los cuales figuraban colaboradores del Real decreto de 1889, comenzaron a desplegar grande actividad y pusieron vivo empeño para suprimir el establecimiento y sus similares de la costa de África y en trasladar su población penal a las prisiones de la península (...). Así se facilitó la supresión, y por Real decreto de 6 de Mayo de 1907, esto es, a los diez y siete años, poco más, de haberse promulgado el del Sr. Canalejas, elogiado y enaltecido entonces por los mismos que trabajaban después con afán por derogarle, se dispuso el traslado, y en 1911 se realizó”³⁹. El contraste ha de hacerse, no obstante, con los párrafos de Salillas relativos a aquella disposición, cuando recuerda su decisiva participación en la elaboración y promulgación de la misma.

III. DEL PRIMER INFLUJO A LA DERIVACIÓN FINAL.

“Maestro de maestros”⁴⁰, su obra es imperecedera. *La vida penal* de Salillas dejó, sin asomo de dudas, una profunda impronta en los estudiosos del momento y en el futuro de la disciplina penitenciaria⁴¹. En el contenido y en la forma. En el fondo de la

³⁷ Vid. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 32.

³⁸ La exposición de motivos de la citada norma incluía lo que sigue: “Al trasladar a la península los condenados que sufren condena en los presidios de Melilla y Ceuta, sólo han de quedar en estas plazas, conforme al Real decreto de 22 de octubre de 1906, los que obtengan concesión de residencia, forma de libertad condicional que amplía y mejora la de circulación libre, concedida por Real decreto de 23 de Diciembre de 1889. En la gradación de las penas, la libertad condicional, recompensando anterior buena conducta del penado, le prepara para la futura plena libertad”. Al respecto, ya Jiménez de Asúa habló, con anterioridad a la Ley de 1914, de un modo de liberación condicional en relación con la concesión de residencia. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *La sentencia indeterminada*. Madrid, 1913, p. 181.

³⁹ Cfr. CADALSO, F.: *La libertad condicional, el indulto y la amnistía*. Madrid, 1921, pp. 12 y 13.

⁴⁰ Cfr. TOMÉ, A.: “Salillas penitenciarista”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 108, marzo 1954, p. 30.

⁴¹ El reconocimiento contemporáneo a su aportación vendría de la mano del ministro Canalejas. Hoy, entre los más cualificados, entusiasta de aquella magnífica obra se muestra García Valdés, como sigue: “De los grandes libros de finales del XIX que, por lo muy corriente, me acompañan, ninguno como *La vida penal en España*, que alumbró Don Rafael Salillas y Panzano (...). Yo advierto en las hojas impresas del primer Salillas una desesperanza sin par, una conciencia de la ajena incompreensión, una desazón de saberse sin continuadores entre sus compañeros”. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio*... ob. cit., p. 28.

crítica y en el estilo expositivo que reflejó, diáfana, la mirada de gran angular del autor; su aforística escritura. Debía ser difícil sustraerse a aquel pasmoso influjo científico-literario. El primer Cadalso pareciera incluso haberse impregnado del mismo, pues así se aprecia en los párrafos introductorios de *Estudios Penitenciarios*⁴², disímiles de los más seguros, técnicos y descriptivos posteriores, salvo algún apartado⁴³; y, es allí, en ese primero y global trabajo relativo a la historia y al entorno penitenciario, donde Cadalso aún es generoso en el reconocimiento, citando en variadas ocasiones al “ilustrado publicista”⁴⁴, del que llega a tomar incluso un párrafo completo, “para expresar nuestro deseo”, crítico hacia el presidio del momento. Empero aquel estilo plástico, expresivo y deferente, permanecerá inédito en su bibliografía ulterior.

El ascendente de la noticia penitenciaria se percibe, no obstante, cristalino en lugares diversos de la obra última citada. Resalta entonces Cadalso⁴⁵, por vez primera, la Ordenanza de presidios navales con cita de la información que recoge del anónimo Anuario de 1889 -redactado por Salillas-, pero el autor de *Estudios penitenciarios* conoce aquella normativa de un año antes, de la obra citada fundamental del que después distinguirá como rival⁴⁶, que sí nombra para otra cuestión. Sin embargo, y curiosamente, el primer Cadalso no cita a Montesinos ni su obra práctica en Valencia cuando habla del sistema progresivo. Sí cita a Maconochie o a Crofton⁴⁷, pero no rememora las páginas de Salillas en su *Vida Penal*⁴⁸, sino que tan solo hace una referencia expresa, muy similar en cualquier caso a la que se advierte en aquella atemporal primera obra de Salillas⁴⁹. Y el citado influjo llegará inclusive a planteamientos que Cadalso reconduce posteriormente. Así, por ejemplo, se advierte en el tono de censura del mismo hacia la figura de los Cabos de Vara y celadores⁵⁰, muy cercano al utilizado por Salillas cinco años atrás⁵¹, o al también similar que sobre igual materia reflejaron sus admirados Concepción Arenal⁵² o Armengol⁵³; y muy distante al respaldo posterior de la misma institución, que ofrece en su *Diccionario* en 1908⁵⁴. A partir de entonces, otro Cadalso, henchido ya de reconocimiento institucional, restringe mientras puede la referencia a su

⁴² Vid., como ejemplos de ese modo aforístico narrativo, los párrafos relativos a los dormitorios o a los calabozos en CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., pp. 19 y 29, respectivamente.

⁴³ Vid., a modo de ejemplo, CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., pp. 108-110, relativas a la delincuencia en el presidio, a sus modos y caracteres, con materia y expresiones muy cercanas, asimismo, a las antropológicas salillistas de “La vida penal en España”.

⁴⁴ Cfr. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 8.

⁴⁵ Vid. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., pp. 11, 176 y ss.

⁴⁶ Vid. SALILLAS, R.: *La vida penal...* ob. cit., pp. 238-243.

⁴⁷ Vid. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 193.

⁴⁸ Vid. SALILLAS, R.: *La vida penal...* ob. cit., pp. 212 y 216.

⁴⁹ Así, Cadalso parece sintetizar las referencias de Salillas (vid. últ. ob. y loc. cit.) y tan solo afirma en relación con el gobierno del presidio valenciano: “el coronel Montesinos, figura que descuella en nuestra historia presidial por su perseverancia y vocación para corregir al culpable”. Cfr. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 17.

⁵⁰ Vid. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., pp. 43 y 73.

⁵¹ Vid. SALILLAS, R.: *La vida penal...* ob. cit., pp. 194 y ss.

⁵² Vid. ARENAL, C.: *Las colonias penales de la Australia y la Pena de Deportación. Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en el concurso ordinario de 1875.* Madrid, 1877, p. 67.

⁵³ Vid. ARMENGOL i CORNET, P.: *Estudios penitenciarios. La reincidencia.* Barcelona, 1873, p. 171. Respecto a las manifestaciones de amistad y respeto de Cadalso hacia Armengol, vid. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., pp. 224 y 225 nota.

⁵⁴ Vid. CADALSO, F.: *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones, 3 Vols., y dos suplementos,* Madrid 1896-1908, pp. 483 y 484; el mismo: “Informe del negociado de inspección y estadística”, en DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES: *Expediente general...* ob. cit., 1904, p. 92.

antagonista⁵⁵. Desde Estudios penitenciarios hasta la publicación de Instituciones penitenciarias y similares. Allí tendrá toda la autoridad. Y Salillas vive poco más. García Valdés ha señalado certero y concluyente, cómo “en el año 1923, Don Fernando Cadalso y Manzano tiene el camino despejado para erigirse, sin el rival polémico, ¡es verdad!, pero por sus propios méritos, en el penitenciarista hispano por excelencia”⁵⁶. Y lo que el más grande hizo, lo siguieron los de menor talla. Así, la Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios se verá floreada en diversos números por artículos remedando párrafos de Salillas sin la cita debida. En los primeros años se homenajea a Cadalso, sin empacho, señalando a Salillas como “aquél ‘snob’ que invadía todas las actividades del pensamiento” y excluyendo al adalid del régimen⁵⁷, de “aquella fiebre que consumía a los cerebros en la borrachera de los modernismos más insustanciales”⁵⁸. Otros tributarios de la obra Cadalsiana, su incondicional Eugenio Silvela⁵⁹ o, más recientemente, Zapatero Sagrado⁶⁰, se encargaron de difuminar su imagen. El primero, contemporáneo del protagonista, vocero de Cadalso, incluso censurando su escritura que definía como un “castellano retorcido y adulterado con modismos aragoneses”⁶¹, o concluyendo, como sigue: “Salillas, con sus fantasías pseudocientíficas y su absoluta falta de carácter, que hacen de él lo contrario que Montesinos, convirtiese la prisión de Madrid durante su mando infausto en un real de feria y en un herradero”⁶².

En cualquier caso, se trata de dos personalidades compatibles, necesarias para la exégesis del sistema, aunque si bien nadie estuvo tan preparado como Cadalso, su concepto de la ejecución penitenciaria no se nos aparece tan infrecuente para el momento. Diversos tratadistas alcanzaron similares conclusiones en muchas materias. Salillas sí es renovador, y por ello incómodo a las dinámicas administrativas asentadas, opacas, escasamente maleables. No sólo sus ideas pretendían anticipar un futuro; también la terminología empleada por el mismo resurgirá tiempo después. Así, incluía ya, a modo de ejemplo, en 1908, el concepto y la autonomía del Derecho penitenciario, en referencia a las nuevas prácticas que advertía en otras legislaciones, un cuarto de siglo antes de explicitar ese término D'Aniello o Novelli en Italia, en referencia al remanente administrativo que quedaría tras la evolución del Derecho penal, como sigue: “en lo concerniente a la juventud el Derecho penal ya no existe, ni la prisión tampoco existe. La ha substituido un nuevo derecho y nuevas maneras de proceder. La tendencia significada de este modo hará definitivamente su camino y entonces el magistrado perderá muchos atributos que se integrarán más apropiadamente en el nuevo funcionario de Prisiones, transformándose el Derecho penal en lo que provisionalmente se podría llamar Derecho penitenciario. Si miráramos estas cosas en el sentido de la sentencia indeterminada, encontraríamos ya el vislumbre de la solución”⁶³.

⁵⁵ En su obra más señalada y contenedora de su pensamiento más estable, solo le cita incidentalmente, vid. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., pp. 80, 201 y 446. No obstante, sí hará mención a Salillas y sus iniciativas, desde la censura, sin aludir a su nombre, en numerosas ocasiones.

⁵⁶ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Del presidio... ob. cit., p. 28.

⁵⁷ Cfr. SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., p. 227, nota.

⁵⁸ Cfr. SALENGO, C.: “La eterna soledad...” ob. cit., pp. 39 y 40, respectivamente.

⁵⁹ La polémica entre Cadalso y Salillas fue recalcada por Eugenio Silvela, firme partidario del primero, colaborador en las diatribas al segundo, reproduciendo incluso alguna carta durísima de Cadalso relativa al Congreso de Valencia. Vid. SILVELA, E.: El Congreso penitenciario de Washington. Madrid, 1911, p. 18.

⁶⁰ Vid. ZAPATERO SAGRADO, R.: “Algo más sobre Don Rafael Salillas...”, ob. cit., pp. 135 y ss.

⁶¹ Cfr. SILVELA, E.: El Congreso penitenciario... ob. y loc. cit.

⁶² Cfr. SILVELA, E.: El Congreso penitenciario... ob. cit., p. 18.

⁶³ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 45.

Se trató así de dos velocidades en la acción reformadora, en la tardía carrera por la modernización de un sistema. La explosión contra la resistencia. La intensa inmediatez de Salillas frente a la moderada y paulatina actividad cadalsiana. La reforma que pretende el primero, de más profundo calado, se muestra diversa de las más tibias emprendidas por Cadalso. Salillas antepone su transformador intento a cualesquiera otras cuestiones, incluso presupuestarias. Cadalso, en cambio, lleva en sí un gestor, conocedor de la práctica y la necesidad diarias, y su preocupación por la economía penitenciaria es constante. Ya desde sus primeros trabajos de relieve, en su etapa de Director de la Prisión celular de Madrid, se percibe esa fijeza futura, delineando un orden de prelación, siquiera inconscientemente, significativo de su interés. Así, en 1893, en la introducción a *Estudios Penitenciarios*, vino a señalar: “Una filantropía vergonzante y hueca, y una sensiblería ridícula y rebuscada han echado a tierra lo bueno que antes se hacía. So pretexto de que el confinado pierde la dignidad al verle la gente libre, hánse proscrito los trabajos de obras públicas que con grande y reconocida economía del Estado, con utilidad del recluso y con provecho de todos, se llevaban a cabo en días de más acierto”⁶⁴.

La divergencia expositiva alcanzaba la escritura. En palabras de Figueroa Navarro, “Salillas es, siempre, la pasión, y en muchas ocasiones, la emoción”⁶⁵; pero no es precipitado en sus escritos. Madura sus obras y resultados⁶⁶. En sus críticas, personalizadas algunas, se expresa desde la impotencia; Cadalso desde el resentimiento. Son distintos incluso en el proceder crítico. La acritud de las palabras de Cadalso, el rencor que en ocasiones destilan, contrasta con la literatura optimista, frecuentemente irónica, de Salillas. La ordenada y plana explicación de Cadalso, formalista, a la búsqueda de términos absolutos, se contrapone a los saltos narrativos de un Salillas que gustaba de ese enlace evolutivo. Éste exige al lector una mayor energía sintética, pero ofrece siempre tesis luminosas, con sentido final. Los destellos de sus ideas los expone intercalados, buscando la sinopsis y la complementariedad.

Las formas importan. La presentación, la portada de sus obras, muestran asimismo la distancia ideológica, e incluso el interés por la diferencia. Cadalso siempre exhibe sus méritos, su indudable valía. Añade al título de cada publicación todo un rosario de créditos y merecimientos científicos e institucionales. Justifica su criterio con sus logros académicos. Todavía en 1921, cuando ya es reconocido, y lo ha sido casi todo, incluso Director general del ramo de modo interino, sigue firmando su obra, entre otras cosas, como Inspector General de Prisiones por oposición. Este modo de resaltar los éxitos por concurso u oposición se adecua bien a su personalidad, esforzada y rigurosa, exigente e inflexible. Le importa resaltar su distinción, su preparación, para alejarse de otros llegados a cargos de influencia por la cercanía con el gobernante de turno. Y desde su primera obra fundamental, cierta falsa modestia, en el final de *Estudios*⁶⁷, contrasta con esa portada, amalgamada de titulaciones y cargos, ostentando ya la dirección de la más

⁶⁴ Cfr. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 8

⁶⁵ Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del penitenciarismo...* ob. cit., p. 25.

⁶⁶ Así también lo expresaba Fernández Rodríguez. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª D.: *El pensamiento penitenciario...* ob. cit., p. 78.

⁶⁷ En sus palabras: “Si al llamamiento hecho, no por mí, que es impotente mi voz para salvar los límites de la humilde habitación en que escribo...”. Cfr. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 270; o, el mismo: *Principios de la colonización y Colonias Penales*. Madrid, 1896, p. III, escribía insincero sobre sí mismo: “Convencido de lo poco que valen mis escritos y de que en mis trabajos solo existe un buen deseo...”.

importante prisión modelo del momento. La antítesis se advierte en Salillas, quien llega incluso a caricaturizarse⁶⁸ en la de su trabajo “Quiero ser santo”, que publica, el 27 de diciembre de 1907, tras una de sus etapas más dulces de reconocimiento institucional, mientras dirige aquella misma prisión celular de Madrid.

Entre las materias concretas objeto de disputa científica cabe señalar como la de mayor trascendencia la relativa a los sistemas penitenciarios.

IV. EL UMBRAL DE LA DISTANCIA. EL REAL DECRETO DE 1901 VERSUS EL DE 1903.

Esta terminante bifurcación ideológica se conforma, especialmente, tras la promulgación del Real decreto de 18 de mayo de 1903. Hay un antes y un después de aquél en la discrepancia futura. Es el auténtico y definitivo punto de inflexión.

Aquella norma introdujo una ideología tutelar correccional que vino a enfrentarse a una inercia imparable⁶⁹. El sistema progresivo de cumplimiento de condenas se había instaurado, al fin, en nuestra legislación tan sólo dos años antes con el Real decreto de 3 de junio de 1901, de la mano de Fernando Cadalso. La quiebra que supuso entonces la normativa de 1903, le vinculaba⁷⁰. Esta divergencia es conocida en la profesión, si bien minoritariamente atendida en la bibliografía histórico-penitenciaria. Únicamente se percibe, en el número de marzo de 1954 de esta misma Revista, en el centenario del nacimiento de Salillas, una perspectiva clara de la citada divergencia en un párrafo de reconocimiento que expresaba el Dr. Eduardo Martínez, como sigue: “En su tiempo existían dos tendencias dentro del área de las soluciones al llamado problema penitenciario: una tendencia simplemente regimental, capaz del fecundo parto de unas nuevas ordenanzas de los presidios españoles, básicamente práctica, de rastrillos adentro, a tenor de la cual iban algunos penólogos espigando en el campo propio y en el ajeno sus conclusiones, y otra tendencia esencialmente científica, de profundo análisis del delincuente, del delito y de su terapéutica penitenciaria, y era la que encarnaba el pensamiento de Salillas, adelantado del progreso penitenciario”⁷¹.

El régimen progresivo había venido a ser, tras su plasmación en el Real decreto de 3 de junio de 1901, en sus vertientes teórica y práctica, el resultado de un largo proceso⁷². Se consagraba este régimen penitenciario, como señala Bueno Arús, “con cautelas, pero con más decisión que el R.D. de 23 de diciembre de 1889”⁷³. 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, que recuer-

⁶⁸ Con ilustraciones de Pedrero, su caricatura aparecía en la cubierta de “El Cuento semanal”, que contenía la obra. Vid., al respecto, RICO DE ESTASEN, J.: “Un libro de D. Rafael Salillas”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 37, abril 1948, p. 35.

⁶⁹ Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo...* ob. cit., p. 277.

⁷⁰ En palabras de Cadalso, el cambio se realizó súbitamente, con “aparatosas e impremeditadas novedades, que sólo ruido y perturbación causaron”. Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 588.

⁷¹ Cfr. MARTÍNEZ, E.: “Salillas, médico criminólogo”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 108, marzo 1954, p. 26.

⁷² Vid., in extenso, sus caracteres en CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., pp. 437 y ss.

⁷³ Cfr. BUENO ARÚS, F.: “Cien años de legislación penitenciaria (1881-1981)”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 232-235, enero-diciembre 1981, p. 72.

da posteriormente en Instituciones⁷⁴. Salillas lo conceptúa como “el sistema progresivo casero”⁷⁵, pero no cabe duda que la norma de 1901 tuvo sus partidarios⁷⁶, que apoyaron tal disposición en los años en que, en los círculos académicos, se empezaba a vivir el fervor tutelar⁷⁷.

En el procedimiento implantado cabía, en 1901, según disponía su Exposición de motivos, “dividir el tiempo de reclusión en períodos, a fin de que en ambos los reclusos rectifiquen su conducta mediante atinadas gradaciones, someténdolas en la progresión a un tratamiento en que sucesiva o simultáneamente actúe sobre su espíritu la acción del aislamiento, del trabajo, de la enseñanza primaria, religiosa e industrial, el rigor saludable de prudenciales castigos y el estímulo bienhechor de merecidas recompensas, a fin de que vayan poco a poco despertando en su conciencia el arrepentimiento de la culpa, y en su corazón el propósito de tornar a la honradez, preparándoles para la vida libre a medida que se acerque el fin de su condena”. Según la disección normativa, el régimen progresivo implantado se dividía, en virtud del artículo 3.º, en los cuatro períodos siguientes: 1.º Período celular o de preparación. 2.º Período industrial y educativo. 3.º Período intermediario. 4.º Período de gracias y recompensas. En desarrollo de tal organización, los artículos 4.º a 8.º establecían el contenido y duración de tales períodos, y el artículo 9.º vendría a regular el trascendente procedimiento de la progresión entre los mismos.

El Real decreto de 1903 introdujo un vuelco: la ideología tutelar correccional⁷⁸, y, con ella, una terminología dispar, adelantada, apuntando los elementos claves de

⁷⁴ Al igual que hiciera Salillas por medio de la Revista Penitenciaria, recuerda el autor su autoría en la elaboración del decreto de 1901, mencionando los términos del Marqués de Teverga al respecto. Así, transcribe: “Directamente ha podido apreciar el que informa (marqués de Teverga), la útil y provechosa labor del Sr. Cadalso, por haber servido éste a sus órdenes y haber colaborado en el estudio y redacción de las reformas...”. Cfr. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., p. 450.

⁷⁵ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”..., ob. cit., p. 27.

⁷⁶ Así, por ejemplo, entre otros, Albó i Martí ante la inauguración de la Modelo de Barcelona, expresaba al respecto: “Será este celular, pero acomodándose a la sabia disposición dictada por el Marqués de Teverga, en 1901, criticada, a mi humilde parecer, injustamente pues señala un verdadero e importante avance en la reforma penitenciaria”. Cfr. ALBÓ Y MARTÍ, R.: “La prisión celular de Barcelona”. Discurso leído en el acto de la inauguración oficial de aquella celebrado el 9 de junio de 1904. Barcelona, 1904, p. 14.

⁷⁷ Vid., al respecto, SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., pp. 274 y ss.

⁷⁸ Terminología también hallada en la obra de Pedro Dorado Montero. Vid. DORADO MONTERO, P.: Bases para un nuevo Derecho penal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 1923, pp. 13 y ss. El renombrado criminalista se hacía eco y valoraba asimismo la originalidad de la teoría criminológica salillista, como sigue: “(teoría) tan digna de estudio y aprecio, por no decir más, como cualquiera otra de las que por ahí corren acerca de las causas de la delincuencia”. Vid., al respecto, DORADO MONTERO, P.: “Sobre el último libro de Salillas y la teoría criminológica de este autor”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, año 1898, p. 493); y resaltaba, en otra parte, que “la más importante y esencial operación que requiere una administración de justicia penal con el nuevo indicado sentido de patronato y educación, es una operación de clasificación, ó, mejor dicho, de individualización y diagnóstico. Hay que saber de quien se trata; hay que cuidar mucho de individualizar al patronado, no confundiendo las especies; hay que saber bien de qué pie cojea, para no exponerlos a colocarle el aparato ortopédico donde no lo necesite, o donde le dañe más que le aproveche. No ha faltado en España algún gobernante progresivo que lo haya entendido así. Refiérome al Sr. Dato, que fue quien refrendó, siendo Ministro de Gracia y Justicia, una porción de disposiciones acertadísimas sobre materias penitenciarias; disposiciones tan bien orientadas que, de haberse cumplido estaría ya iniciada y hasta adelantada la reforma en este orden (...). Pero por ser acertadas esas disposiciones, ni se han puesto en práctica, ni hay miedo de que lo sean por ahora”. Cfr. DORADO MONTERO, P.: Los Peritos médicos y la Justicia Criminal. Madrid, 1905, p. 217. Vid., asimismo, al respecto de tal afinidad, GARCÍA VALDÉS, C.: Del presidio... ob. cit., p. 43, nota 97. Tal opinión de Dorado sería puesta de manifiesto por el mayor interesado en ella, por cuanto su participación en aquella normativa habría sido notoria. Así, Salillas, destacaba tal opinión del Catedrático de Salamanca con estos términos: “Las reformas más trascendentales que han alcanzado la sanción oficial, también han encontrado cerrada la puerta con la antigua fórmula de ‘se obedece’ pero no se cumple”.

la reforma en los primeros preceptos de la norma. El mismo Salillas señaló que su fin no era otro “que preceptuar el estudio del hombre en toda su vida penal”⁷⁹. Bastan tres artículos (1.º, 2.º y 6.º) para percibir la profunda transformación y su trascendencia futura. Así, se establecía en el artículo 1.º: “La privación de libertad, definidora del estado penal, será entendida como sometimiento forzoso del penado a un régimen de tutela, con el único fin de evitar el delito aplicando a los delincuentes un tratamiento reformador”. El artículo 2.º establecía las reglas como sigue: “Para hacer efectivo el cumplimiento de esta función social, se imponen las siguientes reglas: 1.ª Que la acción tutelar sea constante. 2.ª Que sea ejercida individualmente en cada penado. 3.ª Que obedezca a las indicaciones derivadas del conocimiento de los antecedentes y estado actual del penado, y que se encamine a reintegrarlo socialmente. 4.ª Que se aplique conforme a un procedimiento gradual, en orden restrictivo y expansivo”. El artículo 6 añadía: “El sistema a que se refiere el artículo anterior (en referencia al militarizado de la Ordenanza de 1834), será paulatinamente substituído por el de clasificación indeterminada, entendiéndose con esto que no se ha de obedecer, en general, a preceptivas generales, como la del delito, por ejemplo, sino a la agrupación por condiciones, en virtud del estudio individual de cada penado”. Entre los defensores de la norma salillista, Díaz Sánchez resaltó la capacidad de la Administración penitenciaria para “registrar escrupulosamente las concepciones de los penados. ¿No es este el fin primordial perseguido por el perspicaz Sr. Dato en el R.D. de tutela de 1903?”⁸⁰.

Cadalso ofrece entonces, al respecto, no obstante su característico rigor científico, algunos ejemplos de crítica sin fundamentar, estrechado por el encono. Y así se nos aparece la superficial que realiza en el Expediente de 1904 frente al recientemente implantado decreto salillista de 1903. Su equidistancia coetánea con Salillas tiene su punto álgido en aquel trabajo para la reforma penitenciaria. La mente de Salillas vislumbra un sistema transformador, atisba las tres dimensiones, la profundidad del cambio. Cadalso percibe el presente, la diaria necesidad, las urgentes reformas pero sin aquella fértil y renovadora visión de Salillas. Así interpretaba, desde su responsabilidad en el Negociado de Inspección y estadística, el preclaro decreto de 1903: “es, a mi entender, el mismo de 3 de Junio de 1901. Emplea el nuevo distintos términos de expresión, y cambia determinados nombres, llamando Junta correccional a lo que allí se designa con el de Tribunal de disciplina; que los penados se dividirán en secciones, en vez de períodos; que los vigilantes llevarán cuadernos, en vez de notas de conducta, etc.; pero en lo esencial, y hasta en su desarrollo, no se diferencian. En el Decreto de 1901 se establece el sistema progresivo, con su período de tratamiento individual, y para las Prisiones en que por su estructura no fuera aplicable la reclusión en celda, el de clasificación, que es lo mismo que en el de 1903 se hace. En este

Señalaba Salillas la postura aludida del “mayor y más prestigioso de nuestros criminalistas”, para continuar citándole en estos términos: “Uno de los decretos que más elogia el prestigioso profesor, también está incumplido ‘a la serie de aquellas (reformas) -dice- pertenece el muy notable Real decreto de fecha 18 de mayo de 1903, sobre Régimen de tutela y tratamiento correccional de los penados, en el que se propone como “único” fin de la privación de libertad el tratamiento reformador de los delincuentes con caracteres de acción tutelar constante, ejercida individualmente en vista de los antecedentes y estado actual del penado’ ¡Régimen de tutela y tratamiento correccional en las prisiones españolas! Eso es todavía un sueño generoso”. Cfr. SALILLAS, R.: La traslación... ob. cit., pp. 54 y 55; el mismo: “El año penitenciario 1907”..., ob. cit., p. 28.

⁷⁹ Cfr. SALILLAS, R.: “Informe del negociado de sanidad...” ob. cit., p. 151.

⁸⁰ Cfr. DÍAZ SÁNCHEZ, E: Bosquejo de etiología penitenciaria... ob. cit., p. 89.

se consignan algunas prohibiciones que no podrán practicarse, como por ejemplo que no se mezclen, ni aun en los patios, los reclusos de distintas secciones. En Santoña, verbigracia, que no hay más que un patio; en el Milagro y Pedrera, de Tarragona, que ocurre lo mismo; en algunos departamentos de Ceuta, como el Principal, Jadú, Enfermería, que se hallan en igual caso, y en el Acho, Barcas y Militares, que no le tienen (el patio), difícilmente podrá cumplirse la prescripción. También creo que quede sin cumplir lo relativo a la gimnasia que han de hacer los penados y enseñar los vigilantes en todos y en cada uno de los establecimientos”⁸¹.

Poco después, en la Voz “Ejecución de la pena privativa de libertad” de su espléndido Diccionario, no recoge el decreto de 18 de mayo de 1903. Sí lo hace en la relativa a “Sistemas penitenciarios”, y la crítica resuelta la lleva a cabo tras reproducir la normativa⁸², con estos términos de 1908: “Con esta institución ocurrió lo que con otras en la sazón aquella promulgadas, que obedecían al mismo pensamiento y formaban parte integral del plan de reformas progresivas que era posible llevar en nuestro país a la práctica. Y así como el decreto de 12 de marzo de 1903, creando la Escuela de Criminología, y el de 22 de abril del mismo año, llamado de la Sección directiva, desvirtuaron, aun cuando no pudieron destruir la acción renovadora del de 27 de mayo de 1901, todos ellos relativos al personal, así también el de 18 de mayo de 1903, copia imperfecta del de 3 de junio de 1901, detuvo el impulso de adelanto que éste último dio a los sistemas penitenciarios. Con el de 1901, se modernizó la Ordenanza de Presidios, y si se hubiera dictado el reglamento necesario para desarrollar sus principios, la reforma hubiera recibido un gran avance. Con el repetido decreto de 1903, se lograron dos cosas, a cual más contraria para el régimen de las Prisiones. Éste, el de 1903, en lo que tenía de novedad, no pudo cumplirse, por lo utópico e impracticable de sus preceptos; y aquél no tuvo aplicación, porque la dificultó el segundo. En el primero, en el de 1901, se creó el Tribunal de disciplina; en el segundo, en el de 1903, se creyó dar nota de originalidad, llamando a dicho Tribunal Junta Correccional. En esta parte no hubo otra variedad, puesto que los funcionarios de uno y otro son los mismos. Pero aquél Tribunal o esta Junta, que son la base obligada para la aplicación de todo sistema, por constituirse de las personas que tienen a su cargo la dirección y responsabilidad de los distintos servicios, sólo tuvieron una efectividad nominativa”. De igual forma, años más tarde, empedernido, todavía concluía que la norma de 1903 “omite la división de la pena en períodos que Crofton estableció al implantarla en Irlanda”; o que “detuvo la acción de la anterior con daño de la reforma, pero en vano se pretendió anularla”⁸³.

Ya he señalado⁸⁴ como tales críticas, si bien dejaron su huella, se quedaban en lo externo, sin entrar al fondo de la iniciativa, que suponía, de facto, establecer la indeterminación en el cumplimiento de las sentencias, mediante criterios individualizadores; y, con ello, la quiebra del rígido sistema progresivo impulsado por Cadalso.

La obra y diseño de Salillas plasmados en el Decreto de ideología tutelar de 1903 en, muy posterior y esta vez, feliz expresión de Rico de Estasen, significaba

⁸¹ Cfr. CADALSO, F.: “Informe del negociado de inspección...”, ob. cit., p. 47.

⁸² Vid. CADALSO, F.: Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones, 3 Vols., y dos suplementos, Madrid 1896-1908, pp. 885 y ss.

⁸³ Cfr. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., pp. 451 y 452.

⁸⁴ Vid. SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., p. 284.

una “síntesis de sus humanitarios afanes”, cuando vino a resaltar que “se trata, según opinión de sus biógrafos, de una de las contadas disposiciones, que enraizando su preámbulo con el pasado, afirman lo accidental y formulista de articulada en el presente, para proyectar el jugo de su íntima sustancia en el futuro”⁸⁵. El propio Director de la prisión escuela de Madrid, rescató el nombre de Salillas para otra interpretación⁸⁶, que rememoraba la figura de Montesinos, objeto de su propio trabajo de 1948⁸⁷, dotando incluso de mayor relevancia al mismo. Y es que, el nombre y prestigio de Salillas ha servido incluso para exhibir, desenterrado, cuarto de siglo más tarde la obra de alguno de sus antiguos alumnos, quien casi afinado en la Revista de Estudios Penitenciarios utilizaba el nombre del maestro y esta plataforma para publicitar su propia elaboración inédita. Así, Lasala Navarro, bajo el título “El último ruego de Rafael Salillas”⁸⁸, publicaba una suerte de recensión de su propio trabajo histórico-penitenciario realizada por Severino Aznar, haciendo mención a las últimas horas de Salillas y a su presumible intención continuista. Y no sería la única vez. El mismo Gregorio Lasala calca multitud de párrafos de Salillas, sin citar, en sus artículos acerca de los presidios o de personalidades penitenciarias como Abadía⁸⁹. Ejercicio desconcertante para quien se acerca al planteamiento primigenio.

V. LA EXPERIENCIA CUMBRE RESULTADO DEL ESFUERZO DE CADALSO. EL REFORMATARIO DE OCAÑA.

Tras el fracaso de la puesta en práctica del decreto tutelar de 1903, vigente ya el compilador nuevo ordenamiento de 1913, el Real decreto de 30 de octubre de 1914 vino a suponer el logro de un moderno diseño penitenciario reformador, material y sistemático, transformando la penitenciaría de Ocaña en Reformatorio de adultos con aplicación del régimen progresivo; y tal realización corresponde, sin duda, a Fernando Cadalso, a su impulso, tesón y firme convicción, en palabras de García Valdés, “interesado en plasmar su sueño y su realización”⁹⁰, ambicionada en mayor medida desde su vuelta de los Estados Unidos de América, tras las visitas que acompañaron al Congreso de Washington de 1910⁹¹. El resultado fue en términos del protagonista, “con notable diferencia, la mejor institución que tenemos en España y que puede competir ventajosamente con sus similares del extranjero”⁹². El modelo norte-

⁸⁵ Cfr. RICO DE ESTASEN, J.: “Salillas”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 27, junio 1947, p. 24.

⁸⁶ Vid. RICO DE ESTASEN, J.: “Rafael Salillas, Luis Morote y Mariano Marfil, apologistas del Coronel Montesinos”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 101, agosto 1953, pp. 45 y ss.

⁸⁷ Vid. RICO DE ESTASEN, J.: *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*. Alcalá de Henares, 1948, *passim*.

⁸⁸ Vid. LASALA NAVARRO, G.: “El último ruego de D. Rafael Salillas”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 49, abril 1949, pp. 40 y ss.

⁸⁹ Vid. LASALA NAVARRO, G.: “El teniente General Don Francisco Javier Abadía”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 33, diciembre 1947, p. 94.

⁹⁰ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...* ob. cit., p. 23.

⁹¹ El propio Cadalso reconoce la influencia americana y atestigua su estancia en aquel establecimiento. Vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 588 y nota.

⁹² Cfr. CADALSO, F.: *La actuación del Directorio militar en el ramo de prisiones*. Alcalá de Henares (Madrid), 1924, p. 51.

americano era el paradigma⁹³, si bien con una diferencia fundamental respecto del diseño de Elmira: la inaplicación de la sentencia indeterminada, eje del sistema americano y, en aquella época, de los planteamientos tutelares y salillistas.

Si la Escuela de Criminología supuso un elemento vertebral en el pensamiento de Salillas, el reformatorio de Ocaña, significó el anhelo y el logro de su antagonista⁹⁴; tras lustros de iniciativa constante en favor de aquél establecimiento⁹⁵. Todavía Cadalso en su obra más tardía, referida a la Actuación del Directorio militar, o incluso con mayor énfasis, por cuanto el régimen interno que implantaba respondía a ese espíritu, señalaba la importancia de aquella etapa. Antes de su viaje ultramarino, desde su trascendente visita como responsable de la Inspección, tras los sucesos de 1906, restableciendo el orden, reorganizando los servicios y planificando las reformas más urgentes, había surgido su interés por el impulso reformador de aquel establecimiento, mediante la construcción de un departamento celular, implantándose un sistema progresivo, resultado de su diseño personal. Hecho esto, en sus palabras -que, para este momento, sí recogen una semblanza positiva del mismo ministro que firmara el, denostado por él, Decreto salillista de 1903-: “lo conseguido obligaba a mayores adelantos y requería métodos más progresivos y de mayor eficacia, como los que se aplicaban con notorio éxito en los Estados Unidos, especialmente en Elmira (Nueva York), y se pensó en transformar la penitenciaría en Reformatorio de adultos, con tanto más motivo, cuanto que en España no existía ninguna institución de esta clase. Tal pensamiento y la consiguiente propuesta tuvieron favorable acogida en el ilustre Ministro de Gracia y Justicia, Presidente del Gobierno entonces, D. Eduardo Dato, y en 30 de octubre de 1914, se promulgó el Real decreto orgánico de dicho reformatorio”⁹⁶. Roldán Barbero señaló, por ello, cómo ese mismo año se culminaba la estructura prevista por Cadalso, pues “con la Libertad condicional y el Reformatorio de Ocaña, el sistema progresivo quedó consolidado en el penitenciarismo español”⁹⁷. Se enterraban las esperanzas de la sentencia indeterminada y de la individualización científica⁹⁸ y, ante esa inercia ya imparable, como concluye sin tacha García Valdés, “la ideología “tutelar” salillista poco podía hacer, sino impregnar poco a poco, silenciosamente, casi por la puerta de atrás, algunos elementos de tratamiento, diluida en la vorágine de períodos carcelarios tasados, prisiones gradualmente clasificadas y automatismo en la ejecución de la condena. Poco podía hacer... salvo, eso sí, esperar tiempos mejores”⁹⁹.

⁹³ Vid., por todos, al respecto del modelo reformativo original, DORADO MONTERO, P.: El reformativo de Elmira. Estudio de Derecho penal preventivo. Madrid, 1898, *passim*. El propio Dato así lo explica en la exposición motivadora del Real decreto de 30 de octubre de 1914. Vid., la Exposición, el articulado de la norma, y sus caracteres en CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., pp. 590 y ss.

⁹⁴ Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Del presidio... ob. cit., p. 31.

⁹⁵ Ya en 1904, en el Expediente para la reforma, se manifestó el entonces responsable del Negociado de Estadística, anotando las deficiencias que advertía pero dejando esperanza de convertir el penal en un establecimiento modelo de aglomeración. Vid., al respecto, CADALSO, F.: “Informe del negociado de inspección...”. ob. cit., pp. 21 y 22.

⁹⁶ Cfr. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., p. 588; con los mismos términos, el mismo: La actuación del Directorio... ob. cit., p. 50.

⁹⁷ Cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: Historia de la prisión... ob. cit., p. 120.

⁹⁸ El régimen previsto, según se desprendía de los artículos 5.º y siguientes, era el de un sistema progresivo, “gradual, de ascensos y regresiones, fundado en la conducta de los reclusos, en el trabajo, en la enseñanza, en las prácticas morales, en la educación física y en la instrucción militar”, con la posibilidad, para los que hubieran “extinguido las tres cuartas partes de la condena y hubieran observado conducta intachable, de pasar al cuarto período al efecto de proponerles para el beneficio de la libertad condicional” (art. 8.º).

⁹⁹ Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Los presos jóvenes... ob. cit., pp. 133 y 134.

VI. UNA DIVERGENCIA VINCULANTE: LA ESCUELA DE CRIMINOLOGÍA.

Otro de los cardinales desacuerdos entre ambos protagonistas llegaba con la instauración de la insigne Escuela de Criminología. Institución que supone, no obstante, y a la postre, una convergencia, por cuanto uno y otro formaron parte de la plantilla docente y ambos se sucederán en la dirección de la misma. Preclara institución, señalada fuera de nuestras fronteras, supone el eslabón de natural enlace entre la faceta criminológica y el ámbito penitenciario, la columna vertebral del pensamiento transformador de Salillas, su máxima ilusión y sus últimas energías.

La Escuela de Criminología, ubicada en las dependencias de la Cárcel Modelo de Madrid, se convertía, desde su nombramiento como Director de la misma en 20 de enero de 1906, en el estandarte de su iniciativa y, por representar el pilar que sustentara toda una nueva concepción de la ejecución penal, en el objeto de las críticas personalizadas del momento. Así la definía un doliente Salillas, frente a las detracciones que ya desde el Expediente de 1904 desplegaban Cadalso y sus incondicionales (“la enconada lucha”), como sigue: “Mi castillo roquero, la personal antipatía contra mí, la torre de todos los vientos desatados, la cúpula de todas las tronadas, lo fue, lo es y lo será una pequeña escuela, la Escuela de Criminología (...). Cuando se decretó le negaron 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 las obras; cuando todo estuvo hecho, le negaron el concurso y procuraron fomentar la huelga; cuando los aspirantes acudieron, le negaron confianza, le negaron eficacia; cuando fue eficaz el hecho, les negaron la posesión; cuando tuvieron la posesión, la enconada lucha quiso acudir en el asedio a 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”¹⁰⁰. Concluía, no obstante, al respecto, con estas palabras visionarias: “La Escuela de Criminología tal vez sea una conquista anticipada, pero es una conquista de los tiempos. Es algo delante de los que vivimos tan atrás”¹⁰¹.

Cadalso se enfrenta a ese diseño organizativo apartado de lo tradicional. Busca el corazón regimental, la administración organizada, y por ello desapruueba la falta de impartición de asignaturas como el Derecho Administrativo, etc., presentándolas éstas como “las más necesarias para esta clase de servicios (...), que son más apropiados y de mayor importancia en los establecimientos”¹⁰². No obstante, al respecto de la Escuela hay un Cadalso liviano en Instituciones penitenciarias, más cuidadoso en su censura a la dirección que todavía ostenta Salillas, que difiere mucho del que se expresa en el Congreso penitenciario de Valencia de 1909, cuando aún no forma parte del profesorado, y últimamente en su obra *La Actuación del Directorio*, ya desaparecido su antagonista, donde se diluye cualquier tibieza anterior. Tras promocionar el cierre de la Escuela en Valencia¹⁰³, en 1922 sólo aludía a “la necesidad de aumentar el número de los que han de enseñar, de ampliar los locales y de reorganizar el plan

¹⁰⁰ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 43.

¹⁰¹ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 44.

¹⁰² Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares*... ob. cit., pp. 827 y 828.

¹⁰³ El voto del Congreso valenciano, tan impulsado por Cadalso, vino a expresarlo su correligionario Eugenio Silvela, como sigue: “La Escuela de Criminología no responde a la satisfacción de verdaderas necesidades para al enseñanza del personal de Prisiones, por entenderse que hay otras necesidades urgentes del mismo personal a que atender. En su consecuencia, se propone la supresión de la Escuela”. Cfr. SILVELA, E.: *El Congreso penitenciario*... ob. cit., p. 17.

de estudios y consiguientemente el régimen interno de la institución”¹⁰⁴, pero no hablaba aún de la reglamentación desactivadora y del cierre, si no se llevaba a cabo, que exigía, ineludiblemente, en 1924. En cuanto a la dirección de la misma, afirmó que aquella nunca tuvo reglamento, “se rigió siempre por el criterio del Director, que en esta materia como en otras muchas fué poco afortunado, según evidenciaron con su fuerza incontrastable los hechos y según tuvimos la lealtad de decírselo repetidas veces, de sostenerlo en discusiones y en actos de Juntas y de consignarlo en nuestros libros, en tanto que se halló encargado del Centro docente”¹⁰⁵. Concluye el autor expresando un devenir, como sigue: “la experiencia nos enseña y la conciencia nos dice que la Escuela debe reorganizarse o suprimirse, y así lo proponemos a quien tiene facultades para hacer lo uno o lo otro”¹⁰⁶. Desde la dirección de la Escuela¹⁰⁷, que asume tras la muerte de Salillas, aquella resolución se precipitaba.

Se socavaba el sistema y la ideología que lo sustentaba. La justificación del supérstite Cadalso, la daba en estos términos: “las asignaturas no pueden explicarse con el deteni-miento ni con la extensión que su naturaleza demanda y que los concurrentes a la Escuela necesitan, para que resulte eficaz la acción docente, imponiéndose por ello, la necesidad de aumentar el número de los que han de enseñar, de ampliar los locales, y de reorgani-zar el plan de estudios y, consiguientemente, el régimen interno de la institución”¹⁰⁸.

Ya la propia Exposición motivadora del Real decreto de 12 de marzo, en un ejem- plo de pragmatismo inteligente, había dejado entrever las dificultades que podrían opo- nerse a la vida de la institución en estos términos: “(...) Si se tiene fe en que las ideas, por su propia virtualidad, son poderosas para transformar el mundo, como muchas veces se ha dicho, no puede regirse de modo alguno todo aquello que conduzca a encar- nar las ideas de renovación en agentes propagadores. De aquí la eficacia de lo educati- vo y la necesidad de un organismo educador, en lo que se funda la reiteración de la pro- puesta iniciada en 1844, trazada en 1889 y desenvuelta en preceptos y en intenciones ahora mismo, con la esperanza de obtener resultados fructíferos (...). Aun premiando la implantación de esta reforma, en cuya virtualidad se fundan tan legítimas esperanzas, no puede tener efectividad mientras los presupuestos generales del Estado no autoricen las asignaciones necesarias para desenvolverla, y para que esto ocurra es indispensable que se conozca con antelación y en toda su integridad el pensamiento que preside a la reorganización de los servicios penitenciarios, a lo que obedece el siguiente proyecto de decreto creando la Escuela Especial de Criminología...”¹⁰⁹.

La tibia presentación, el retoque balsámico que se le hace al Salillas homenajeado en la Escuela y en la Revista de Estudios Penitenciarios en el número de 1954, no oculta la

¹⁰⁴ Cfr. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., p. 829.

¹⁰⁵ Cfr. CADALSO, F.: La actuación del Directorio... ob. cit., p. 127.

¹⁰⁶ Cfr. CADALSO, F.: La actuación del Directorio... ob. y loc. cit.

¹⁰⁷ Respecto al Cadalso Director de la Escuela, Amancio Tomé Ruiz, generoso, quiso señalar “su formación excepcional, su talento, infatigable voluntad y perseverancia, hasta dar ponderadas soluciones, de sentido realista, a todos los problemas penitenciarios. Asumió la Dirección de la Escuela de Criminología así que este Centro supo orientar las enseñanzas a la formación de los funcionarios con arreglo a un plan más adecuado y completo”. Cfr. TOMÉ, A.: “D. Fernando Cadalso...” ob. cit., p. 8.

¹⁰⁸ Cfr. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., p. 829. Palabras reproducidas, asimismo, por José Rico de Estasen. Vid. RICO DE ESTASEN, J.: “La Escuela de Criminología. Ante el centenario del nacimiento de don Rafael Salillas”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 108, marzo 1954, p. 50.

¹⁰⁹ Vid. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA: La Reforma Penitenciaria. Disposiciones oficiales, 1902-1903. Madrid, 1903, pp. 38 y 39.

visión del régimen franquista respecto de la ideología y el concepto social del maestro¹¹⁰. El resultado final y la herencia diáfanos los describía Rico de Estasen en dos tibios trabajos, cuando señala el relevo que asume el penalista del régimen, un involucionado Cuello Calón¹¹¹, a cargo de la Escuela de Estudios Penitenciarios, “institución saturada de ciencia y de doctrina, abierta a las más modernas concepciones del espíritu, que recogió la herencia de Salillas adaptándola al criterio españolista y católico que informa la vida penitenciaria del nuevo Estado”¹¹². En otro lugar, el mismo autor, vino a confirmar esta tendencia inocuidadora de la ciencia laica con estos términos: “En dicho centro se estudiaban las asignaturas más adecuadas para el conocimiento de la vida humana, dando especial importancia a la investigación. Es de lamentar que a esta Escuela la faltase un espíritu de cristianización más definido para mejor adentrarse en las almas de los delincuentes”¹¹³. Por último, no deja de constatar que los avatares derivados de los cambios de régimen fueron determinantes para la final transformación de la antigua Escuela de Criminología en la Escuela de Estudios Penitenciarios, para terminar justificando tal acercamiento a la figura de su primer director, como sigue: “Don Rafael Salillas, tan alejado de nosotros en el tiempo y en el espíritu, es figura representativa y simbólica que conviene recoger en esta memorable fecha”¹¹⁴. La relevancia de la Escuela de Criminología, como resultado del esfuerzo de Salillas y como antecedente de la Escuela de Estudios Penitenciarios, se resaltaba por diferentes autores en ese momento pleno franquista. Con un comentario común. Se señala el uso que Salillas hacía a menudo de la conocida frase de Montesinos de que “el personal lo es todo y la regla secundaria”.

Parece que el Salillas de 1908 ve su etapa determinante con nostalgia, pero reconduce sus esfuerzos a impulsar aquella su última iniciativa notable. Pretendía, así, dotar de relevancia a la Escuela rescatando las iniciativas al respecto del Consejo Penitenciario, cuando estimaba que el mismo “señaló un rumbo en la cuestión de las cuestiones: en la del personal. Por de pronto y conforme a los señalamientos legales que quedan anotados, se pronunció a favor de la implantación de la Escuela de Criminología en la ponencia suscrita por los señores Canalejas, Labra y Dato”. En sus términos, el ministro García Prieto “de por sí y por su sola iniciativa decidió implantar la Escuela de Criminología”¹¹⁵, y de su reunión con el propio Salillas salió diseñado el marco profesoral que se encargaría de la docencia.

¹¹⁰ El órgano propagandístico que supuso la R.E.P., recogió para tal ocasión opiniones que, de soslayo o directamente, hicieron crítica mención a las ideas progresistas de Salillas, en frases como la que sigue: “don Rafael Salillas constituyó una preclara personalidad oscense, que no olvidó nunca sus lares. Por ello, Huesca debe recordar que, aparte de sus errores políticos, el doctor Salillas tuvo siempre en su pensamiento un gran amor al desvalido y a su tierra”. Cfr. A. F.: “En el centenario de don Rafael Salillas Panzano”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 108, marzo 1954, p. 39. Otra nota característica de que las corrientes ideológicas imperantes tras Cadalso y Cuello Calón no dejaron muchas oportunidades al reconocimiento del pensamiento y figura de Salillas, es que hasta casi cumplidos los tres cuartos del siglo XX, no se exhibía un retrato de Salillas en la Escuela, y ello pudo llevarse a cabo únicamente gracias al recuerdo de Rico de Estasen y desde que fuera Director General de Instituciones Penitenciarias don Jesús González Yerro. Vid., al respecto, ZAPATERO SAGRADO, R.: “Algo más sobre don Rafael Salillas...”, ob. cit., p. 136.

¹¹¹ Ya no era el Cuello de la Penología de 1920, ni aquel que fuera alumno de Dorado Montero, sino más bien como señala Asúa, “alumno que no discípulo”. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal...* ob. cit., pp. 878 y 893.

¹¹² Cfr. RICO DE ESTASEN, J.: “La Escuela de Criminología...”, ob. cit., p. 50. Artículo que prácticamente reproduce lo escrito por el mismo autor siete años antes.

¹¹³ Cfr. RICO DE ESTASEN, J.: “Salillas”... ob. cit., p. 26.

¹¹⁴ Se refería el autor a la conmemoración del LXVI Aniversario de Cuerpo de Prisiones. Cfr. RICO DE ESTASEN, J.: “Salillas”, ob. cit., p. 28.

¹¹⁵ Vid. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 30.

La influencia de Dorado Montero, desde el influjo que tuviera en la Institución Libre de Enseñanza, se dejó sentir, y mucho, en Salillas, en su ciencia y en su ánimo; y su doctrina penal, protectora, por ende, en los fundamentos teóricos que informaron la Escuela de Criminología. La frustración del Salillas ilusionado del momento¹¹⁶, se aprecia entonces al no poder contar finalmente con el profesor de Salamanca entre los docentes de la Escuela, al concedérsele la Cátedra de Derecho penal y Antropología a Aramburu¹¹⁷, tras haberle ofrecido aquél a Dorado incluso, en su segundo intento por traerle a Madrid, una libertad absoluta de cátedra a la hora de exponer su programa y procedimiento docente.

VII. LA TRASCENDENCIA DE LA INFORMACIÓN PRIMIGENIA.

Otro objeto de la crítica cadalsiana lo había sido el Anuario penitenciario de 1888. Siendo ya ministro José Canalejas y Méndez, 1889, se publica el Anuario penitenciario de aquel año, trascendente trabajo que elabora y redacta Salillas en seis meses de infatigable labor. Y su sello personal se advierte sin duda. En el fondo y en la forma. Su prosa es inconfundible. No se cita él mismo, como no aparece firma en aquél excelente trabajo recopilador explicativo de la evolución y situación penitenciarias, incluida toda la situación de Ceuta y el definitivo Real decreto de aquél año, pero sí hace mención, en el propio Anuario¹¹⁸ y posteriormente Salillas¹¹⁹, a la labor necesaria del Negociado bajo su responsabilidad, no sólo en la preparación del aludido Anuario sino, y con mayor relevancia, en el trabajo de recopilación de información y conformación del trascendente Real decreto de 23 de diciembre de 1889 que, a partir de aquellos materiales y dos viajes, el segundo de los cuales en compañía del Subsecretario Árias de Miranda, en octubre de 1889, “legalizó la situación consuetu-

¹¹⁶ Vid. DORADO MONTERO, P.: Bases para un nuevo Derecho Penal... ob. cit., *passim*. Manifestando tal vinculación, y haciendo referencia “al deseo de Giner de los Ríos y su grupo de vincular a Dorado Montero al cuerpo de profesores de la Escuela de Criminología”, vid. CARRERAS PANCHÓN, A.: “Rafael Salillas y Pedro Dorado Montero. Introducción a un epistolario”, en Albarracín, A./López Piñero, J. M./Granjel, L. S.: Medicina e Historia. Madrid, 1980, pp. 125-135; asimismo, GRANJEL, L. S./SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G.: Cartas a Dorado Montero. Salamanca, 1985, pp. 11 y ss. Como señalan los últimos citados, el propio Dorado emitió a Salillas un esquema o proyecto “y que este coincidía, en sus líneas maestras, con el elaborado por Giner de los Ríos lo atestigua el contenido de la carta de Salillas de 14 de marzo de 1903 en la que con mal oculto alborozo le anuncia el efectivo reconocimiento legal de la Escuela”. Cfr. GRANJEL, L. S./SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G.: Cartas a Dorado... ob. cit., p. 18.

¹¹⁷ Vid. GRANJEL, L. S./SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G.: Cartas a Dorado Montero... ob. cit., p. 19.

¹¹⁸ En sus palabras, sin firma: “La primera exploración en este sentido fue aconsejada por el Director general don Emilio Nieto, comisionándose en su época al jefe del Negociado de Higiene y Antropología (Real orden de 20 de mayo de 1889), para que fuese a Ceuta a estudiar las condiciones higiénicas de aquél presidio. Diéronse conocer con tal motivo (La vida penal en España), las singularísimas condiciones del presidio de Ceuta, y tomó carácter oficialista tendencia reformista, a partir de la siguiente Real orden dirigida al Subsecretario don Fermín Calbetón”. Reproduce, de seguido, dicha Real orden de 28 de agosto de 1888, la factibilidad de “el planteamiento de una organización penitenciaria en nuestras posesiones de la costa septentrional de África, que puede tener como base la creación de colonias penales en las plazas de Ceuta y Melilla, reservando los presidios menores del Peñón, Alhucemas y Chafarinas para depurar las poblaciones de esas dos colonias de sus elementos incorregibles”. Y finalizaba como sigue “A este fin, la Reina (...), ha tenido a bien disponer se realicen sin demora los trabajos preparatorios nombrando para que se formule el proyecto de organización, con todo género de informaciones, al Auxiliar de la Sección de Penales del Ministerio, Jefe del Negociado de Higiene y Antropología, D. Rafael Salillas, quien en un período de tiempo que no excederá de dos meses, presentará el estudio terminado”. Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: Anuario Penitenciario Administrativo y Estadístico. Año natural de 1888. Madrid, 1889, p. 198 (cursiva en el original).

¹¹⁹ Vid. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 21.

dinaria de Ceuta”, instaurándose un sistema progresivo con sustento normativo. En palabras posteriores del ministro que refrendaba la norma: “se organiza la colonia penitenciaria de Ceuta no copiando, ni en poco ni en mucho, la preceptiva del sistema progresivo irlandés, sino traduciendo en preceptos legales lo que espontáneamente había ido manifestando la tradición”¹²⁰. La otra señal que apunta a Salillas en aquella capaz elaboración histórico-legislativa y estadística, viene de la mano del propio Canalejas, cuando afirma: “Con ser uno de los más enérgicos y laboriosos obreros de la administración el auxiliar a quien encomendé que confeccionara el *Anuario Penitenciario*, y me refiero a D. Rafael Salillas, para que conociese el empeño que yo quería poner en la realización de la obra, empecé por mandar a su despacho al impresor, con la orden terminante de que no se retirara sin que le diesen original”¹²¹. Es 1889, pero Salillas ya había sido reconocido dos años antes, hacia 1887, cuando el ministro Manuel Alonso Martínez le distinguió confiándole la última mano en su Proyecto de Ley de prisiones¹²². Aquél útil Anuario, en cuanto fue obra de Salillas, no obstante habría de estar, inevitable, en el punto de mira de la postrera crítica de Cadalso, en 1924¹²³, quien minimizaba su aportación, sin atender a las palabras de Eduardo Dato, al respecto, concluyentes: “obra que por muchos conceptos, se puede calificar de excelente y utilísima”¹²⁴.

VIII. OTRA MEDIDA PARA LA DISTANCIA: LA TRASLACIÓN DE LOS PRESIDIOS NORTEAFRICANOS Y LA CONQUISTA ESTEPARIA O COLONIZACIÓN INTERNA.

El penal del Dueso y la traslación de penados para la colonización interna, ha sido, en la historia penitenciaria española, otro de los reverses por lo que no pudo ser. La traslación de los miles de penados residentes en Ceuta se convertía en una medida de urgencia. Sánchez de Toca es el nuevo ministro que promueve la publicación del Expediente general para la reforma penitenciaria y el que funda el Consejo Penitenciario, nombrando a Salillas consejero y el resto de los miembros a éste Secretario General¹²⁵. En lo relativo a la colonización externa *versus* colonización agrícola o interior, Salillas defenderá sus posturas ante las de su opositor, Cadalso, plasmadas en el Expediente para la reforma, acudiendo para ello a la autoridad de lo dispuesto por el Consejo Penitenciario y de sus ilustres intervinientes, en contra de la colonización externa y en favor de las iniciativas salillistas, como era la traslación al Dueso¹²⁶.

¹²⁰ Cfr. CANALEJAS Y MENDEZ, J.: “La reforma penitenciaria. Recuerdos y propósitos”, en *Revista Penitenciaria...* Tomo II, 1905, ob. cit., pp. 370 y 371.

¹²¹ Cfr. CANALEJAS Y MENDEZ, J.: “La reforma penitenciaria. Recuerdos y propósitos”..., ob. cit., p. 486 (curiosa en el original).

¹²² Vid., al respecto, SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”..., ob. cit., p. 20.

¹²³ Vid. CADALSO, F.: La actuación del Directorio... ob. cit., pp. 16 y 17.

¹²⁴ Vid. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA: La Reforma Penitenciaria... ob. cit., p. 20, esencialmente la Exposición al Real decreto de 19 de enero de 1903, que creaba el Servicio de Estadística penitenciaria, del que se haría cargo Cadalso.

¹²⁵ Señala Antón que hubo acierto en el nombramiento de los consejeros, “de los tres designados había técnicos como Salillas, Lastres y Valdés; otros eran políticos de distintas procedencias, habiendo sido algunos ministros, y fueron también presidentes del Consejo Canalejas, García Prieto, Dato”. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: “Don Rafael Salillas”... ob. cit., p. 208.

¹²⁶ Vid. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., pp. 34 y 35.

La idea de la colonización interna o agrícola, como una actividad abierta entronca con la actualidad, con el impulso a los sistemas abiertos y a la externalización de la actividad laboral penitenciaria. Y el desarrollo de la Colonia penitenciaria de Santoña se iba a convertir en otro de los entusiasmos de Salillas. La puesta en práctica de aquél su interés temprano¹²⁷, ilusionado por aquella posibilidad, y en la continuidad de la iniciativa y del trabajo desplegado por él mismo en Ceuta. De ahí su tesón. Atendiendo al porcentaje muy superior de penados con profesiones agrícolas y jornaleras¹²⁸, Salillas apadrinaba la solución de la colonización interna con este argumento: “La prisión que, según M. Rivière, produce los efectos patológicos que Ferri atribuye únicamente a la celda, es mucho más dañina, mucho más insalubre para los que proceden del “trabajo al aire libre” (...). Si el fin de la pena, o mejor dicho, de tratamiento penal es el de la reintegración social del delincuente (...) está claro que uno de los modos de reintegración consiste en hacer al individuo más apto para la vida de lo que antes lo era, dotándolo de medios más eficaces que los que tenía”¹²⁹. El Dueso impulsaba, por ello, una nueva dirección; y el trabajo de la tierra al aire libre, en palabras de Castejón, “en un país como el nuestro, eminentemente agrícola¹³⁰”, resultaba una experiencia frustrada tan sólo unos años más tarde¹³¹, frenándose una dinámica que “habría contribuido poderosísimamente a la solución del pavoroso problema de nuestra reforma penitenciaria”¹³².

Las críticas no tardarían en llegar, antes incluso de iniciarse el diseño y la organización. Pero Salillas ha sido un pilar estable, influyente, que ve pasar y cesar ministros y directores generales y no se abate fácilmente. A ellos pretende otorgar los méritos o al menos la autoridad institucional, si no la iniciativa en cuestiones discutidas como la traslación de los presidios norteafricanos. En enero de 1908, concluye Salillas el artículo que, para el último número que terminó siendo de la Revista Penitenciaria, recogía sus avatares en el Consejo Penitenciario y los cargos que en los recientes años le habían sido otorgados. La principal cuestión que el ya Director de la Escuela de Criminología trata en este extenso trabajo, es la relativa a la traslación de los presidios del norte de África. La primera iniciativa, fallida debido a la “oposición catalana”, fue la de utilizar el Castillo de San Fernando de Figueras, que habría de admitir finalmente los penados procedentes de la prisión de Tarragona, tras los disturbios allí ocasionados. Cadalso argumenta y personaliza al respecto: “se mandó habilitar en 1906 un presidio, en contra de nuestra opinión y del sentir de la comarca, y en contra de todo principio de ciencia penitenciaria. Significó y significa otro yerro parecido a los de Ceuta y del Dueso y aconsejado por el mismo inspirador”¹³³.

¹²⁷ Vid. SALILLAS, R.: La vida penal... ob. cit., pp. XXVI y XXVII.

¹²⁸ Vid., la estadística que aporta, en 1904, el Expediente para la reforma penitenciaria, en SALILLAS, R.: “Informe del negociado de sanidad penitenciaria”... ob. cit., p. 182.

¹²⁹ Cfr. SALILLAS, R.: “Informe del negociado de sanidad penitenciaria...” ob. y loc. cit.

¹³⁰ Cfr. CASTEJÓN, F.: La legislación penitenciaria española. Madrid, 1914, p. 447.

¹³¹ Todavía en 1919, expresaba Navarro de Palencia: “estamos organizando la Colonia industrial y agrícola del Dueso (Santoña) desde hace ocho años y aún no sabemos lo que hacer de ella”. Cfr. NAVARRO DE PALENCIA, A.: Socialismo y Derecho criminal. Madrid, 1919, p. 171; o en 1920, el mejor Cuello, señalaba cómo “la única colonia penitenciaria, destinada a fines de colonización penitenciaria, pero aún en vía de formación, fue creada por Real decreto de 6 de mayo de 1907”. Cfr. CUELLO CALÓN, E.: Penología Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución. Madrid, 1920, p. 210.

¹³² Cfr. CASTEJÓN, F.: La legislación penitenciaria... ob. cit., p. 449.

¹³³ Cfr. CADALSO, F.: La actuación del Directorio... ob. cit., p. 43; con anterioridad, el mismo: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., pp. 251, 261, 423 y ss.

Con anterioridad, expresaba, tras criticar el desacierto al crear obras nuevas y especialmente en relación al Dueso, pero con una relativa falsa modestia: “Muy al contrario de tal proceder fue siempre nuestro criterio, que en todo momento hemos defendido, aunque sin resultado y con contrariedades. Más como tal criterio, modesto desde luego, por ser nuestro, pero inspirado en el mejor deseo, tenía y tiene por base la realidad, ésta se ha encargado de demostrar que es temerario ir contra ella y ha impuesto como sanción a los desaciertos y a las quimeras el más completo fracaso, que el Erario paga ha subido precio”¹³⁴. Y en su trabajo más lastrado, menos objetivo, concluía delatando un completo desconocimiento acerca de la verdadera paternidad del trascendente decreto para Ceuta, cuando vino a decir: “En 23 de diciembre de 1889, el ilustre señor Canalejas, dictó un Real decreto, que constituye una de las páginas más brillantes de nuestra literatura penitenciaria, por virtud de la cual se convirtió el viejo presidio de Ceuta en colonia penal, estableciéndose allí el sistema progresivo (...), pero en mayo de 1907 se promulgó otro, en el que colaboró un entusiasta de la colonia africana y de su sistema, al crearse, por virtud del cual se dispuso la supresión de la referida colonia y el traslado de los penados a la península. A esto obedeció la desacertadísima creación del que nos ocupa”¹³⁵.

La urgencia de la medida a adoptar exigió, en cualquier caso, otra localización. El Consejo penitenciario, pesándole a Cadalso, moderadamente controlado por Salillas, tomaba aquella decisión. Y en la Escuela de Criminología tuvieron lugar reuniones de relevancia, como las que llevaron a cabo Lorenzo de la Tejera y Rafael Salillas organizando los Planos y el proyecto de la penitenciaría del Dueso. Salillas se referirá más tarde a la inteligencia de La Tejera a la hora de plasmar una idea de interés que parecía también anticiparse al tiempo en relación con el concepto de centro Tipo, polivalente, actual: “el proyecto consiste en haber conciliado la preceptiva celular con la expansión al aire libre. Es una penitenciaría agrupada simétricamente como una población, con espaciosas calles y plazas. Es una combinación, no solamente original, sino compatible con todas las exigencias expansivas de la higiene”¹³⁶.

El definitivo traslado de los penados de los presidios norteafricanos a Santoña, se dilucida en reunión matinal que mantiene Salillas con el entonces recién llegado Ministro de Gracia y Justicia, Conde de Romanones, el día 21 de julio de 1906¹³⁷. Dos días más tarde, Salillas se dirigía a inspeccionar Santoña, telegrafando al ministro “con la afirmativa de que habría posible solución, para trasladar los Presidios de África a Santoña”. El mismo autor nos reconduce al tipo de prisión que deseaba ver implantado con estos términos: “Me identifico con toda la corriente penitenciaria moderna, que se acoge a la fórmula del trabajo al aire libre, y el Dueso me impresionó favorablemente por esa circunstancia. Es un sitio aislado, expansivo y seguro: seguro sin necesidad de murallas”¹³⁸. Argumentaba a su favor, asimismo, las opiniones de M. Griffiths y Concepción Arenal de la mejor ubicación de una prisión. Incluso justifica tal elección atendiendo a las bondades que prefiere del sistema progresivo. Así, explicaba: “En las Prisiones comprendidas en el sistema de Crofton, los establecimientos se desdoblaban en el trabajo industrial

¹³⁴ Cfr. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., pp. 261 y 262.

¹³⁵ Cfr. CADALSO, F.: La actuación del Directorio... ob. cit., p. 42.

¹³⁶ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 41.

¹³⁷ Vid. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 7.

¹³⁸ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 9.

y en el trabajo de obras públicas y de agricultura. El Dueso en virtud de un abonado conjunto de relaciones, se prestaba a desenvolverse en un mismo establecimiento las dos actividades”¹³⁹. No obstante, Salillas pretendía escapar de lo que podría entenderse una opción personalista, habida cuenta de las críticas que de mano, por ejemplo, de Cadalso, ya había recibido, justificando tal opción en el Proyecto de Ley de Colonias penitenciarias agrícolas que el día 26 de febrero de 1906 se había presentado al Senado por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Manuel García Prieto¹⁴⁰, articulando la ponencia que el 15 de julio de 1904 Moret llevó a cabo ante el Consejo Penitenciario¹⁴¹, abordando los dos aspectos que interesaban, el penitenciario y el de repoblación del territorio. En suma, Salillas explicaba que “la traslación de los Presidios de África fue entendida, no como un trasiego, sino como una cuestión penitenciaria planteada íntegramente”¹⁴². El mismo reconoce, en cualquier caso, su paternidad en aquella solución traslativa, su responsabilidad y su defensa de la misma frente a la oposición de Cadalso y otros¹⁴³. En sus términos: “Yo manifesté la indicación del Dueso como una solución posible; yo mantuve la solución del Dueso después de visitarlo; yo renové la tendencia; yo reiteré firmemente ese criterio contra un criterio opuesto; yo señalé todas las orientaciones favorables en el orden penitenciario y en el económico; yo colaboré asiduamente con mis medios; yo contribuí a anular las oposiciones y a vencer los obstáculos”¹⁴⁴. Cadalso no cesaría en su invectiva contra esta posibilidad.

La gestación de tan decisiva tendencia y tan dilatada discrepancia, tenía lugar meses antes. Ya director Salillas de la modelo de Madrid, su primera reunión con el Ministro siguiente, el Marqués de Figueroa, es fructífera en la puesta en común de proyectos y conceptos. La traslación de los presidios de África será uno de los objetivos. Ese mismo día, asiste a la toma de posesión del Director general de prisiones D. Ángel G. Rendueles, quien se incorporaba tras Juan Navarro Reverter y Gomis. El punto de no retorno, determinante en la divergencia, el primer desencuentro personal directo entre Cadalso y Salillas, que no por escrito, pues ya había quedado plasmada tanta desavenencia en el Expediente para la reforma de 1904, tuvo lugar ante el Director General, en aquella reunión del 6 de febrero de 1906. De ello da noticia el propio Salillas aludiendo a la presencia del Inspector General en ese debate donde se contrastaron verbalmente las posturas impresas, y donde recibe Salillas aluvión de críticas, en sus términos, “apasionadas”¹⁴⁵. Terminaría Salillas presentando su solución del Dueso, tan cri-

¹³⁹ Cfr. SALILLAS, R: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 10.

¹⁴⁰ Vid. “Consejo Penitenciario”, en *Revista Penitenciaria*, Tomo III, pp. 180-194.

¹⁴¹ Vid. “Consejo Penitenciario”, en *Revista Penitenciaria*, Tomo II, pp. 14-17, donde el Sr. Moret, señalaba que “una colonia penitenciaria puede realizar forma gradual y ordenadamente los siguientes fines: 1.º Las obras hidráulicas para establecer los riegos; 2.º La labor agrícola para establecer los cultivos; 3.º La labor urbana para constituir núcleos de población”. Este planteamiento tuvo, en la misma reunión, el apoyo de Silvela, Lastres, el Conde de San Simón o el Marqués de la Vega de Armijo, que entendieron que había que, con mesura, había de procurarse que se llevara a la práctica, indicándose así al Gobierno.

¹⁴² Cfr. SALILLAS, R: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 12.

¹⁴³ Así, por ejemplo, influenciado por Cadalso, Eugenio Silvela censuraba la iniciativa del Dueso tras su visita que cita en julio 1910, de la que opina: “Allí no ha habido ni habrá más riqueza que la encerrada en la imaginación de los comisionados presididos por Rendueles”. Cfr. SILVELA, E.: *El Congreso penitenciario*... ob. cit., p. 14.

¹⁴⁴ Cfr. SALILLAS, R: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., pp. 78 y 79.

¹⁴⁵ El propio Salillas afirma al respecto: “Nuestro Director General, como buen conocedor de las luchas, seguramente en el mismo sentido en que para su efectividad las define Novicow, de lentas e irracionales las unas, y de rápidas y racionales las otras, pidió en concreto soluciones y se dieron, unas, tomadas del Informe A, y otras, tomadas en parte del citado Informe B”. Cfr. SALILLAS, R: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 34.

ticada después por Cadalso en sus obras -no en vano, vio en aquel instante su autoridad, de inmediato inferior jerárquico al Director general, disminuida-, y aceptada la propuesta Salillista por el propio Rendueles, quien le encargaba a Salillas la plasmación del Proyecto conforme a aquellas ideas.

El 16 de febrero, tras varias reuniones de Salillas con el Director General relativas a la traslación de los presidios norteafricanos, por Real Orden se nombra a aquél integrante de la comisión encargada de esa cuestión, que incluía al Director General de Prisiones, Rendueles, y al, leal a Salillas, Comandante de ingenieros Lorenzo de La Tejera y Magnin¹⁴⁶ (en representación del Ministerio de la Guerra). En términos de Salillas, por entonces Jefe de Administración de segunda clase y Director de la Prisión celular de Madrid (en representación del Ministerio de Gracia y Justicia), “la Comisión asumió de pronto todos los particulares de la traslación, lo mismo los de concesión de residencia, que los referentes al Dueso y también los del Castillo de Figueras”¹⁴⁷. Ante las críticas posteriores la autoridad final, por elevación, y el impulso institucional los afirma Salillas respecto del Marqués Alvaro de Figueroa y, por delegación, en Rendueles, a quienes quiere dotar de la relevancia necesaria. Del mismo modo acentúa el respaldo del Consejo de Ministros, por cuanto en su reunión de 14 de febrero se daba a conocer por el Ministro de Gracia y Justicia y se aceptaban tales iniciativas de traslación, además de nombrarse el Consejo Penitenciario¹⁴⁸. No obstante, iba a ser el momento de la pugna entre las dos ideas y es al Director General a quien toca resolver. Salillas le reconoce esa iniciativa cercana a sus planteamientos. Al respecto, hay que suponer que el carácter administrativo jerárquico y la subordinación inherente al cargo, han sido las circunstancias que nos impiden haber leído a un más esforzado Cadalso, introduciendo en sus críticas ante aquellos planteamientos a los responsables institucionales directos, de quienes provenían las instrucciones que Salillas se encarga de delimitar. El objeto de aquellas diatribas, que se personaliza en la obra de Cadalso, se circunscribe casi exclusivamente a Salillas.

La Revista penitenciaria se convierte en el medio transmisor de aquélla, como de otras de las iniciativas de Salillas. El recordatorio de su actividad profesional e institucional lo hará el propio Secretario general del Consejo por ese medio oficial, como instrumento de desquite, de descargo, de testimonio personal con datos y fechas¹⁴⁹, tras “tres años de campaña objeto de campaña difamatoria llevada contra él por los tres órganos de publicidad del Cuerpo de Prisiones”¹⁵⁰; así, no solamente en lo relativo a su participación científica o actividad como consejero, sino también en su labor más discreta como gestor cuando tuvo lugar, haciendo mención, por ejemplo, incluso, a los ahorros conseguidos en el Negociado de Sanidad¹⁵¹. Y tal medio servía

¹⁴⁶ Vid. DE LA TEJERA Y MAGNIN, L.: *Estudios Penitenciarios desde el punto de vista del ingeniero*. Madrid, 1916, pp. 87 y ss.

¹⁴⁷ Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 37.

¹⁴⁸ Como se recuerda en las crónicas de la Revista penitenciaria, “conforme al plan expuesto por el Ministro de Gracia y Justicia ante el Consejo de Ministros, y aprobado por éste, la traslación de los penados de África y la reforma penitenciaria se ligan inseparablemente, no una reforma meramente gacetable, sino inmediatamente efectiva”. Cfr. “Crónica de Asuntos Oficiales”, en *Revista Penitenciaria*... Tomo IV, 1907, p. 123.

¹⁴⁹ En sus palabras: “el hablar de mí no es vanidad, sino exigencia histórica. He sido factor de los acontecimientos, y aún más que serlo me lo han hecho ser mis enemigos, y esto implica decir que estaba sólo, pero además sitiado”. Cfr. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., p. 42.

¹⁵⁰ Cfr. SALILLAS, R.: “Consejo Penitenciario” en *Revista Penitenciaria*... Tomo V, 1908, ob. cit., p. 336.

¹⁵¹ Vid. SALILLAS, R.: “El año penitenciario 1907”... ob. cit., pp. 23 y 24.

entonces para reflejar las discordancias con Cadalso y para justificar sus posturas en el ámbito penitenciario institucional. Las críticas no se habían hecho esperar y la sombra de aquél se adivinaba alargada. Como ejemplos para su defensa se mencionan, contra el artículo publicado “Caso de alarma social” que le censuraba, su contestación bajo el título “Caso por caso”¹⁵². Y para rebatir a “Lo que pasa en las cárceles. -Al Sr. Director de penales-”, noticia de un alboroto en la Prisión de Madrid bajo su dirección que le sorprendiera en Galicia, Salillas presentaba “El caso de la Prisión Celular de Madrid”¹⁵³, también en la Revista Penitenciaria.

La misma resultó un instrumento utilísimo de difusión de la ciencia penitenciaria patria y de interés foráneo, que podía atestiguar Francisco Lastres, quien mantenía continuado vínculo con Francia para el envío de los números. Terminaba de publicarse, no obstante, en su tomo quinto, en su número de 1908. Y las razones apuntan al desánimo y a la censura que recibe Salillas, casi su único sostenedor y redactor, en reunión del Consejo Penitenciario de 9 de mayo de 1908¹⁵⁴, así como al torcido interés de sus opositores y superiores jerárquicos. Las críticas proceden del Director General Rendueles, ya muy influenciado por el Inspector General, Cadalso, cuando pretende “señalar una queja respecto a ciertas publicaciones que han aparecido en los números de la Revista Penitenciaria correspondientes al presente año”, haciendo referencia implícita al número primero, que incluía el artículo referido al Año penitenciario de 1907, y servía de alegato personal de Salillas “tras veintiocho años de activa intervención en las cuestiones penitenciarias”. El propio Salillas (cuyo ímprobo compromiso había sido el de redactar 65 hojas mensuales para la revista, ya firmándolas con su nombre ya con pseudónimos como el de Cristóbal Cerdán de Sandoval¹⁵⁵, o el de Mateo Tedesco¹⁵⁶, entre otros), defendería su trabajo escrito ante el Consejo aquél día de mayo.

Conforme pasa el tiempo mayor es el contenido de la discrepancia de Cadalso respecto de la obra y pensamiento de Salillas. Se anquilosa su criterio y se buscan, por su parte, nuevas motivaciones para la divergencia, por cuanto si en el origen las desavenencias entre ambos se reconducían a puntuales cuestiones, tanto en su obra de 1922 como en la de 1924, Cadalso ofrece otras muchas razones para el disenso; que, a nuestra vista, surgen innecesarias, resentidas. Hay, además, determinados errores en algunos datos y fechas que aporta Cadalso, usualmente tan minucioso, que sorprenden, que hoy nos parecen insertados de propósito, desconsiderados, esquivos, ¿en la intención de minusvalorar el evento, o en la de dificultar el acceso al mismo? Así, por ejemplo, no se advierte en la fe de erratas de sus Instituciones Penitenciarias el mes de marzo que señala para el decreto de 18 de mayo de 1903, que tanto le afectó. O cuando cita textuales párrafos de Salillas sin nombrarle bajo la fórmula “se ha dicho”, y adjudica fechas erróneas de publicación de los mismos¹⁵⁷. Parece que el Cadalso de 1922 demuestra así la indiferencia que le permite su posición y

¹⁵² Vid. SALILLAS, R.: “Caso por caso”, en *Revista Penitenciaria...* Tomo IV, pp. 412-433.

¹⁵³ Vid. SALILLAS, R.: “El caso de la Prisión Celular de Madrid”, en *Revista Penitenciaria...* Tomo IV, pp. 577-597.

¹⁵⁴ Vid. SALILLAS, R.: “Consejo Penitenciario”, en *Revista penitenciaria...* Tomo V, ob. cit., pp. 334 y 335.

¹⁵⁵ Vid., a modo de ejemplo, SALILLAS, R.: “Sección Doctrinal: Sobre el Discurso del Excmo. Sr. D. Joaquín Sánchez de Toca”, en *Revista Penitenciaria...*, Tomo I, 1904, pp. 193-199.

¹⁵⁶ Vid. SALILLAS, R.: “El caso de la prisión celular de Madrid”, en *Revista Penitenciaria...*, Tomo IV, 1907, pp. 577-597.

¹⁵⁷ Así, por ejemplo, vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 365, cuando, para criticarlos, reproduce las palabras de Salillas, sin nombrarle, respecto a la Ordenanza de 1834 y las sitúa en 1919 cuando son del libro, que así mismo no cita, *Evolución penitenciaria* fechado en 1918, y específicamente del tomo segundo, páginas 581 y ss.

autoridad institucional del momento. Incluso se advierte en él cierta actitud revanchista, reinterpretando circunstancias históricas o normativas pretéritas en la búsqueda de la diferencia, respecto de la visión Salillista publicada de las mismas. Desarticular las aportaciones de Salillas al estudio de la evolución penitenciaria parece la consigna. Y esto se ha dejado notar en el desconocimiento de algunas cuestiones por la doctrina penitenciarista posterior. El vacío institucional que, desde la desaparición de Salillas y especialmente a partir de reafirmarse la influencia de Cadalso¹⁵⁸, en posteriores decenios se hizo de la obra penitenciaria salillista, colaboró a tomar como referencias fundamentales las que ofrecía el gran especialista Cadalso, cuyas publicaciones, mucho más sistemáticas para el estudio de la disciplina, sí fueron objeto de atención y reconocimiento posterior continuado¹⁵⁹. Consecuencia trascendente de ello es el desconocimiento mostrado por numerosos autores de los principios individualizadores del Decreto de 1903. Cadalso había minimizado su relevancia, arrinconándolo, como asimismo hiciera con el de 1913, en cuanto se separara del de 1901, de su creación, y lo hacía así cuando concluía, como ejemplo, al respecto en su obra más rotunda y sintética: “En 18 de Marzo de 1903, se promulgó un nuevo Real decreto tan sobrado de palabras como carente de ideas, aparte la capital, que en realidad fué la única, de combatir el anterior. Consta de 47 artículos y no tuvo ninguna eficacia. Se le llamó de tutela y de reforma, y ni tuteló ni reformó”¹⁶⁰.

IX. OTRAS CONSIDERACIONES Y DISENSOS EN LA EXÉGESIS HISTÓRICO-PENITENCIARIA.

El principal cuerpo normativo en la ejecución penal del s. XIX, la Ordenanza general de los presidios del Reino de 1834, va a ser objeto también de cierto debate entre ambos autores. Una vez más, Fernando Cadalso revisa y critica la Ordenanza tras el realce que hiciera de la misma Salillas. Hemos dicho que hay un Cadalso distinto en Instituciones que el que se muestra en Estudios. Pero la normativa objeto de estudio es la misma. En Estudios penitenciarios, Cadalso afirmaba: “es el cuerpo con más lógica y mejor sentido hecho”¹⁶¹. No parece fácil cambiar tan radicalmente respecto a una materia objetiva como la legislación y su interpretación ya realizada por él, a sus treinta y cinco años de edad. Hay algo más, posterior. Hay una búsqueda de la diferencia. Constante en Cadalso desde 1904. Y el Cadalso de 1922 se olvida de los conocimientos que mostró en 1893. Se despega de los mismos y ejercita la crítica, desarmando minuciosamente los párrafos de Salillas¹⁶². Pero se trata de un despiece parcial y mecánico, sin atender al significado último de lo afirmado por su oponente.

El recuerdo de la labor de Ramón de la Sagra, es otro ejemplo de pesquisa bibliográfica como instrumento para el descrédito. Publicaba en 1920, Salillas, su *Inspiradores de Concepción Arenal*¹⁶³, realzando la figura intelectual de La Sagra,

¹⁵⁸ El mismo año de la muerte de Salillas, es nombrado Cadalso Director General, el 2 de diciembre de 1923, llegando a encabezar la responsabilidad del Ministerio de Gracia y Justicia de septiembre a diciembre del mismo año, tras la supresión de los cargos de Ministros y subsecretarios.

¹⁵⁹ En palabras de García Valdés, “loado como el supremo erudito en el estudio de nuestro Derecho penitenciario, que puso orden en su historia”. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...* ob. cit., p. 24.

¹⁶⁰ Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 443.

¹⁶¹ Cfr. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 43.

¹⁶² Vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., pp. 365 y 366, texto y notas.

¹⁶³ Vid. SALILLAS, R.: *Inspiradores de Concepción Arenal*. Madrid, 1920, pp. 16 y ss.

redescubriéndole y resaltando su aportación a la reforma penitenciaria; y, seguidamente, en 1922, Cadalso expone su parecer¹⁶⁴, intentando minimizar el hallazgo, que estima poco innovador.

Otra cuestión polémica es la referida a la institución de los cabos de vara¹⁶⁵. Salillas ya los criticaba en *La vida penal*¹⁶⁶ o en *Quiero ser Santo*, como así lo señala después Rico de Estasen¹⁶⁷, asimilándoles al cómitre de las galeras. Si el cambio se advierte en las opiniones de Cadalso respecto a determinadas parcelas, entre sus primeras y sus últimas obras, otras cuestiones permanecen intactas. Un ejemplo de la prelación regimetal que evoluciona en la concepción penitenciaria de Cadalso, es su pragmático interés por el régimen disciplinario, cuando en esta materia le lleva a valorar positivamente a tales cabos de vara¹⁶⁸, expresando: “La nociva corriente de filantropía y sentimentalismo, más que exagerados, ridículos, de los últimos años, que ha hecho ver en el cabo un ser duro, cruel y atormentador, recriminando y hasta execrando el uso de la vara, como si los presidiarios fueran ángeles, pidiendo para ellos todo halago y todo mimo. ¡Ah! si los que así predicaban hubieran de practicar, muy otras serían sus doctrinas”¹⁶⁹. No obstante, el mismo autor, como se recordó supra, años antes había delineado sus precauciones ante el “estado legal” de estos reclusos, acerca del cual afirmaba: “Es el mismo que el de sus otros camaradas sin galones; la desconfianza que inspiran a la opinión es idéntica; sus tendencias son análogas; sus aspiraciones y propósitos muy poco distintos del resto de la población penal. Suelen a veces distinguirse por ser bastante peores que los simples corrigendos, aprovechando para abusar las circunstancias favorables en que se les pone y la propicia ocasión que se les brinda. Y no puede ocurrir otra cosa. Con galones o sin ellos siempre resultan penados, y ese distintivo en las mangas, no apaga el ansia de libertad ni tiene virtud suficiente para regenerarlos y hacerles tan dignos y tan rectos que, hallando la oportunidad, no claudiquen”¹⁷⁰.

Pero de mucha mayor relevancia surge la polémica relativa a la utilidad intangible de la Deportación. En relación con el concepto de la medida, si un renombrado Dorado Montero no llegaba a establecer definitivamente lo que la deportación era¹⁷¹, sí rescataba la polémica y los amplios caracteres de tal pena¹⁷², inclinándose por su inaplicación, en contra de los criterios del especialista Cadalso. En cualquier caso, si el fracaso de la iniciativa salillista de la colonización interna o agrícola tuvo finalmente lugar, también resultaba un fiasco el impulso reiterado de Cadalso por la colonización externa¹⁷³.

¹⁶⁴ Vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., pp. 235 y ss.

¹⁶⁵ Vid., al respecto, ampliamente, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo...* ob. cit., pp. 225 y ss.; y, recientemente, GARCÍA VALDÉS, C.: *La ideología correccional...* ob. cit., pp. 91 y ss.

¹⁶⁶ Vid. SALILLAS, R.: *La vida penal...* ob. cit., pp. 194 y 198.

¹⁶⁷ Vid. RICO DE ESTASEN, J.: “Un libro de D. Rafael Salillas”... ob. cit., p. 38.

¹⁶⁸ Vid. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 69.

¹⁶⁹ Cfr. CADALSO, F.: *Diccionario...* I, ob. cit., pp. 483 y 484; en igual sentido, aludiendo al desconocimiento de la práctica, el mismo: “Informe del negociado de inspección...” ob. cit., p. 92.

¹⁷⁰ Cfr. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios...* ob. cit., p. 73.

¹⁷¹ Vid. DORADO MONTERO, P.: *El Derecho protector de los criminales*. Tomo II. Madrid, 1915, p. 283.

¹⁷² Vid. DORADO MONTERO, P.: *El Derecho protector...* Tomo II, ob. cit., pp. 368 y ss.

¹⁷³ Su obra incluye, desde la segunda parte de *Estudios penitenciarios*, en 1895, una parcela específica en esta materia que recupera en posteriores trabajos, acogiendo similares criterios favorables a la deportación. Vid., al respecto, CADALSO, F.: *La pena de deportación. La colonización...* ob. cit., *passim*; el mismo: *Principios de la colonización y colonias penales...* ob. cit., *passim*; el mismo: *Voz “Deportación y deportados”*, en *Diccionario...* Tomo II, 1903, ob. cit., pp. 16-34; el mismo: *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., pp. 75 y ss.

García Valdés ha resaltado el respeto que infundía Cadalso “incluso cuando se equivoca, al defender la deportación”¹⁷⁴. Pero su obra en relación con el tema es amplia y documentada. Años de trabajo mantuvieron una inercia en su defensa de la institución. Había dejado Salillas en su Vida penal una semilla y una sugerencia acerca de lo útil que sería un estudio monográfico de la deportación¹⁷⁵. Pareciera recibirla Cadalso, por cuanto tras Estudios penitenciarios, obra en la que todavía revela palabras de admiración hacia su después oponente, la siguiente obra de relieve que emprende será la pena de deportación y la colonización por penados¹⁷⁶. A favor de tal pena, ya por entonces se enfrenta a posiciones consolidadas, incluso cuestionando a su reconocida Concepción Arenal, quien optaba por el más útil establecimiento de un completo sistema penitenciario. En el concepto de la prócer, España carecía de “medios morales ni materiales para fundarlas”¹⁷⁷. Cadalso, que piensa en Ceuta y en el progresivo, se opone a Arenal juzgando que los principios de los que parte la autora, “el exceso de filantropía que la domina, y su exaltación por el bien, la llevan a conclusiones que distan mucho de la realidad”¹⁷⁸. Su autoridad se dejaría entrever por la acogida de su mismo criterio todavía en el Congreso Penitenciario Nacional de Valencia de 1909¹⁷⁹.

En cuanto a la polémica relativa a la utilidad o no de la pena de deportación, la elección entre colonización externa o interna surgía definitivamente en sesión del Consejo Penitenciario de 14 de junio de 1904, en la que Valdés Rubio, favorable en muchas cuestiones a Cadalso, expuso una ponencia referida a la traslación de los presidios nor-afroamericanos, pero enfocada al modo de instalar dichos presidios en Fernando Poo, Annobon, Elobey y los territorios del Muni. En contra se manifestaron Salillas y Ugarte, desechando con ello la colonización externa¹⁸⁰. El propio Salillas expresaba, con argumentos comparados, en su Informe al Expediente para la reforma penitenciaria de aquél año su concepto contrario a tal modo de colonización¹⁸¹. Esta materia será de tal compromiso para Cadalso que, entre las sucintas citas a Salillas, que lleva a cabo en su obra, una iba a ser la referida a la deportación y a los criterios que éste defiende, criticándole y manifestando una vez más su terminante apoyo a tal instrumento penal¹⁸².

¹⁷⁴ Cfr. GARCIA VALDÉS, C.: Del presidio... ob. cit., p. 31; acerca de la deportación y de la polémica doctrinal de finales del s. XIX, vid., más recientemente, SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo... ob. cit., pp. 88-110.

¹⁷⁵ Vid. SALILLAS, R.: La vida penal... ob. cit., p. XXIV, cuando afirma: “merece que lo estudiemos y lo sometamos a minuciosa observación, pues entre nosotros hay opiniones afirmativas y negativas, todas respetables, pero ningún estudio concluyente en que apoyarse para rechazar la reforma penitenciaria esta solución que puede ser ventajosa si se establece con un fin social y en condiciones económicas admisibles”.

¹⁷⁶ Vid. CADALSO, F.: La pena de deportación y la colonización por penados, Madrid, 1895.

¹⁷⁷ Cfr. ARENAL, C.: “Las Colonias Penales de la Australia y la Pena de Deportación...” ob. cit., p. 83, y en Obras Completas. Madrid, 1895 y 1896, p. 134.

¹⁷⁸ Cfr. CADALSO, F.: Principios de la colonización y colonias penales... ob. cit., p. 73.

¹⁷⁹ Cuyas resoluciones, partidarias de la aplicación de la pena de deportación, reflejo evidente de las opiniones de Cadalso, incluían la reducción de las penas de cadena, reclusión y relegación a una sola de deportación con trabajo forzoso en un sistema progresivo, proponiéndose Fernando Póo como la posesión más apropiada para ello y debiendo aplicarse tal pena a los reos de cadena y reclusión y a los delincuentes graves habituales con más de tres reincidencias. Vid., al respecto, CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., pp. 83 y ss.; CUELLO CALÓN, E.: Penología... ob. cit., pp. 207-210.

¹⁸⁰ Vid., al respecto, SALILLAS, R.: “Consejo Penitenciario”, en *Revista penitenciaria*, Tomo I, 1904, pp. 72 y 73.

¹⁸¹ Vid. SALILLAS, R.: “Informe del negociado...”, ob. cit., pp. 182-184. En contra, aún en 1908 Cadalso ofertaba todavía tales conocidos y rechazados territorios, como sigue: “La pérdida de nuestras colonias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, imposibilita la creación allí de estos establecimientos; pero aún existen territorios en la Guinea española, en Fernando Póo y en el Muni, donde pueden aplicarse los principios que expusimos en el comentario que en el Diccionario se hizo (Tomo I, págs. 691-694)”. Cfr. CADALSO, F.: Suplemento al Diccionario... ob. cit., Madrid, 1908, p. 157.

¹⁸² Vid. CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares... ob. cit., pp. 80 y ss.

Otras de las cuestiones diferenciales lo fueron las relativas al concepto de criminales incorregibles y a la pena de muerte. La aceptación de la existencia de penados incorregibles es, así, otro de los índices que muestran la separación entre ambos modos de afrontar la ejecución penitenciaria. Cadalso atendía en sus obras al fin de la enmienda de los penados, e incluso para ello hacía valer escogidos criterios correccionistas, pero desde el convencimiento de la existencia de reclusos enteramente incorregibles. Contra los mismos, como señala Roldán Barbero, “resultaba baldía cualquier pretensión moralizadora”¹⁸³. Algo bien distante de la intención tutelar correccional de principios de siglo. Si bien el lenguaje que utiliza Cadalso, en su primera obra de relieve, es perceptiblemente cercano al salillista respecto de las tipologías de los delincuentes y sus caracteres en prisión, su consideración se distanciaba en esta materia. Se anclaba en un positivismo inalterable. Criterio que, contrariamente, aún sostendrá años más tarde. Salillas, sin embargo, varía su opinión desde su primera aproximación a la cuestión en *La Vida penal*¹⁸⁴. Contra la opinión de Cadalso, en el Congreso de Valencia de 1909, en el que éste fue partícipe y protagonista, como resaltaba Díaz Sánchez, se estudió y fue rechazada “la proposición impía e irracional de que hay criminales incorregibles”¹⁸⁵. Y, no obstante, un año más tarde, aún defendería Cadalso la incorregibilidad de algunos delincuentes, contra la ponencia encargada de sintetizar el contenido de las memorias presentadas en el Congreso penitenciario de Washington al que acudía en representación de España. Empecinado, allí sostuvo la existencia de tal modalidad de criminales, y en su favor argumentó que lo sostenían, asimismo, la escuela positivista italiana, algunos Congresos internacionales (a diferencia de las conclusiones de Valencia de un año antes) y su propia experiencia¹⁸⁶.

Por otro lado, acompasado con lo anterior, Cadalso mantuvo en sus obras y participaciones en Congresos la utilidad de la pena de muerte¹⁸⁷. Tal aceptación o el recuerdo de “las útiles galeras, las provechosas minas, los laboriosos arsenales y los trabajadores presidios”¹⁸⁸, para compararlos con la situación de finales del s. XIX es otro índice de la jerarquía de valores que en su concepto tuvieron el protagonismo. Y se mantuvo en ellos¹⁸⁹. Salillas, en cambio, veía inútil la eliminación absoluta, siguiendo el pensamiento abolicionista sostenido por otros como José Canalejas o Dorado

¹⁸³ Cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: Historia de la prisión... ob. cit., p. 119.

¹⁸⁴ En un primer momento, todavía positivista, Salillas afirmaba: “En tres categorías debe dividirse la población penal como base de la organización penitenciaria. Primera: la de los que deben ser educados y a estos pertenecen algunos de los jóvenes delincuentes. Segunda: la de los que pueden ser reintegrados, contándose entre ellos los delincuentes por pasión y los de ocasión. Tercera: la de los que deben ser eliminados, y son los delincuentes natos y los incorregibles”. Cfr. SALILLAS, R.: La vida penal... ob. cit., pp. XXII y XXIII. En cualquier caso, la eliminación que prescribe es la relativa, la deportadora.

¹⁸⁵ Vid. DÍAZ SÁNCHEZ, E: Bosquejo de etiología penitenciaria... ob. cit., pp. 48 y 94.

¹⁸⁶ Vid. SILVELA, E.: El Congreso penitenciario... ob. cit., p. 21.

¹⁸⁷ Vid., a modo de ejemplo, CADALSO, F.: El anarquismo y los medios de represión. Madrid, 1896, pp. 14 y ss., y 29 y ss., proponía combatir la criminalidad anarquista mediante la aplicación de la pena de muerte; opinión que mantuvo, en uso limitado, a modo de ejemplo, tras su viaje a los Estados Unidos de América, del que diera noticia el New York Times el 25 de mayo de 1913, y refleja Tomé en su semblanza del personaje. Vid. TOMÉ, A.: “D. Fernando Cadalso y Manzano”... ob. cit., p. 13.

¹⁸⁸ Cfr. CADALSO, F.: Estudios penitenciarios... ob. cit., pp. 213 y 216.

¹⁸⁹ Amancio Tomé recuerda “su recio carácter, digno siempre, consecuente e invariable”, viviendo “ochenta y un años con los mismos pensamientos, sin cambiantes ni variantes”. Cfr. TOMÉ, A.: “D. Fernando Cadalso y Manzano”... ob. cit., p. 11.

Montero al respecto de la pena capital, aunque en un momento de su biografía pudiera parecer convergente con su rival científico, cuando defiende la actuación estatal en el proceso del anarquista Ferrer, si bien desde otras consideraciones, lo que le granjeará más tarde opiniones favorables entre los autores más oficialistas del régimen franquista¹⁹⁰, que para otras cuestiones no le reconocen. Al respecto, en su defensa, Díaz Sánchez en 1913, amparando el trabajo y la gestión de Salillas en la celular de Madrid, expresó con ironía: “Salillas, el radicalísimo Salillas quedó absuelto de los errores cometidos en la Cárcel Modelo al defender la honra y la dignidad de la patria contra las insidias de los defensores de Ferrer”¹⁹¹. Los demás que se le imputaron han de someterse a un análisis cuidadoso que, tomando como base la información precedente, dejamos para otra ocasión.

CONCLUSIONES.

El sistema progresivo de condenas, y su estabilización, vino a significar la esencia del conflicto entre dos personalidades divergentes, aun entregadas a su quehacer científico y práctico. Salillas ya lo conocía, sabía de sus virtudes y defectos, vislumbraba sus posibilidades. Se aplicaba en Europa. Como conocía, de primera mano, la versión hispana, aun sin Ley de Libertad condicional, procedente de la realidad ceutí. ¿Por qué razón Cadalso, capacitado como ningún otro para entender la renovación que impulsaba Salillas, buen conocedor de la teoría y la práctica de la ejecución penitenciaria, se opuso tan dogmáticamente a las perspectivas que aportaba el diseño tutelar? Esa corriente creciente de censura de la obra y resultados de Salillas que impulsara Cadalso desde entonces, se contempla con mayor intensidad en su obra más madura. Empero, la legítima discrepancia no es el problema. Hay algo más, personal, porque uno de los fundamentos principales de la polémica, la posibilidad de desarrollar la sentencia indeterminada en el ámbito penitenciario, la individualización científica, sí había sido objeto de interés tras la obra de Dorado Montero acerca del reformatorio de Elmira, modelo que Cadalso admira y la doctrina del momento reconoce en el Congreso penitenciario valenciano; y emprende así la consecución de su transplante, finalmente incompleto.

El genio de Salillas trascendía los muros de la prisión teórica que eficientemente administraba y proyectaba Cadalso. Subyace un salto cualitativo diferencial que aventuraba un sistema a aplicar sobre un terreno conceptual inhóspito, y un ámbito material ayuno de capacidades presupuestarias. Y ello se va a plasmar y percibir como en ninguna otra época en la redacción legal, dejando aquella su impronta en el estilo de la norma renovadora de 1903. Tal determinación personal e implicación reformadora solamente será advertida tres cuartos de siglo más tarde.

¹⁹⁰ El rescate de la figura en la defensa de su pensamiento y actividad profesional se advierte, no obstante, sin entrar al fondo del pensamiento penitenciario, pero resaltando su carácter y personalidad así como su patriotismo en defensa del gobierno de Maura tras las críticas por el proceso a Ferrer, en un artículo del mismo año de Rody. Vid. DE RODY, A.: “El carácter, la devoción y el patriotismo del gran penólogo don Rafael Salillas”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 111, julio-agosto 1954, pp. 57 y 58. Con anterioridad, y quizá sirviendo de fuente a De Rody, del mismo modo resaltó tal comportamiento el Subdirector de primera clase Díaz Sánchez. Vid. DÍAZ SÁNCHEZ, E.: *Bosquejo de etiología penitenciaria...* ob. cit., p. 100. No obstante, tal “patriotismo” lo denominó, Asúa, con mejor criterio, “independencia de espíritu”. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal...* ob. cit., p. 870.

¹⁹¹ Cfr. DÍAZ SÁNCHEZ, E.: *Bosquejo de etiología penitenciaria...* ob. cit., p. 100.

Cadalso y Salillas se lamentaron repetidamente en sus obras de la falta de continuidad en las reformas y, sin embargo, su alternancia derivó en rumbos muy lejanos del consenso. Se trataría de dilucidar, pues, si un desencuentro personal pudo ser tan concluyente, tener la suficiente entidad como para comprometer el futuro de un sistema. Los modelos personalistas pueden ser inteligencia, pero, como los que se elaboran recónditos, casi anónimos, como la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, adolecen de falta de transparencia, de aportaciones enriquecedoras, y sólo potencian el sectarismo. Salillas gastó su energía en recalcar el consenso institucional surgido hacia sus iniciativas. El Consejo penitenciario es su aval. Mantuvo éste un espíritu rector, un impulsor de iniciativas que buscaba, con convicción ilustrada y con pasión, la aquiescencia personalizada en ministros y directores generales. La entrevista continuada, el frecuente contacto intelectual y el duro trabajo diario. Su reconocimiento descansó, desde sus inicios, en su infatigable labor puertas adentro, no en su académico balance. Canalejas dibujó expresamente al Salillas de entonces, aplicado y diligente. Cadalso justifica su trabajo en la experiencia externa y en la autoridad que se le atribuye, que se iba despejando conforme Salillas desaparece de la escena de influencia. Desde la visión de hoy, sobrecoge asistir a una determinación personal como aquella, capaz de frenar un proceso evolutivo, o al menos de distanciarlo en el tiempo, por el criterio inamovible y el encono particular. Salillas hubo de convivir, en su soledad, con las detracciones, tuvo intermitente el apoyo institucional, pero no dispuso del impulso y seguimiento necesarios en las etapas determinantes. Cadalso lo encontró diáfano para la aplicación del progresivo, evidente sistema ya acreditado y demandado.

Si el modelo de la Ley Penitenciaria ha podido interpretarse, acertadamente, como casi revolucionario desde una perspectiva histórica¹⁹², ¿qué calificativo quedaría para la iniciativa tutelar tratamental Salillista en el momento en que se planteaba? Como señalé al comienzo de estas líneas, el modelo que adoptó el legislador de 1979 recuperó los mimbres salillistas y cadalsianos, 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 inoquización y la incapitación selectiva que parecen cernirse sobre nuestra órbita cultural.

¹⁹² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: "La contrarreforma penal de 1995", en VV.AA.: QUINTERO OLIVARES, G. /MORALES PRATS, F. (Coords.): El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra, 2001, p. 418.

Ábel Téllez Aguilera
Magistrado. Doctor en Derecho

Las condecoraciones penitenciarias

I. INTRODUCCIÓN: UNA MIRADA A LOS ORÍGENES PARA ENTENDER EL PRESENTE.

Todo pueblo civilizado ha contado siempre con un sistema premial tendente a reconocer públicamente a los mejores. En Egipto ya los faraones recompensaban a sus súbditos mediante la entrega de collares de oro en los que se colgaban símbolos de los animales sagrados. Fueron, no obstante, los griegos, quienes instituyeron lo que podría ser el primer antecedente remoto de lo que hoy conocemos como condecoraciones. La *φαλαρα* era, en un principio, unas abolladuras en relieve que se lucían en el casco militar como reflejo de un mérito contraído con las armas, desde donde evolucionaría hasta convertirse en una placa circular o en forma de media luna metálica que, con la misma finalidad, se colgaba de los arreos del caballo.

Pero serán, como no podía ser de otra manera, los romanos quienes vertebrarán todo un sistema normatizado sobre las condecoraciones. Heredando la terminología helena, crearon las llamadas *Phalerae* o faleras¹ que tenían el mismo diseño metálico circular que sus homólogas griegas, si bien se sujetaban en la coraza frontal de los soldados y oficiales, y más tarde en la toga de los altos dignatarios romanos. Estaban realizadas en bronce, plata o plata dorada, y en el centro solían lucir imágenes de dioses como Mercurio, Júpiter, Minerva o Marte. Han sobrevivido pocos ejemplares hasta nuestros días, pero existen numerosas lápidas funerarias de soldados condecorados en Roma. Así, en Cirencester (Inglaterra) se descubrió la lápida del centurión Marcus Caelius de la XVIII legión, quien portaba cinco *phalerae*, varios *arnillae*, otra condecoración militar en forma de brazaletes, y dos *torques*, unos anillos con laureles grabados que colgaban de los hombros; en sus manos portaba un *asta pura*, jabalina

¹ Que las *Faleras* sean consideradas las primeras manifestaciones históricas de las condecoraciones es lo que explica que la moderna afición consistente en su colección se denomine “Falerística”, recibiendo el aficionado el nombre de “falerístico”, al estilo de los que reciben otros coleccionistas (numismáticos para los de monedas, filatélicos los de los sellos...).

de oro y plata grabada que consistía en uno de los más altos premios al valor, y en la cabeza lucía una *corona cívica*, recompensa que se concedía a quien había salvado la vida a un ciudadano romano.



Debemos, asimismo, destacar que el sistema premial romano también conoció el denominado *vexillum*, consistente en una banda de color púrpura que, sin duda alguna, se alza como el antecedente directo de las bandas de las grandes cruces que conocemos en la actualidad.

La herencia romana propició que la instauración de órdenes y condecoraciones, hoy extendida por todo el mundo, no sea sino un sistema premial específico que se gesta y desarrolla, sobre todo a partir del siglo X, en la Europa Occidental. Y es que, en efecto, será a partir de dicho siglo, y durante medio milenio (entre la Primera Cruzada y la Reforma), cuando la aparición de las *Órdenes Militares de Caballería* improntará de forma indeleble esta materia². Con claras raíces religiosas y militares, las citadas Órdenes provocarán la fusión entre la alta nobleza (los únicos que en época de penuria económica podían pagar un caballo, el arnés y las armas) y los caballeros o hijosdalgos, produciéndose con el tiempo una evolución que supondrá que sus insignias se transformen en verdaderas condecoraciones, es decir, en marcas de honor.

A partir del siglo XIV, cuando el Islam deja de ser el enemigo a combatir y el arte de la guerra arrincona a la caballería en pro de nuevas tácticas militares, se produce

² Sobre las Órdenes de Caballería, ampliamente: CONTAMINE, Ch., *La guerra en la Edad Media*, Barcelona, 1984; DE ARVIZU, F., “La Caballería como clase social y como forma de vida”, en *Estudios sobre el ejército, política y Derecho en España (Siglos XII a XX)*, Madrid, 1996, págs. 11 y ss.; DUBY, G., *Guerreros y campesinos. El desarrollo inicial de la economía europea 500-1200*, Madrid, 1976; Del mismo, *Los tres órdenes o lo imaginario del feudalismo*, Madrid, 1992; FOSSIER, R., *La sociedad medieval*, Barcelona, 1996; GERBET, M.C., *Las noblezas españolas en la edad Media. Siglo IX-XV*, Madrid, 1997; HUIZINGA, J., *El otoño de la Edad Media*, Madrid, 1961; KEEN, M., *La Caballería*, Barcelona, 1986; VV.AA. (coordinados por M. C. Iglesias), *Nobleza y sociedad en la España Moderna*, Madrid, 1996-1999; VV.AA., *La Nobleza peninsular en la Edad Media*, León, 1999.

una decadencia del ideal místico-religioso que la Caballería representaba y un creciente debilitamiento de los vínculos feudo-vasallísticos, lo que propiciará que príncipes y soberanos se vean en la necesidad de fortalecer los lazos con sus vasallos y feudatarios principales. Surgen así las llamadas *Órdenes Capitulares* (por reunirse periódicamente en capítulo), *Caballerescas o de Collar y de Fe*, en las que el príncipe se convierte en el Gran Maestro de una cofradía, puesta en advocación de una Virgen o santo protector, que integra a una serie de caballeros unidos por unos fortísimos lazos de fidelidad ilimitada manifestada en el porte de sus insignias³ y que, a fin de cuentas, darán estabilidad política al reinado o principado en cuestión: será el caso de la Orden de la Banda⁴ (Alfonso XI de Castilla, 1330), la de la Jarretera⁵ (Eduardo III de Inglaterra, 1348), la de la Estrella (Juan II de Francia, 1351)...., y cómo no, la Insigne Orden del Toisón de Oro, establecida por Felipe el Bueno, Duque de Borgoña, en 1430, considerada hoy la más alta distinción que se otorga en nuestro país⁶.

Después de las Órdenes de Caballería y de las Órdenes Capitulares serán las llamadas *Órdenes de Mérito* las que representen el tercer escalón de una evolución que llevará a las condecoraciones en su concepción actual. Y es que la caída del Antiguo Régimen provocó, como es sabido, la de la sociedad estamental, por lo que ya no podía sostenerse un sistema premial basado en las cualidades nobiliarias de los agraciados. La sangre deja, pues, paso a los méritos personales como presupuesto para el reconocimiento público. Ahora los monarcas premiarán, mediante las Órdenes de Mérito, a los súbditos sobresalientes, sean éstos civiles o militares. Se hereda de las Órdenes caballerescas y capitulares su simbología, organización y denominaciones (así, por ejemplo, se sigue otorgando el título de caballero), pero la filosofía que las sustenta es muy otra; la lucha a ultranza contra el infiel y la puesta de la vida en favor del Gran Maestro son ya historia⁷.

³ En un principio los miembros eran obligados a portar siempre y de forma ostensible las insignias de la orden, como prueba del fuerte vínculo que les unía, insignia que solía ser un collar (de ahí que también se les conozca como Órdenes de Collar) que se llevaba sobre los hombros, alrededor del cuello, y del que pendía el joyel emblemático de la Orden. Con el tiempo, y por obvias razones de comodidad, se fue abandonando el uso cotidiano del collar y sustituyéndolo por el simple joyel colgado de un cordón o cinta, e incluso, por el bordado de la placa sobre el traje de ceremonia.

⁴ Sobre la misma, ampliamente, DE CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., *La Orden y Divisa de la Banda Real de Castilla*, Madrid, 1993.

⁵ Sobre el origen de esta Orden, la leyenda explica que fue un incidente en la Corte británica lo que motivó su creación. La bella condesa de Salisbury perdió su jarretera (liga) en un baile y el Rey Eduardo III, galante, se apresuró a devolvérsela, levantando su falda y colocándola en el lugar oportuno. Las murmuraciones fueron cortadas con la creación de esta Orden que incluía el lema en oro: "Honi sois, qui mal y pense" (Pícaro es el que piensa mal).

⁶ Sobre la Insigne Orden del Toisón de Oro, aparte de una ingente bibliografía histórica (GÓMEZ DE CIUDAD REAL, A., *De Militia principis Burgundi quam Velleras aurei vocant*, Toledo, 1540; CHIFFLET, J. J., *Insignia gentilitia equitum Ordinis Velleras Aurei*, Amberes, 1632; MOLLINET, *La Toison d'Or ou recueil des statuts et ordonnance du noble Ordre*, Colonia, 1689; DE PINEDO Y SALAZAR, J., *Historia de la Insigne Orden del Toisón de Oro*, 3 vols., Madrid, 1787; REIFFENBERG, *Historie de l'Ordre de la Toison d'Or*, Bruselas, 1830), puede citarse: DE LETTENHOVE, K., *La Toison d'Or*, Bruselas, 1907; MOTTARD, F., *La Toison d'Or d'Espagne*, Bruselas, 1907; HOMMEL, L., *Historie du noble ordre de la Toison d'Or*, Bruselas, 1947; TOURNEUR, V., *Les origines de l'Ordre de la Toison d'Or*, Bruselas, 1956; ROMERO DE JUSEU, J., *El Toisón de Oro, orden dinástica de los Duques de Borgoña*, Madrid, 1960; KOLLER, F., *Au service de la Toison d'Or. Les officiers*, Dison, 1971; VV.AA., (Dir. De Smedt, R.), *Les Chevaliers de l'Ordre de la Toison d'Or au XV siècle*, Francfort, 1994; VV.AA. (Dir. DE CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A.), *La Insigne Orden del Toisón de Oro*, Madrid, 1996.

⁷ De ahí que el texto de los juramentos exigidos no sea sino pura parafernalia. Como ejemplo, basta leer el exigido en 1815 para el ingreso en la Real Orden de Isabel la Católica: "Juro vivir y morir en nuestra sagrada religión católica Apostólica y Romana; defender el misterio de la Inmaculada Concepción de La Virgen María; no emplearme no directa ni indirectamente en nada contrario a la acendrada lealtad que debo a mi Rey, y sostener su Soberanía a costa de mi vida; proteger a los leales y cuidar el auxilio de los pobres, enfermos y desvalidos, singularmente de los individuos de la Orden que hoy me admite en su seno. Así Dios me salve".

II. EL CONTEXTO: ÓRDENES Y CONDECORACIONES EN LA ESPAÑA DEL XIX.

La primeras Órdenes de Mérito españolas serán las militares de San Fernando (1811) y de San Hermenegildo (1814), ambas creadas como respuesta a la conmoción nacional vivida por la invasión del Francés⁸, a las que seguirá la ya civil Real Orden Americana de Isabel la Católica (1815), que vino a colmar la necesidad de reconocer a quienes habrían participado en defensa de la hispanidad de las tierras americanas, entonces recién independizadas⁹. Mención especial ha de tener la Orden de Carlos III, creada como caballerescas en 1771 y convertida en de Mérito en 1847, que es considerada la primera de las órdenes modernas de nuestro país, pues su estructura, organización y ceremonial inspirará, cuando no condicionará, al resto de las Órdenes de Mérito españolas.

Será en el siglo XIX, momento de consolidación de las citadas Órdenes de Mérito, cuando hagan aparición las condecoraciones, apellidadas por algunos como ministeriales o conmemorativas, que vendrán acompañadas de una eclosión bibliográfica al respecto¹⁰. Pero ¿qué es, entonces, una condecoración y en qué se distingue de una Orden de Mérito?

Dejando hablar a la doctrina más autorizada¹¹, podemos definir la condecoración como una señal de honor, concedida por la Corona (el Estado) a título vitalicio, a aquella persona que la ha merecido por una acción o por una serie de acciones relevantes y específicas. Se trata de un premio estrictamente personal -aunque últimamente también las

⁸ La de San Fernando debe su nombre al Rey Fernando VII, preso en Bayona al momento de su constitución. Y es que fue la Junta Suprema Gubernativa del Reino, formada por representantes de todos los territorios de la Corona, incluidas Islas y posesiones americanas, y más concretamente el diputado por Buenos Aires, don Luis de Velasco y Gamberos, quien promovió su creación, a fin de "excitar el noble amor patrio".

⁹ Así, en el Real Decreto de 24 de marzo de 1815, que la instituye, Fernando VII señala "el deseo de recompensar la acrisolada lealtad (*"a la lealtad acrisolada"* es el lema que reza en la insignia), el celo y patriotismo, desprendimiento, valor y otras virtudes, que tanto los individuos de la milicia como los de todas las clases y jerarquías del Estado han mostrado y mostraren en adelante, a favor de la defensa y conservación de aquellos remotos países".

¹⁰ Vide, por todos: ANÓNIMO, *Noticia de las Órdenes de Caballería de España, cruces y medallas de distinción*, 2 vols., Madrid, 1815; ANÓNIMO, *Colección de las Órdenes militares, cruces y medallas de distinción de España*, Madrid, s.f (1817?); BENAVIDES, A. et alt., *Historia de las Órdenes de Caballería y de las Condecoraciones españolas*, 2 vols., Madrid, 1864; COSTA Y TURREL, M., *Reseña histórica de todas las Órdenes de Caballería existentes y abolidas*, Madrid, 1858; IÑIGO MIERA, M., y COSTANZO, S., *Historia de las Órdenes de Caballería que han existido y existen en España*, 2 vols., Madrid, 1863; MARTÍ Y ARTIGAS, J., *Historia, trajes y condecoraciones de todas las Órdenes de Caballería*, Barcelona, 1850; RIGALT Y NICOLÁS, B., *Diccionario histórico de las Órdenes de Caballería*, Barcelona, 1858.

Y ya en el siglo XX, y hasta nuestros días, podemos destacar: AMORÓS, J., *Medallas de los acontecimientos, instituciones y personajes españoles*, Barcelona, 1958; CALVO PASCUAL, J. L., *Cruces y medallas 1807-1987. La historia de España en sus condecoraciones*, Pontevedra, 1987; DE CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., y GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., *Las Órdenes y Condecoraciones civiles del Reino de España*, 2.ª ed., Madrid, 2003; DE SOSA, J., *Condecoraciones militares y civiles de España. Legislación anotada*, 3 vols., Madrid, 1913-1915; FERNÁNDEZ DE LA PUENTE Y GÓMEZ, F., *Condecoraciones españolas. Órdenes, cruces y medallas civiles, militares y nobiliarias*, Madrid, 1953; GRÁVALOS GONZÁLEZ, L., y CALVO PÉREZ, J. L., *Condecoraciones militares españolas*, Madrid, 1988; LORENTE AZNAR, C., *Condecoraciones civiles españolas*, Zaragoza, 1999; MONTELLS Y GALÁN, J. M.ª, *Diccionario de Órdenes de Caballería y corporaciones nobiliarias*, Madrid, 1994; PÉREZ GUERRA, J. M., *Órdenes y condecoraciones de España (1800-1975)*, Zaragoza, 2000; PRIETO BARRIO, A., *Diccionario de cintas de Recompensas españolas (desde 1700)*, Madrid, 2001; SANJUÁN MONFORTE, J. C., "Condecoraciones y Órdenes", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1830, 1 de octubre de 1998, págs. 5 y ss.; SILVA JIMÉNEZ, F., *Condecoraciones civiles españolas. Breves apuntes sobre las mismas*, Madrid, 1906.

¹¹ DE CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., y GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., *Las Órdenes y Condecoraciones civiles del Reino de España*, cit., pág. 51.

personas jurídicas, en determinados casos, pueden acceder a ellas-, y no hereditario. Estas señales de honor, aunque varían mucho en función de los países y de las épocas, se basan en una serie de aspectos de oportunidad política, social, e incluso económica, mezclados además con consideraciones de amor propio, y de orgullo y vanidad. A pesar de estos condicionamientos, no será exagerado afirmar que las condecoraciones son particularmente representativas de las aspiraciones íntimas de los individuos y de las naciones¹².

En cuanto a las notas diferenciadoras, siguiendo las mismas fuentes¹³, podemos señalar las siguientes:

1.- En las Órdenes, merced a determinados méritos personales (virtudes y actitudes honorables) de carácter general, el ingreso en la hermandad o corporación proporciona derechos e impone obligaciones para el futuro. En las condecoraciones se premia actos y servicios muy concretos y ya pasados.

2.- La Orden goza de un órgano de gobierno que la dota de personalidad jurídica propia; por eso se ingresa en ella, es decir, en una cofradía de condecorados. En cambio, la condecoración es una distinción honorífica cuyo contenido acaba en la autorización de uso de la propia insignia, dependiendo su concesión de la discrecionalidad de la autoridad político-administrativa que la concede. Por ello, en las Órdenes la insignia es siempre un elemento secundario, mientras que en las condecoraciones la insignia resume y da cuerpo a la propia recompensa.

3.- Dentro de una Orden sólo se puede ostentar un grado o categoría (Collar, Gran Cruz, Comendador, Oficial, Caballero), pudiéndose solamente, eso sí, ascender de una a otra, en cuyo caso al pasar al grado o categoría superior se pierde la inferior (así, por ejemplo, en la Orden de san Raimundo de Peñafort, el que ostenta la Cruz de Honor y recibe la Gran Cruz pertenece a la orden con ésta categoría y pierde aquélla). En las condecoraciones, en cambio, al premiarse con ellas acciones meritorias, se pueden obtener tantas condecoraciones de una misma clases como cuantas acciones se realicen.

No obstante las citadas y trascendentes diferencias, lo cierto es que, dado que tanto las trece Órdenes actualmente vigentes en nuestro país¹⁴ como las múltiples condecoraciones existentes tienen el común denominador de ser concedidas por razones del mérito

¹² En este último sentido, son bastante clarificadoras las palabras que Sabino Fernández Campo escribe en el prólogo a la obra de De Ceballos-Escalera y García-Mercadal citada (pág. 14): "Al hombre, compuesto de cuerpo y alma, no puede satisfacerle únicamente lo que con aquél se relaciona, sino que requiere también una recompensación espiritual. No hay nada tan remunerador y satisfactorio como la tranquilidad de conciencia, la seguridad del deber cumplido y la paz interior. La frase bíblica de que no sólo de pan vive el hombre continúa presentando toda una realidad de postceptos divinos. Si es importante asegurarse una manera de vivir dignamente, no se puede olvidar tampoco la importancia que encierra la conservación y el cultivo de valores morales, y de elevados conceptos como el del honor. Y esos honores, que dignifican a la persona y deben suponer un legítimo orgullo, encuentran uno de sus símbolos en las Órdenes y Condecoraciones que premian servicios, distinguen conductas y mantienen tradiciones respetables. Bien es cierto que, en ocasiones, si ya se ha conseguido el dinero en cuantía notable, podemos ver cómo a través de él se buscan honores, cuando en realidad son independientes y muchas veces incompatibles".

¹³ DE CEBALLOS-ESCALERA Y GILA, A., y GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., *Las Órdenes y Condecoraciones civiles del Reino de España*, cit., págs. 64 y s.

¹⁴ En España son tan sólo trece las Órdenes civiles vigentes; a saber (por orden de creación, que es el criterio de ordenación de sus insignias en caso de pertenecer a más de una): Insigne Orden del Toisón de Oro, Real y Distinguida Orden Española de Carlos III, Real Orden de Damas Nobles de la Reina María Luisa, Real Orden de Isabel la Católica, Orden Civil de Alfonso X el Sabio, Orden del Mérito Agrario, Pesquero y Alimentario, Orden del Mérito Civil, Orden de África, Orden Civil de Sanidad, Orden de la Cruz de San Raimundo de Peñafort, Orden de Cisneros, Real Orden del Mérito Deportivo y Orden Civil de la Solidaridad Social. Todo lo que no sean estas Órdenes son condecoraciones.

to realizado por sus beneficiarios, existe entre ambas una importante confusión, máxime cuando muchas de las condecoraciones se adjetivan como “al mérito” (Medallas al Mérito en el Trabajo, al Mérito Penitenciario....) y a otras se le antepone el sustantivo de “Orden” (Orden del Mérito Policial, Orden del Mérito Postal, Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil, Orden del Mérito Constitucional...). Cuando dicha confusión es predicable de quienes tienen la responsabilidad de conceder la condecoración entonces la ignorancia adquiere tintes alarmantes¹⁵.

Recapitulando, las Órdenes de Mérito, herederas de las viejas Órdenes de Caballería y Capitulares¹⁶, son en la actualidad tan sólo las trece referenciadas en nota. Todo lo demás son condecoraciones, entre las que se encuentran las concedidas en el ámbito penitenciario que ocupan ahora nuestra atención.

III. LAS MEDALLAS PENITENCIARIAS: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL.

Si bien el Derecho premial sí que ha tenido cierto eco dentro de la doctrina penal¹⁷, no puede decirse lo mismo de lo ocurrido en la penitenciaría en donde lo tocante a las condecoraciones penitenciarias ha pasado inadvertido de forma prácticamente unánime¹⁸. Vamos, pues, a continuación a realizar un recorrido por el tema, debiendo señalar desde este primer momento que nos vamos a referir a las condecoraciones del personal peni-

¹⁵ Así aconteció cuando en 1996 el Ministerio de Justicia e Interior concedió la Medalla al Mérito Penitenciario a quienes habían participado como ponentes en la redacción del todavía hoy vigente Reglamento Penitenciario. En aquella ocasión dos de los miembros de la comisión redactora (uno de ellos, precisamente, la persona a la que hoy rendimos homenaje en esta publicación, no fue condecorado con el argumento de ya tener la citada condecoración. A mayor abundamiento de la citada ignorancia baste decir que la condecoración que se nos impuso al resto tenía invertida la insignia (anverso por reverso).

¹⁶ Ello explica que países como los Estados Unidos de América, en donde no existió una historia de Órdenes de Caballería ni de Collar y de Fe, hoy no tengan Órdenes de Mérito sino sólo condecoraciones.

¹⁷ En este sentido, baste recordar que en 1764 ya el Marqués de Beccaria escribía en su *Dei Delitti*: “Otro medio de evitar los delitos es recompensar la virtud. Sobre este punto observo al presente en las leyes de todas las naciones un silencio universal. Si los premios propuestos por las Academias a los descubridores de las verdades provechosas han multiplicado las noticias y los buenos libros, ¿por qué los premios distribuidos por la benéfica mano del soberano no multiplicarían asimismo las acciones virtuosas? La moneda del honor es siempre inagotable y fructífera en las manos del sabio distribuidor”. BECCARIA, C. (Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria), *De los delitos y de las penas*, traducción de José Antonio de las Casas, Introducción, apéndice y notas de Juan Antonio Deval, 3.ª ed. Madrid, 1982, pág. 110. En cuanto a la doctrina penal patria recordar aquí, asimismo, el trabajo de Jiménez de Asúa donde postula una alianza entre el Derecho Penal y la Justicia Laudativa (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, Madrid, 1915) y la postura escéptica y contraria al mismo manifestada por Dorado Montero en su obra póstuma (DORADO MONTERO, Pedro, *Naturaleza y función del Derecho*, con prólogo de Constancio Bernardo de Quirós, Madrid, 1927, págs. 163 y ss., esp. 173-175).

¹⁸ Así, baste decir que en la *Revista de Estudios Penitenciarios* tan sólo encontraremos, durante su más de medio siglo de vida, un artículo dedicado al tema (CASTELLANO, Pablo, “Recompensas”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año XVIII, n.º 158, julio-septiembre 1962, págs. 71 y ss.), en donde, muy en la línea a lo que se nos tenía acostumbrado en la época, el autor se limita a subrayar la importancia del estímulo moral y las grandes responsabilidades que al respecto tiene la figura paternal del Director de una prisión. Fuera de lo dicho, en la citada Revista no se encontrará más que referencias “periodísticas” a la concesión de medallas; en este sentido vide: *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 133, marzo-abril 1958, págs. 315-322; n.º 136, septiembre-octubre 1958, págs. 765-766; n.º 137, noviembre-diciembre 1958, pág. 912; n.º 138, enero-febrero 1959, págs. 1099 y 1109 y s.; n.º 158, julio-septiembre 1962, pág. 191; n.º 162, julio-septiembre 1963, pág. 688; n.º 166, julio-septiembre 1964, pág. 639; n.º 175, octubre-diciembre 1966, pág. 952; n.º 176/177, enero-junio 1967, pág. 352; n.º 178/179, julio-diciembre 1967, pág. 643; n.º 186, julio-septiembre 1969, pág. 543; n.º 187, octubre-diciembre 1969, pág. 878; n.º 189, abril-junio 1970, pág. 614; n.º 190, julio-septiembre 1970, pág. 955.

tenciario, pues en el caso de los internos, y pese a la propuesta doctrinal formulada en su día por Concepción Arenal¹⁹, nunca ha arraigado propiamente una condecoración de presos, siendo la única recompensa honorífica las llamadas notas meritorias.

En el año de 1881, por impulso del entonces Ministro de Gobernación²⁰ don Venancio González, se promulga el Real Decreto de 23 de junio por el que se crea el Cuerpo especial de empleados de establecimientos penales²¹, dividido en dos secciones, una de Dirección y Vigilancia²², y otra de Administración y Contabilidad²³, instituyendo, para estimular al cumplimiento de sus deberes, dos premios, uno de mil pesetas y otro de quinientas, premios que nunca llegarían a adjudicarse, como dijera Cadalso “más que por falta de funcionarios merecedores de ellos, por apatía o por otras razones de los facultados para concederlos”²⁴. El Real Decreto de 1881 quedó en suspenso cuando su autor abandona el Ministerio (Real orden de 3 de diciembre de 1884), restableciéndose por Real Decreto de 13 de junio de 1886, cuando don Venancio González vuelve a ocupar la cartera de Gobernación. Por Reales Decretos de 13 de diciembre del mismo año de 1886 y por otro de 11 de noviembre de 1889 se vuelve a reglamentar en materia de funcionarios, guardándose silencio respecto a los antes citados premios, cuyo preceptos quedarían anulados por el Real Decreto de 16 de marzo de 1891, pues el mismo nada decía al respecto y su cláusula derogatoria (artículo 53) no permitía otra interpretación: “Quedan derogadas todas las disposiciones referentes al Cuerpo de empleados de Establecimientos penales y cárceles, que no se hallen comprendidas en el presente decreto”²⁵.

¹⁹En este sentido escribía Concepción Arenal: “Además habrá dos medallas, una para los que no han sido nunca castigados y otra como premio de buenas acciones; ésta podrá darse en cualquiera tiempo de la condena, y para recibir la primera se necesita llevar extinguida la tercera parte. El pensamiento de condecorar a los penados acaso parezca ridículo, perola experiencia ha demostrado que es un medio eficaz para que tengan buen comportamiento. Por otra parte, si a las personas honradas y aún virtuosas se da como estímulo y como premio una distinción, ¿por qué se ha de negar este auxilio a los que, más débiles, tienen de él mayor necesidad? ¿Se pretende de ellos una perfección que no tienen por lo común los demás hombres? Su amor propio se excitará con estas distinciones; pero en ellos más hay que temer la abyección que el orgullo, motivo no el mejor, ni con mucho, de los que pueden influir en sus proceder, pero muy preferible a los impulsos que hasta allí les han determinado”. ARENAL, Concepción, *Estudios Penitenciarios* (tomo VI de sus Obras Completas), vol. II, Madrid, 1895, pág. 194.

²⁰ Hay que recordar que el pase de Prisiones a depender del Ministerio de Justicia no se produjo sino en 1887, por Ley de Presupuestos.

²¹ Las razones para ello la sintetiza la propia Exposición de Motivos de este Real Decreto, al señalar: “Notorio es por demás el desdén con que viene mirándose esta carrera, sin duda la menos solicitada de todas las que se encuentran al servicio del Estado; notorio es el abandono con que ha dejado de exigirse a sus individuos garantías de suficiencia, de rectitud y de buen desempeño de sus funciones, de las cuales es acaso la más interesante la de dar buen ejemplo con su conducta a los reclusos; y no es ésta quizá la causa menos directa de que un día y otro se alarme justamente la opinión pública con noticias de sucesos acaecidos o de delitos descubiertos en los establecimientos penitenciarios, convertidos a las veces, más que en casas de corrección, en focos de mayor perversidad y en sentina de peores vicios que aquéllos que están llamados a extinguir los confinados...”.

Sobre la importancia y trascendencia de esta normativa, vide, últimamente, GARCÍA VALDÉS, Carlos, *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006, págs. 58 y ss.

²² En dicha sección desaparecerán las tradicionales denominaciones de alcaides, sota-alcaides, capataces, porteros y llaveros, siendo sustituidos ahora por las de directores, vigilantes y ayudantes.

²³ Aquí las sustituciones de las denominaciones de cargos fue la de abolir mayores y furieles y crear administradores, oficiales de contabilidad y escribanos.

²⁴ CADALSO Y MANZANO, Fernando, *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, pág. 795. La adjudicación, ex artículo 19 del Real Decreto, procedía mediante concurso, previa calificación de la Dirección de Establecimientos Penales y oída la Junta de Reforma Penitenciaria.

²⁵ El texto del mismo puede leerse íntegramente en BRAVO MOLTÓ, Emilio, *Legislación penitenciaria*, tomo II, Madrid, 1891, págs. 170 y ss.

Por Real Orden de 23 de febrero de 1894, la Reina regente María Cristina rubrica el Reglamento de la Prisión Celular de Madrid²⁶, con lo que, acogiendo la iniciativa del director de la misma²⁷, se sustituye al Reglamento Provisional de 1883 y se recoge la “necesidad de recompensar a los funcionarios que lo merezcan con menciones honoríficas, publicables, como ejemplo a seguir por sus compañeros, en la orden del día, y otros premios que la Dirección General pudiera conceder”. No obstante ello, habrá que esperarse hasta el Real Decreto de 27 de mayo de 1901, por el que se reorganiza el Cuerpo de prisiones, para que formalmente se restablezcan los premios en metálico previstos, veinte años atrás, por el Real Decreto de 23 de junio de 1881, y, lo más importante, para que se cree la Medalla Penitenciaria para recompensar servicios especiales (arts. 31 y 32), la cual se concedería por el Ministro de Gracia y Justicia, en virtud de expediente y oída la Junta Superior de Prisiones.

Pero la apatía de la que ya nos hablara Cadalso, y que, por desgracia ha sido siempre una constante en nuestro penitenciarismo²⁸, hizo que los primeros premios no se concedieran hasta el año 1905²⁹ y que sólo hasta por Real Orden de 19 de noviembre

²⁶ Presentado a la firma por el Director General, D. Antonio Barroso y Castillo, a través del entonces Ministro de Gracia y Justicia, D. Trinitario Ruiz Capdepon. Sobre este texto reglamentario, véase, CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico, *La legislación penitenciaria española (Ensayo de sistematización; comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy)*, Madrid, 1914, págs. 442 y ss.

²⁷ Fernando Cadalso dirigió durante una década esta prisión (1891-1901), elevado en 1893 una Memoria al Ministro de Gracia y Justicia (D. Eugenio Montero Ríos) en la que, entre otros aspectos, proponía la derogación del Reglamento Provisional aprobado por Real Orden de 8 de octubre de 1883 y la promulgación de uno definitivo. Vid. CADALSO Y MANZANO, Fernando, *Memoria de la Prisión Celular de Madrid*, Madrid, 1893, pág. 87.

²⁸ Como claros ejemplos de lo dicho baste recordar la demora en tres años (1903-1906) en la entrada en funcionamiento de la *Escuela de Criminología* (el propio Cadalso ya se ocupó de que ello fuera así, dada la disputa personal con quien fuera su primer Director, Rafael Salillas), o más recientemente la distancia cronológica entre la creación del *Premio Nacional Victoria Kent* (1996) y su primera convocatoria oficial (2004). Y que ni decir tiene de ese fantasma, fruto de la política del acaso, llamado *Centro de Estudios Penitenciarios*, creado en 2000 y que hoy sigue siendo un ataúd vacío sobre el que vertimos nuestras lágrimas.

²⁹ A tal respecto, en la *Revista Penitenciaria* (Órgano oficial del Consejo Penitenciario), Año II, tomo II, Entrega 1.ª, Madrid (Imprenta a cargo de Eduardo Arias, San Lorenzo, n.º 5), 1905, págs. 123 y s., podemos leer: “En la sesión celebrada por el Consejo Penitenciario el lunes 16 de enero (de 1905), y a propuesta del consejero ponente D. Fermín Calbetón, fue concedido el premio de 1.000 pesetas al jefe de la cárcel de Bilbao D. José Cabellud, y el de 500 a los vigilantes de la cárcel de Cáceres D. Federico Román Murciano y D. Mateo Rico Llano. No se presentaron al concurso para optar al premio más que tres solicitudes: las de los agraciados y otra del jefe de la cárcel de Bujalance. Como todavía no está reglamentado el precepto legal que dispone la concesión de tales premios, ni tampoco lo concerniente a la medalla penitenciaria, que es otra manera de premiar el mérito, no es de extrañar que algún funcionario no haya tenido cabal certeza a si su gestión administrativa rebasaba los límites de lo usual y entraba en la categoría de lo meritorio. Para que los oriente en el próximo concurso, y para que sirva de ejemplaridad, la Revista Penitenciaria se complace en publicar el extracto de los expedientes de los agraciados, con tanto más motivo cuanto que en uno de ellos se singularizan las cualidades más salientes de un funcionario que ha conseguido recabar la mayor suma de prestigios...”. A continuación se relatan tales expedientes, viéndose que la razón del premio de 500 pesetas se encuentra en la intervención de los citados funcionarios en el aborto de fuga acaecido en la cárcel de Cáceres en enero de 2004, y, en cuanto al primer premio con él se reconoce la labor del autor de las fichas antropométricas de delinquentes contra la propiedad que años más tarde (1908) se publicarían bajo el título *Delinquentes habituales contra la propiedad. Álbum criminológico* recopilado y escrito por D. José Cabellud Cornel (Barcelona, Establecimiento Gráfico Thomas) y que aparecería con la siguiente introducción manuscrita del Director General de la época: “El Exmo. Sr. Ministro me comunica con esta fecha la R.O. siguiente: Istmo. Sr. Vista la instancia elevada por Don José Cabellud Cornel, solicitando que se le autorice para publicar las fichas antropométricas-fotográficas de delinquentes profesionales contra la propiedad, que coleccionadas acompaña. Considerando que una obra de esta clase, única en España, ha de ser de utilidad notoria y de ventajas y resultados positivos, por la gran facilidad que para la identificación y conocimiento de los delinquentes, así nacionales como extranjeros que la colección contiene, ha de proporcionar a las autoridades todas, y singularmente a las judiciales y gubernativas. Considerando que la labor meritoria que el Sr. Cabellud presenta y ha realizado, merece no solamente que se de a la publicidad por el provecho que a la sociedad toda proporciona, y en especial a la espa-

de 1912³⁰ se reglamentase sobre el diseño de la medalla, la cual: “consistirá en la alegoría de la Justicia con el escudo de España en la parte superior del anverso y el lema Medalla penitenciaria, y en el reverso, las iniciales del Cuerpo de Prisiones bajo corona Real y entre dos palmas”. Se dividirá en tres clases, según la categoría administrativa del funcionario al que fuera otorgada, siendo de cobre para los Ayudantes y Subalternos, de plata para los Oficiales y de oro para los de categoría superior.

El 10 de diciembre del mismo año de 1905, poco antes de que cesase como Ministro de Gracia y Justicia el Sr. Árias de Miranda, se aprueba el diseño definitivo de la medalla penitenciaria, señalándose que sería consistente en oro, plata y cobre su material, de forma circular de tres centímetros de diámetro y milímetro y medio de grosor, con un pasador en forma de ocho, arrancando sus extremos de los laterales. En el anverso estará la alegoría de la Justicia consistente en una matrona en pie, en la parte izquierda de la medalla, que sostiene una espada en posición vertical con la punta hacia abajo en la mano diestra y la balanza en la siniestra. En el centro y arriba el escudo de España. En la parte baja la fecha del año 1901 en el que se creó. A la derecha la leyenda “Medalla Penitenciaria” en dos líneas. Tanto la cabeza de la alegoría, como los pliegues de la túnica a sus pies y la corona del escudo, sobresalen del contorno. En el reverso, las iniciales C.P. enlazadas, rodeadas por dos palmas surmontadas por la corona real que sobresale del círculo como en el anverso. La cinta para prender será de color morado oscuro con una línea diagonal blanca³¹.



ñola sino para que sea conocida su aplicación y amor al trabajo y su entusiasmo por la carrera a la que se halla dedicado, y sirve de estímulo entre sus compañeros de Cuerpo. S.M. el rey (q.D.g.) ha tenido a bien disponer que se conceda la autorización solicitada por el Jefe de la Cárcel de Bilbao D. José Cabellud Cornel, para publicar las colecciones que a su citada instancia acompaña, expresándole a la vez, que se ha visto con gran satisfacción la laboriosidad que con ellas revela; cuya satisfacción se hará constar en el expediente personal de dicho empleado para que le sirva demérito en su carrera. Lo que traslado a V. para su conocimiento, satisfacción y demás efectos. Dios guarde a V. muchos años. Madrid, 17 enero 1905. El Director General. Conde de San Simón”.

³⁰ Con anterioridad, el Real Decreto de 3 de junio de 1908 se limitó (arts. 34 y 35) a repetir lo dicho hasta el momento, siendo quizá tal sólo significativo el hecho de que se subrayase que la incoación del expediente de recompensas era competencia de la Dirección General, siendo motivo de exclusión de la misma toda solicitud que se cursase personalmente.

³¹ Buena parte del material fotográfico que encuentra el lector en el presente trabajo se debe a la ingente aportación realizada al respecto por D. Enrique Gil, a quien desde estas líneas, a sabiendas del esfuerzo personal realizado (esperemos que algún día oficialmente reconocido), le testimonio mi mayor reconocimiento profesional.

El Real Decreto de 5 de mayo de 1913 vino a reducir las cuantías de los premios hasta entonces vigentes, que se vieron menguados a la mitad, quizá por aquello de que su cuantía era un tanto desproporcionada respecto a los emolumentos anuales de los empleados públicos³², si bien se intentó compensar pensionando las condecoraciones con una cuantía que oscilaba entre las quince y las veinticinco pesetas mensuales, pudiendo cobrarse tales emolumentos como máximo durante un año (art. 71). Esta normativa³³ además introdujo dos novedades significativas; por un lado, adjetivó al servicio extraordinario objeto de reconocimiento como “de gran significación o trascendencia o que en ejercicio de sus funciones haya sufrido lesiones que le produzcan inutilidad para el servicio o por las que falleciere” (art. 75); y por otro, limitó el número en que cada anualidad podían concederse, concretando que sólo sería una de oro, cuatro de plata y ocho de bronce (art. 76), limitación ésta que, con otros topes, reverberará en la normativa posterior.

En el Reglamento del 22 de marzo de 1915 se crea la Inspección General Penitenciaria y por Real Decreto de 12 de abril del mismo año³⁴, como una de sus misiones, se le asigna la de instruir el expediente de concesión de recompensas. Según dispone su artículo 2, las recompensas podrán otorgarse a los funcionarios del Cuerpo de Prisiones y habrán de fundarse en servicios prestados en la Administración Penitenciaria, ya en el Centro Directivo, ya en la Inspección General, ya en las prisiones o instituciones reformadoras, educadoras y tutelares dependientes del Ministerio de Gracia y Justicia; en estudios hechos con brillantez en centros docentes o en obras públicas de verdadero mérito, que traten de materias que puedan contribuir eficazmente a la cultura penitenciaria y al progreso de la reforma. Las recompensas, ex artículo 3, consistirán en:

a) Una medalla de oro (art. 4) que podrá ser otorgada a Funcionarios o a personas extrañas al Cuerpo, con méritos muy relevantes y extraordinarios, acreditados en importantes estudios y trabajos científicos en el orden penitenciario, o bien en servicios prestados o en la fundación de establecimientos, sociedades e instituciones de patronato y de acción tutelar que tiendan a conseguir el fin esencial de corrección y de reintegración moral y social del delincuente, así como todo aquello que conduzca a preservar a la juventud del peligro de la delincuencia. Para su concesión habrá de oírse el parecer de la Comisión asesora de Reforma Tutelar y de Acción Educadora o el de la Comisión Asesora de Reforma y Organización del Trabajo, según la naturaleza de los hechos en el que la recompensa se funde. Se concederá por Real Decreto.

b) Hasta tres medallas de plata al año (art. 6). Serán de tres clases, según la categoría del funcionario al que sea concedida. La de 1.^a sólo se otorgaría a los Jefes Superiores del Cuerpo, la de 2.^a a los Directores y la de 3.^a a los Subdirectores, Ayudantes y Jefes de Prisión Preventiva con categoría de Oficiales de Cuarta y Quinta Clase. Esta distinción se concede por Real Orden.

c) Medallas de cobre. No existe límite en la cantidad a conceder. Es otorgada a los Vigilantes y demás empleados de ambos sexos con categoría inferior a la de Oficiales de Quinta Clase. Su concesión se hace por comunicación.

³² Piénsese que ya a la altura de 1901 un vigilante de 3.^a clase cobraba menos de mil pesetas al año (vide. Real Decreto de 27 de mayo de 1901).

³³ Vide, ampliamente, CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico, *La legislación penitenciaria española*, cit., págs. 86 y ss., y 476 y s.

³⁴ Vid. CADALSO Y MANZANO, Fernando, *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, cit., págs. 777 y ss.

d) Premios en metálico. Incrementados en número y cantidad, los premios serán de 1.000, 500 y 250 pesetas sin tener en cuenta el número, ya que éste vendrá dado por la cantidad que haya presupuestada por el Estado. “Si por los méritos contraídos por un Funcionario, o por haber sucumbido en el cumplimiento de su deber, juzgase procedente el Ministro que la cantidad de premio en metálico se debiera elevar, podrá hacerlo, dentro de la total consignación, adjudicando dicho premio al Funcionario o a sus causahabientes” (art. 5).

La Real Orden de 15 de abril de 1915 determina las condiciones y modo de usar la medalla de oro, disponiendo al respecto: “Con el propósito de que aquellos a quienes sea concedida la alta distinción creada en el artículo 3.º del Real Decreto fecha 12 de los corrientes, sepan como han de usarla y que haya un patrón de la medalla, debe adoptarse para ella el molde que pasamos a describir. La medalla de oro será del tamaño de las que llevan los individuos de nuestras Reales Academias. Ostentará en el anverso el busto de S. M. el Rey Don Alfonso XIII (q.D.g.), y en el dorso el emblema de la justicia, rodeado a guisa de orla por esta inscripción: *De Re penitentiaria. Al Mérito Eminente*. Estará sujeta la medalla por una cinta de seda con los colores nacionales y de cinco centímetros de ancho para pender del cuello del agraciado, descansando sobre los hombros y llegando hasta la mitad del pecho. Esa Dirección General dará en seguida el modelo que servirá de calco a los grabadores que deseen fundirla por su cuenta”.



Como vemos, quedan ya instituida dos características que perdurarán hasta hoy en todas las medallas al Mérito penitenciario. Por un lado, en cuanto a la forma, se adopta la de las medallas de los académicos de las Reales Academias, esto es, una cartela de rollos y sobre ella un óvalo; y, por otro, se instituye la clásica insignia: *Al Mérito Eminente*.

Más tarde, por Real Decreto de 10 de junio del mismo año de 1915 se establecerá que los poseedores de la medalla de oro tendrán el título o tratamiento de Excelencia (art. 1), que el número de personas que pueden disfrutar de este honor no podrá exceder en cada momento de doce (art. 2), y que será el Ministro de Gracia y

Justicia quien le entregue al condecorado la medalla, el cual no adquirirá sobre ella propiedad alguna³⁵, estando obligados sus albaceas o herederos a devolverla al Ministerio una vez ocurrida la muerte del poseedor, entendiéndose que de no hacerlo incurrirán en las responsabilidades a que diere lugar. Finalmente, por Real Orden de 6 de diciembre del mismo año se estipulará que a los condecorados con la medalla de oro se les franqueará la entrada a cualquier Establecimiento Penitenciario, guardándoseles las consideraciones debidas por el Director y personal a sus órdenes.

El Real Decreto del 14 de febrero de 1921 sobre Reorganización de la Inspección de Prisiones, atribuye al Negociado de Régimen el despacho y propuesta de resolución de los expedientes de recompensas, deslindando este menester de la Inspección, que en la legislación posterior vuelve a intervenir en este asunto. Y en 1927, por Real Orden de 2 de agosto, se establece que “en los primeros cinco días del mes de noviembre, la Dirección General pasará todos los expedientes terminados desde el 1.º de noviembre del año anterior hasta el 31 de octubre corriente, a la Junta Superior Inspector para la clasificación comparativa de los méritos apreciados y la propuesta de la adjudicación de la recompensa en orden de prelación de los servicios reconocidos. La Junta evacuará dicho trámite antes del primero de diciembre para la resolución de la Superioridad” (art. 4). Al ser promulgado el Reglamento Provisional del Personal Subalterno de Guardianes de Prisiones, por Real Decreto de 21 de mayo de 1928, son incluidos también como posibles receptores de la medalla penitenciaria dicho personal, así como el poder ser propuestos para otras condecoraciones (art. 54).

El Reglamento Penitenciario de 1930 dedica a las recompensas los artículos 428 a 436, ambos inclusive. En él no se limita el número de Medallas de Oro, aunque reduce a dos por año las de Plata y a otras tantas las de Cobre. Como novedad importante se dispone la concesión de la de Oro a los Funcionarios del Cuerpo de Prisiones que hayan obtenido tres o más recompensas en su labor profesional y tengan la categoría de Jefes de Administración Civil y que hayan dirigido con éxito evidente, durante más de cinco años consecutivos, una Prisión Central de Hombres o una Provincial de contingente medio de cien o más reclusos. En la propuesta ha de figurar en informe de los Jefes de la Sección de Personal y Régimen, de la Junta Superior Inspector y el definitivo del Director General. Los Funcionarios que cuenten con más de veinticinco años de servicio efectivo, sin nota desfavorable, a petición propia, se les puede conceder la medalla de plata, sin tener en cuenta para ello la limitación a dos reflejada anteriormente. La medalla concedida será la correspondiente a su categoría. Las de 1.ª se otorgan a los Jefes de Administración del Cuerpo, siendo su cinta de prender de color rojo. La de 2.ª a los Directores y Administradores, con cinta verde, y las de 3.ª a los Oficiales con cinta morada. Las de Cobre se destinan a los Guardianes, siendo también morada su cinta.

Como es bien sabido, al proclamarse la República, la Presidencia del Gobierno, el 27 de abril de 1931, modifica el escudo de España, “adoptándose el que figura en el reverso de las monedas de cinco pesetas acuñadas por el Gobierno Provisional en el año 1869 y 1870”, ordenado, asimismo, y como era lógico esperar, que se procediese a la anulación de todos los atributos de la anterior Monarquía. Así, desaparecerá de la Medalla Penitenciaria de Oro la efigie de Alfonso XIII y en el resto de las condecoraciones se cambiará la corona Real por la Mural.

³⁵ Seguramente dicha previsión vendría influida por la normativa referida a las medallas de los académicos de las Reales Academias, que como bien sabemos, y por lo referido a los numerarios, nunca adquieren su propiedad.



Como sabiamente ha detectado Enrique Gil, se siguió utilizando para la estampación de las medallas el mismo troquel que venía usándose anteriormente, ya que observando detenidamente alguna de ellas se ve con claridad el trabajo realizado para actualizarlas. Se aprecian restos en forma de rebabas de la corona Real, al ser más pequeña la Mural que la primitiva, por lo que queda descentrada con respecto al escudo, notándose la eliminación del escudete central con las flores de lis borbónicas y la posterior reconstrucción del centro del escudo que aparece con trazos más fuertes.

Con el advenimiento de la Guerra (in)Civil, por Decreto de 22 de noviembre de 1936 el Gobierno insurgente declara vigente el anterior Reglamento de Prisiones de 1930 en todos sus apartados, y por Orden Ministerial de 26 de noviembre de 1938 se acuerda conceder, no solamente las medallas del año en curso, sino las que por causa de la rebelión dejaron de concederse en los años 1936 y 1937. El 2 de Marzo de 1943 el Director general de Prisiones, D. José María Sentís, aclara sobre dicha Orden Ministerial, que “las Medallas Penitenciarias de concesión anterior al glorioso Movimiento Nacional podrían ser confirmadas a solicitud del poseedor y mediante los requisitos que en la misma Orden Ministerial se establecía, y aunque claramente y a senso contrario se había de entender que quedaban anuladas todas las que no obtuviesen la confirmación, y ante la posibilidad de que no se interpretase por los interesados en este sentido, se concede un plazo de diez días, a partir de la publicación de esta Orden en el Boletín Oficial de la Dirección General, para que los poseedores de dicha condecoración o recompensa puedan solicitar su convalidación, pues de otro modo se tendrá por anulada la concesión”.

Vemos pues, que en la época franquista no se crean nuevas medallas penitenciarias, sino que se usan las anteriores, con la corona real, y como complemento a dichas condecoraciones se crea un pasador con la leyenda “Concedida en el - Año Triunfal”, autorizándose a que las de concesión anterior (republicanas) puedan ser confirmadas, previo expediente, incorporándose a las mismas, en caso de resultar favorable, un pasador en el que se lea “Ratificada en el -- Año Triunfal”.

Por Decreto del Ministerio de Justicia del 2 de marzo de 1944 se ratifica que la concesión de recompensas penitenciarias se hará como establece el de su creación en 1915, aunque debiendo ser modificadas “por los cambios ocurridos en el Cuerpo de

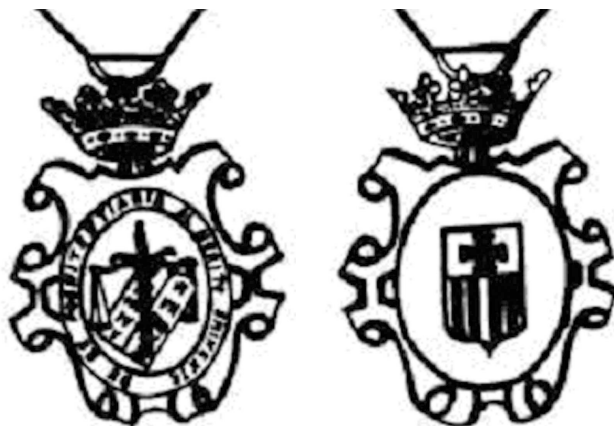
Prisiones y las conveniencias que la práctica administrativa exige”. En cumplimiento de ello, se promulgará la Orden del Ministerio de Justicia de 16 de marzo de 1944 en la que subdivide la Medalla Penitenciaria en la del Mérito Penitenciario y la del Mérito Social Penitenciario. La primera sigue siendo de tres clases, de Oro, Plata y Cobre, mientras que la segunda será Distinguida de Oro, de Oro, Distinguida de Plata, de Plata y de Bronce.

Los requisitos necesarios para la concesión de la Medalla de Oro al Mérito Penitenciario serán los mismos que se exponen en el Reglamento Penitenciario de 1930, todavía vigente, abundando sobre el tratamiento de Excelencia que la distinción confiere a los que ya la posean o puedan disfrutar de ese honor con posterioridad, sin embargo varía en que la concesión se hará por Orden del Ministerio de Justicia y que el número de personas que disfruten de ella no podrá exceder de veinticinco en cada momento.

La forma de condecoración también sufre cambios, el tamaño será idéntico al de las Reales Academias, ostentando en el anverso el emblema de la Justicia rodeado por la leyenda “De Re Penitentiaria. Al Mérito Eminente” y en el reverso el escudo de la Orden de Nuestra Señora de la Merced. Como remate de la medalla y en su parte superior, la corona del Escudo Nacional. Se llevará prendida al cuello por un cordón de oro.

La de plata será de tres clases, concediéndose la de 1.^a a los Jefes de Administración del Cuerpo, la de 2.^a a los Directores, Administradores y Jefes de Servicios, y la de 3.^a a los Jefes de Prisión y Oficiales, cualquiera que sea su categoría administrativa. Será de las mismas características que la de oro, con la sola diferencia del material de que se compone y de la cinta de la que prenderá, con los mismos colores para cada categoría que en 1930. Sólo podrán concederse cinco anualmente, aunque no tendrán limitación las concedidas a los funcionarios que cuenten con más de veinticinco años de servicio ininterrumpido y no tengan en su expediente nota desfavorable.

La de cobre, de iguales características que las anteriores, se concede a los Guardianes y se llevará prendida de una cinta de color morado. No pueden concederse más de cuatro por anualidad.



El 30 de julio de 1946, a propuesta del Director General de Instituciones Penitenciarias, el Ministro de Justicia D. Raimundo Fernández Cuesta firma la Orden por la que se concede la primera Medalla de Oro a la Imagen de Nuestro Padre Jesús “El Rico”³⁶.

En casos excepcionales, se dispone por Ley de 17 de julio de 1946, que la Medalla del Mérito Penitenciario sea pensionada, siendo su cuantía de ciento veinticinco pesetas mensuales cuando se trate de funcionarios de Prisiones que tengan categoría de Jefes Superiores de Administración Civil, cien pesetas para los que tengan la de Jefes de Administración, setenta y cinco para los Jefes de Negociado y cincuenta para los Oficiales y Auxiliares Penitenciarios. Dicha pensión será vitalicia. Con el fin de distinguirlas de las simples, se ordena que se llevarán prendidas en el pecho por una cinta de seda de tres centímetros de ancho, de color blanco, con dos líneas diagonales rojas de cinco milímetros de anchura cruzadas en forma de aspa. Anualmente sólo se podrían conceder cinco medallas pensionadas de Plata y cinco de Cobre.

Como es de sobra conocido, por Decreto de 5 de marzo de 1948, se promulgó el Reglamento de los Servicios de Prisiones, en cuyo capítulo VII se reforma las características de las medallas existentes hasta el momento. Se sigue manteniendo que el tamaño y forma sea igual al de las Reales Academias, pero se establece:

a) El anverso vendrá representado por una cruz latina vertical de brazos anchos con tres rayos de luz en sus ángulos. Ante ella mirando a oriente, unida a la misma y cubriendo su parte inferior, una matrona de belleza y decoroso porte, grave y reposado continente, vestida de blanco, coronada de laurel, con un cetro en la mano derecha, un ramo de encina sobre el brazo izquierdo y sentada sobre una piedra de mármol de figura cúbica. Sobre el suelo, abrojos esparcidos y al lado de oriente, un sol naciente en la lejanía. La cruz será esmaltada en encarnado, la matrona en blanco y las hojas y plantas en verde. Alrededor, en forma de arco, la inscripción *Justitia et Charitas. Pax*”.

b) En el reverso, sobre un fondo con el escudo Nacional de España, el emblema de Prisiones con la espada en esmalte blanco y los ramos y la corona en esmalte de los respectivos colores. Alrededor, de igual forma que en el anverso, la inscripción “Al Mérito Penitenciario Eminente”.

Como en las disposiciones anteriores, la Medalla de Oro llevará anejo el título y tratamiento de Excelencia. El número de personas que la podrán poseer no excederá en cada momento de quince y se llevará prendida del cuello por un cordón de oro. La de Plata será de igual forma y de dos clases, la de 1.^a para los Funcionarios de la Escala Técnica del Cuerpo Especial de Prisiones, en sus dos secciones, masculina y femenina, que tengan categoría de Ayudante o superior, y la de 2.^a clase a los de categoría inferior. La distinción se plasmará en la cinta de que va prendida, de rojo la de

³⁶ La Orden de concesión dice: “Ilmo. Sr.: En el reinado de Carlos III le fue concedida a la Real, Muy Ilustre y Venerable Cofradía de Nuestro Padre Jesús ‘El Rico’ y María Santísima del Amor de Málaga, de la que es Hermano Mayor Honorario el Cuerpo de Prisiones, el privilegio de dar la libertad a un penado la noche del Miércoles Santo. Por estas especiales circunstancias, de conformidad con la propuesta de V.I., atendiendo los deseos expresados por la citada Cofradía, compartidos unánimemente por el Cuerpo de Prisiones, de que le sea otorgada a la Imagen de su Sagrado Titular la más alta distinción establecida por las disposiciones Penitenciarias. Este Ministerio ha tenido a bien conceder a la Imagen de Nuestro Padre Jesús ‘El Rico’, la Medalla del Mérito Penitenciario de Oro. Lo que digo a V.I. para su conocimiento y demás efectos. Dios guarde a V.I. muchos años”.

1.^a y verde la 2.^a. La de Bronce será toda de este metal y sin esmaltes, concediéndose a los funcionarios de ambos sexos de la escala Subalterna del Cuerpo de Prisiones, llevándose prendida por una cinta de color morado. No podrán concederse más de diez anualmente. Como premio por haber servido en el Cuerpo por tiempo superior a veinticinco años sin nota desfavorable, se podrá conceder a petición propia, tanto la Medalla de Plata como la de Bronce, según la categoría del Funcionario. Estas distinciones no tendrán limitación en cuanto a la cantidad anual. La concesión de Medallas de Oro se hará por Decreto, las de Plata mediante Orden Ministerial y las de Bronce por Orden de la Dirección General.

El Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 poco vendrá a cambiar sobre lo ya dicho en relación al tamaño y forma de las medallas, si bien al variarse el escudo de Instituciones Penitenciarias por Orden Ministerial de 22 de noviembre de aquel año, las mismas cambian en sentido de que en el reverso aparece el nuevo escudo del Cuerpo.

Ahora los premios en metálico serán de mil, dos mil y cuatro mil pesetas (art. 393), y en cuanto a las medallas:

a) *Medalla de oro al Mérito Penitenciario* (art. 395): Se otorgará a los funcionarios que tengan categoría de Jefes de Administración Civil, y confiere el título y tratamiento de excelencia a sus poseedores, que no podrán ser en ningún momento en número superior a quince. Tendrá el mismo tamaño y forma que las de las Reales Academias, con la simbolización que sigue: En el anverso, una cruz latina, de brazos anchos, con tres rayos de luz en cada ángulo; enfrente de ella, mirando a Oriente, y cubriendo el brazo inferior, una matrona de decoroso porte, situada sobre piedra cúbica de mármol, coronada de laurel, cetro en la diestra y ramo de encina al brazo izquierdo; un suelo de abrojos, y, al fondo, el orto del sol. Estará esmaltada la cruz en encarnado, la matrona en blanco y las hojas y plantas en verde; alrededor formando arco, la inscripción latina: *Justitia et Charitas: Pax*. En el reverso, el escudo nacional de España, sobre éste, el emblema del Cuerpo de Prisiones con espada en esmalte blanco, y los ramos y la corona, en esmalte de los respectivos colores; alrededor, en igual forma que en el anverso, esta leyenda: *Al mérito penitenciario eminente*. Se llevará pendiente del cuello mediante un cordón de oro.

b) *Medalla al Mérito Penitenciario de Plata* (art. 396): Idéntica en tamaño y forma a la de oro, con igual simbolización y los mismos colores de esmalte, será de primera y segunda clase. Se otorgará la de primera clase a los funcionarios que tengan categoría de jefes de la Administración Civil, y la de segunda clase a los que no alcancen dicha categoría. No podrán concederse más de diez medallas al año. La de primera se llevará prendida de una cinta de color rojo, y de color verde la de segunda.

c) *Medalla al Mérito Penitenciario de Bronce* (art. 397) que será como las anteriores, pero sin esmaltes. Se concederá a los funcionarios del Cuerpo Auxiliar y se llevará prendida de una cinta de color morado. Anualmente no se podrán conceder más de diez.

d) Para las personas que sin ser funcionarios de Prisiones (art. 399), hayan adquirido notorios méritos relacionados con la obra penitenciaria, en el orden doctrina o práctico, podrán ser recompensadas con la concesión de las siguientes condecoraciones:

- Con la Medalla de Oro al Mérito penitenciario, como la establecida para los funcionarios.
- Con Medallas al Mérito Social Penitenciario, que podrán ser Distinguida de Oro, de Oro, Distinguida de Plata, de Plata y de Bronce (...). La Medalla al Mérito Social Penitenciario Distinguida de Oro, estará formada por un halo de rayos de oro; sobre éste, una cruz de esmalte azul con sus cuatro brazos iguales, rematados en forma de lis; en el centro la imagen de la Virgen de la Merced, y alrededor la leyenda: Mater Captivorum. Penderá del cuello mediante una cadena de eslabones dorados, esmaltados en rojo y azul. La Medalla Distinguida de Plata será como la anterior, pero con halo plateado, y se llevará en la misma forma, prendida de un cordón torzal rojo y azul con el vivo en plata. Las Medallas de Oro, Plata y Bronce, serán semejantes a las expresadas, de menor tamaño y con figura e inscripción en relieve. Se llevará del lado izquierdo del pecho, en su parte alta, prendida de una cinta listada en barras de los colores rojo y azul.



Lógicamente, al restablecerse la Monarquía Democrática se impuso la desaparición del escudo franquista, siendo finalmente el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el vigente Reglamento Penitenciario el que, en su Disposición Adicional Tercera, y bajo la rúbrica, “Condecoraciones penitenciarias” dispondrá:

1.- Los empleados públicos destinados en el ámbito de la Administración Penitenciaria podrán ser premiados, previo expediente instruido al efecto para acreditar los méritos contraídos, con las siguientes recompensas, que se anotarán en sus expedientes personales y se acreditarán mediante diploma expedido a nombre del interesado por la Autoridad que las conceda:

a) *Mención honorífica*, por la realización de actuaciones relevantes en el desempeño de las tareas asignadas, así como por la satisfactoria prestación de servicios en Instituciones Penitenciarias durante períodos prolongados de tiempo. La mención honorífica se concederá por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

b) *Medalla de Oro al Mérito Penitenciario*, por la realización de servicios en el ámbito penitenciario, relacionados o no con los cometidos del puesto de trabajo, que revistan una extraordinaria relevancia y denoten un alto espíritu de servicio. Esta condecoración se otorgará por Orden del Ministro de Justicia e Interior y confiere a su titular el tratamiento de Excelentísimo Señor.

c) *Medalla de Plata al Mérito Penitenciario*, por la prestación de servicios de especial relevancia relacionados con la actividad penitenciaria de forma continuada que denoten superior iniciativa y dedicación.

d) *Medalla de Bronce al Mérito Penitenciario*, por la prestación de servicios relevantes relacionados con la actividad penitenciaria que denoten una especial iniciativa y dedicación sin que concurren los superiores merecimientos a que se refieren las letras a) y b).

Las condecoraciones de las letras c) y d) se otorgarán por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

2.- Las instituciones, corporaciones, fundaciones, asociaciones y empresas, públicas o privadas, y, en su caso, los particulares, que se hayan distinguido en su colaboración con la Administración Penitenciaria, en cualquiera de las manifestaciones de la actividad penitenciaria, podrán ser recompensadas con las siguientes condecoraciones, que se acreditarán mediante diploma expedido a nombre de la entidad o persona premiada por la Autoridad que las conceda:

a) *Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario*, por la realización de servicios de extraordinaria relevancia, creación de entidades colaboradoras en la reinserción y resocialización de los reclusos o por el extraordinario apoyo prestado a la Administración Penitenciaria en el desempeño de las funciones que tiene asignadas, así como por su contribución extraordinaria a la mejora de la actividad penitenciaria en cualquiera de sus manifestaciones. La concesión de la Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario se efectuará por Orden del Ministro de Justicia e Interior.

b) *Medalla de Plata al Mérito Social Penitenciario*, por la realización de importantes servicios en el ámbito penitenciario, así como por su importante contribución a la mejora de la actividad penitenciaria en cualquiera de sus manifestaciones.

c) *Medalla de Bronce al Mérito Social Penitenciario*, cuando concurren méritos semejantes a los establecidos en las letras a) y b) sin los extraordinarios y especiales merecimientos que en las mismas se indican.

Las condecoraciones de las letras b) y c) se otorgarán por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

Vemos, pues, que se mantiene la forma y tamaño, tanto para la Medalla al Mérito Penitenciario como a la del Mérito Social Penitenciario (si bien desapareciendo las Distinguidas de Oro y Plata) establecida en el año 1956, lógicamente, adaptando tan sólo el escudo nacional al de la Monarquía Democrática. Con lo cual, actualmente tenemos:



Félix Pantoja García
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Ayer y hoy de la respuesta sancionadora a los menores

En un homenaje a D. Francisco Bueno Arús no cabe olvidar su decisiva aportación a la modernización de nuestra legislación penal de menores. Mucho ha llovido (pero insuficiente tal vez), desde que en la primavera de 1995, en el primer gobierno de Aznar y siendo Ministra de Justicia D.^a Margarita Mariscal de Gante, fui convocado al Ministerio de Justicia para intercambiar opiniones acerca de la nueva legislación penal de menores. Como es de suponer acudí al Ministerio lleno de desconfianza y escepticismo, teñido además de sorpresa, pues ya era conocida, sin duda, mi poca simpatía por los proyectos políticos del Sr. Aznar, pese a lo cual, como es natural en aplicado demócrata, acudí a la cita con el Gobierno legítimo que me llamaba. Una vez allí volví a contactar con Paco Bueno (me permitirás el tratamiento cariñoso de estos últimos años), al que conocí años antes en Granada, (tal vez en 1985) con motivo de un curso del Consejo General del Poder Judicial sobre derecho comunitario, conocí yo, porque Paco no podía acordarse de mí; pero se acordó en lo fundamental y para lo fundamental, que fue el pedirme una colaboración para algo que me interesaba profundamente y respecto de lo que tenía ideas que tímidamente fui exponiendo, advirtiendo, no sin sorpresa, que Paco las incorporaba a sus esquemas de trabajo. Estaban allí, además de mí mismo, Vicente Garrido Genovés, ilustre psicólogo, profesor de Universidad y estudioso de la violencia social, y el también universitario catedrático de Penal y de Criminología Antonio García Pablos, al que ya conocía por haber participado en otro curso del Consejo bajo su dirección. Y sobre todos Paco Bueno Arús, que, para mí fue un auténtico descubrimiento, hombre extremadamente culto, ameno e incansable conversador, de extensos conocimientos jurídicos y toda una autoridad en materia penitenciaria. Sin embargo me pareció que al tratamiento de menores infractores no había tenido demasiados acercamientos; pero era una esponja y las conversaciones a tres/cuatro bandas entre los allí presentes, obtuvo una síntesis que

acabaría por convertirse en una excelente regulación legal del procedimiento de sanción de menores infractores que, creo sinceramente, nos puso a la cabeza de los ordenamientos jurídicos y que aunaba, garantismo, con la imprescindible multidisciplinariedad en la búsqueda de una respuesta sancionadora educativa.

Celebrábamos las reuniones de trabajo en un gran salón del edificio conocido como palacio de la Duquesa de Parcen, y en una adecuado reparto de funciones, nos íbamos encargando de aportar cada uno aquello en lo que nuestro bagaje teórico y práctico hacía posible.

Sobre la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, se ha escrito bastante, y se la ha modificado aún más, incluso antes de nacer (véase las leyes orgánicas 7 y 9/2000), y por gobiernos de los distintos colores, lo que prueba que en materia de política criminal, se sucumbe fácilmente al populismo punitivo que parece imperar en la actualidad, y la frágil consideración de los menores es fácil presa de la voracidad oportunista de la coyuntura política; lástima de la miopía política que impide ver las realidades sociales tanto desde el ojo derecho como desde el izquierdo. Pues bien, en aquellos primeros momentos lo que se buscaba por todos era acertar con una respuesta de sanción, que sirviera para facilitar una actuación educativa que cumpliera de forma efectiva el mandato constitucional del 25.2, tan ignorado hoy en día. De la ley se ha escrito mucho, decía, pero tal vez, no se ha analizado en profundidad donde hunde sus raíces, y por eso, en homenaje a Paco Bueno, convendría exponer que este debate, es tan viejo, como la historia de nuestra doctrina penal, y que algunas de las cuestiones que parece nos planteamos ahora por vez primera, ya lo estaban desde el código de 1870 que fue objeto de análisis por los sectores ilustrados y progresista de nuestra sociedad.

El trabajo que me propuso Paco Bueno, me interesó de tal manera, que pensé en la conveniencia de dar un repaso a la evolución del tratamiento penal de los menores en la propia evolución de nuestros códigos penales. Me siento admirador de la labor realizada por la Institución Libre de Enseñanza en su labor de transformación social a través de la educación, por lo que, como su sede se encuentra muy próxima a la de la Fiscalía de Menores donde trabajaba por aquella época, me acerqué con la pretensión de conocer si este tema había sido objeto de atención de los profesores de la Institución. Y allí encontré los trabajos de la profesora portuguesa **Alicia Pestaña de Blanco**, esposa del profesor Pedro Blanco, publicados en el Boletín de la Institución¹, en la segunda década del siglo XX (1915 y ss), y que a través del denominado **“Protectorado del Niño Delincuente”** llevó a cabo la tarea, de impulsar la reforma del código penal vigente y de estudiar la capacidad de las personas que han de ocuparse del “tratamiento de la enfermedad social llamada comúnmente delincuencia infantil o juvenil. Ambas cuestiones guardan entre sí estrecha relación”. Con estas ideas, el grupo denominado “Decena Fundadora”², comenzó a caminar el 18 de febrero de 1916, primer aniversario de la muerte de D. Francisco Giner, participando directamente en el grupo denominado de “conseje-

¹ Véase BILE en la colección histórica los trabajos sobre la minoría de edad por D.^a Alice Pestana (años 1916 y ss).

² Integrada por Las Sras. Pilar Arenal, María Luisa Calderón de Barnés, Carmen Cortón de Cossío, Nieves García, María Goyri de Menéndez Pidal, Marquesa de Palomares de Duero, Tomasa Pantoja de Giner, Isabel Sama de Rubio, Dolores Tapia de Corrons y la propia Alicia Pestaña de Blanco, como se puede observar, muchas de ellas casadas con ilustres profesores de la Institución, en una especie de reparto de “papeles” en actividades para con la juventud e infancia.

ros y cooperadores” D. Gumersindo de Azcárate, con la pretensión de “*echar una mano al espantoso abandono en que todavía se encontraban en España los llamados niños delincuentes (en cursiva en el original), evitar antes que nada que entren en la cárcel los de Madrid, construyendo alrededor suyo, hasta donde nos fuera posible, la red de precauciones paternales que en países mas adelantados y mas felices constituían ya desde tiempo como órgano oficial, ayudado por instituciones particulares, el tratamiento racional*”. Es destacable en este trabajo, la colaboración del Profesor Dorado Montero, y así en el ensayo “El Protectorado del Niño Delincuente, un ensayo de educación correccional”, Alice Pestana (Alicia Pestaña, en español, editado por la ILE en 1935), este profesor analiza algunas características del sistema en el que han de contar, con personas que “*no sean carceleros ni verdugos... sí gentes de gran valor moral, de cultivada inteligencia de arte pedagógico, de interés cordial por los débiles necesitados y pobres*”. En este trabajo Alice Pestana, concluye que “*el nuevo sistema exige la especialización de todos los servicios. El Juez especial -magistrado o no-, tiene que ser a la vez pedagogo, médico, letrado y filántropo, la policía ha de ser también especial, en relación estrecha con los probatio officers, o delegados de vigilancia como se les llama en Portugal*”. Todas estas reflexiones se integran en el concepto que defendía el protectorado “*un sistema penal educativo, psicológico y profiláctico*”, sin duda tan parecido a la pretensión sancionadora educativa de que habla la ley 5/2000 en su exposición de motivos, y de la que Paco Bueno es artífice, creador e introductor en nuestro ordenamiento jurídico.

No me resisto a transcribir aquí parte del trabajo de la Dra. Pestana titulado “la minoría de edad penal” en el Boletín de la ILE,³ en la sección “Enciclopedia”. Dice la Dra. Pestana:

El “protectorado del Niño Delincuente”, en los nueve años que lleva trabajando con los niños y los jóvenes de la cárcel celular de Madrid, ha podido comprobar lo siguiente: que se cometen muchos menos delitos hasta los 15 años que entre los 15 y los 18. La acción corrosiva y pervertidora de la cárcel se ceba mucho más en los adolescentes que en los niños. Muchos factores contribuyen a ello, siendo quizás uno de los más activos el régimen distinto a que unos y otros están sometidos. Como la cárcel no está preparada para la educación y para el trabajo, sino sólo para la expiación y el castigo, el hábito de la ociosidad, aburrida y sabrosa a la vez, es una de sus mas desastrosas consecuencias. En la adolescencia, contrariando el sentido natural de la vida, engendra esta situación el mayor de los peligros, formulando una propensión a la inercia, que fácilmente podrá convertirse en estado definitivo.

Los que todavía miran la administración de justicia bajo su antiguo aspecto vejatorio y primitivo sienten una gran prevención contra el aflojar la mano, por temor a equivocarse, siempre preocupados con el siniestro espectro del discernimiento, tan pertinaz, que todavía aparece en nuestra modernísima ley de Tribunales para niños.

Al encuentro de esos temores formados por la imaginación enfermiza de quien los padece, pueden salir estas palabras del profesor Dorado Montero: “Se cometerán sin duda, muchas equivocaciones. Nunca ni en nada se verán los hombres libres de ellas. Solo al dejar de ser finitos, y, por lo tanto, hombres, es cuando, como omniscientes, podrían evitarlas. Pero yo pregunto: si los errores pueden tener disculpa en el caso

³ De 1916, páginas 149 a 151.

de que su comisión se origine cuando intentamos favorecer al prójimo, cual sucede en la administración de la justicia penal con el nuevo sentido, ¿podrán acaso tenerla cuando lo que perseguimos es castigar y hacer sistemáticamente daño, en la medida merecida y justa, y no más ni menos?”.

Que los reformadores del Código Penal vigente no desatiendan este capitalísimo punto, la minoría de edad penal, arrancando a la lenta contaminación de la cárcel y a las fatales consecuencias de la ineducación, los cientos de adolescentes que, por nuestra desidia, dan una contribución permanente y cuantiosa a la depauperación de la raza española.

El otro asunto a que antes nos referíamos, sobre el cual algo se ha discutido recientemente en los periódicos de Madrid, es el de la capacidad de las personas que deben elegirse para poner en marcha, con espíritu de moderna eficacia, bajo todos sus aspectos variadísimos, una Escuela de reforma, que vuelva la espalda a todos los oscuros procedimientos presidiarios, ya en desuso en todas partes, para mirar de frente, a toda luz, el elemento psicológico que se le entrega como parte del patrimonio nacional, para que lo ennoblezca, lo purifique y lo devuelva, lleno de vigor, a los sanos interés generales de la comunidad.

No hay tema de mayor importancia en lo que al tratamiento de la delincuencia juvenil se refiere. No queda espacio en este artículo ni para indicar someramente sus aristas de más acentuado relieve.”

Estas viejas nuevas ideas, que los profesores de la Institución Libre de Enseñanza y penalistas como el profesor Dorado Montero, junto al grupo de mujeres agrupadas en la Decena Fundadora a través del Protectorado del Niño Delincuente, defendían en los años finales del siglo XIX y primeros del XX, están vigentes. Tal vez su expresión hoy día sea otra, pero el concepto de imputabilidad distinta para menores y adultos, la respuesta distinta para menores que adultos, la exclusión de la cárcel para los menores y los trabajos para la integración social de los estos a través de la sanción, que se constituye en el vehículo mediante el cual proporcionar los instrumentos para la educación son de plena actualidad. Como es de plena actualidad los riesgos que corren estas ideas. La reciente reforma presentada por el Gobierno al Parlamento en el que se vuelve a la cárcel para los menores, es sin duda un paso atrás en la concepción de una justicia encaminada a la plena inserción de los jóvenes y adolescentes, algo en lo que Paco Bueno cree, y no sólo eso sino que Paco Bueno abrió la puerta de nuestro ordenamiento jurídico a estas ideas, transformadoras, justas y valientes que caracterizan a una sociedad que ve en sus niños y jóvenes una oportunidad de futuro antes que un peligro y se pone a su disposición para una actuación vital y transformadora.

La aportación de Paco Bueno es y ha sido decisiva en este recorrido. Por ello, es justo reconocerlo y hacerlo saber a la sociedad, cuando esta duda de sus propios principios.

Luis Fernández Arévalo
Fiscal de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla

Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios y actividad penitenciaria

*“La sensatez no conviene en todas las ocasiones;
a veces hay que ser un poco loco con los locos”*
Menandro

1. HOSPITAL PSIQUIÁTRICO PENITENCIARIO: ÚNICA MODALIDAD ACTUAL DE LOS CENTROS ESPECIALES.

Los fines de la actividad penitenciaria aparecen definidos en el art. 1 LOGP, conforme al cual *“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.”* En coherencia con lo anterior, a su vez, en el art. 7 la LOGP clasificó los establecimientos penitenciarios señalando que *“los establecimientos penitenciarios comprenderán: a) Establecimientos de preventivos. b) Establecimientos de cumplimiento de penas. c) Establecimientos especiales.”* A los establecimientos especiales se refiere la LOGP en su art. 11, conforme al cual *“los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos: a) Centros hospitalarios. b) Centros psiquiátricos. c) Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.”*

Actualmente la actividad penitenciaria en los centros especiales ha quedado limitada a la desarrollada por los Hospitales Psiquiátricos. Efectivamente, la modalidad de Hospital Penitenciario prevista en el art. 11.a) LOGP había perdido su sentido como consecuencia del nuevo modelo de atención sanitaria asumido por el RP vigente, en coherencia con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, puesto que a atención sanitaria especializada pasaba a desarrollarse por el Sistema Nacional de

Salud, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del art. 209.2.1 RP, que señala textualmente que “*la asistencia especializada se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud.*”, y en coherencia anticipada con dicho criterio, el Hospital General de Carabanchel había sido clausurado en virtud de Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 26 de abril de 1995.

A su vez, la Administración Penitenciaria nunca había desarrollado un plan de creación de Centros de Rehabilitación Social, lo que se ha rectificado mediante el recurso a la *externalización* en el RP vigente, que ha establecido un sistema de conciertos contemplado en el art. 182.3 RP, que dispone que “*la Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal*”.

Así pues queda avalado que la actividad de ejecución penitenciaria desplegada por los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios constituye el único modelo de actividad penitenciaria desarrollado en la práctica por un Centro Especial de las Instituciones Penitenciarias. Actualmente la DGIP dependiente del Ministerio del Interior cuenta con dos centros especiales de este tipo, uno en Alicante, y otro en Sevilla.

2. LA DISCUTIBLE CONCEPCION REGLAMENTARIA DEL HOSPITAL PSIQUIÁTRICO PENITENCIARIO O UNIDAD PSIQUIÁTRICA PENITENCIARIA COMO *HARDWARE* PENITENCIARIO DESTINADO AL CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD: SUS FUNCIONES REALES DE DIAGNÓSTICO PSIQUIÁTRICO DE PREVENTIVOS Y DE ASISTENCIA PSIQUIÁTRICA ESPECIALIZADA A INTERNOS CON TRASTORNOS MENTALES.

El RP vigente aborda la definición de Hospital Psiquiátrico Penitenciario señalando en su art. 183 RP que “*los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes*”.

Sin embargo esta definición queda desmentida a renglón seguido por el art. 184 RP, que regula otras modalidades de ingresos, desdiciéndose de ser el cumplimiento de dichas medidas de seguridad el único objeto de estos centros especiales. Efectivamente, se contempla el ingreso de detenidos o presos con patología psiquiátrica para observación y emisión de informe psiquiátrico a requerimiento judicial, y además de penados a los que de conformidad con lo dispuesto en el art 60 CP se aplique medida de seguridad adicional al acuerdo suspensivo de la pena, supuestos a los que podemos añadir el caso de los penados que sin aplicación del art. 60 CP, requieran de asistencia psiquiátrica penitenciaria especializada que no pudiera serles facilitada en un centro ordinario. A este respecto, el art. 184 RP señala que “*el ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos: a) Los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe. Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda.*”

b) *Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario.* c) *Penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad Psiquiátrica penitenciaria.*”

No suscitaba problemas el ingreso de detenidos y presos, previsto en el art. 184.a) RP, que se justificaba por lo dispuesto en las reglas generales de detención y prisión, en relación con la previsión contenida en el art. 381 LECr, que establece que “*si el Juez advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos Forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el Capítulo VII de este título.*”¹ En puridad, así pues, lo que la LECr había previsto era la observación de detenidos y presos a efectos de peritaje psiquiátrico en el propio establecimiento penitenciario de destino, lo que coincide con la previsión contenida en el art. 37.b) LOGP, que exige la existencia de dependencias especiales para observación psiquiátrica en todos los establecimientos penitenciarios; pero además expresamente la LECr se había planteado la posibilidad de ingreso del detenido o preso por orden judicial en otros establecimientos públicos más adecuados.

Tampoco suscitaba dudas el ingreso de sentenciados a sujetos de medidas de seguridad, conforme a lo dispuesto en los arts. 101 y 104 CP, con dos precisiones: en primer lugar que el CP posibilita la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, lo que permite concluir que el internamiento psiquiátrico no viene necesariamente a materializarse en hospitales psiquiátricos penitenciarios, pudiendo el Juez o Tribunal sentenciador acordar el internamiento en otro tipo de establecimiento, público o privado, si lo considera procedente; y en segundo lugar, que el RP en una deficiente redacción técnicamente hablando, omitió la posibilidad de internamiento psiquiátrico por razón de semieximente.

¹ El párrafo primero del art. 184.a) RP contempla así un supuesto muy excepcional: **un mandato judicial mixto, de doble contenido imperativo**, el primero, consustancial a todo mandato de internamiento, consistente en ordenar la admisión, retención y custodia; el segundo, de designación instrumental del lugar de retención, en atención a las necesidades procesales de obtención de informes periciales psiquiátricos. Este caso constituye excepción al principio general de competencia soberana de la DGIP para distribuir la población reclusa como proyección de su potestad organizativa de los servicios administrativos de prisiones. Sin embargo, la designación del lugar es instrumental para la observación psiquiátrica, limitando su vigencia “*durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe*”. Ahora bien, el párrafo segundo del art. 184.a) RP hace una precisión aparentemente coherente con lo anterior, pero de profundo calado que distorsiona toda la propia filosofía reglamentaria: “*una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda.*” Esto es, cumplida la observación y emitido el informe pericial, cesa la razón de la vigencia del mandato judicial ubicativo del interno, pero en ese momento, aunque lo coherente con el sistema sedicentemente asumido en el art. 183 RP sería prever que el Centro Directivo acordará necesariamente el traslado del interno, ya que su permanencia en el Hospital Psiquiátrico ha cumplido los objetivos legales de peritación judicialmente acordada, lo que se contempla es que el traslado constituye para el Centro Directivo una simple posibilidad, y no un tajante imperativo de inexorable cumplimiento. La experiencia en la práctica refleja que este traslado no siempre se produce, y que además ello nunca sucede cuando el detenido o preso no está en condiciones de sujetarse al modelo regimental ordinario, ya que en estos casos la propia Institución asume su deber de velar por la salud del interno, desplegando la prestación asistencial psiquiátrica en el marco arquitectónico del Hospital Psiquiátrico Penitenciario, y a la par respeta el mandato de separación legal impuesto por el art. 16.d) LOGP, que no puede cumplirse en centros penitenciarios comunes, donde las dependencias sanitarias aparecen dedicadas limitadamente a la observación psiquiátrica -art. 37.b) LOGP- pero no a la atención especializada.

La tercera posibilidad contemplada por el art. 184.c) RP había sido muy cuestionada, empezando por el propio autor de este análisis, ya que originariamente el CP aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, había modificado el sistema precedente, excluyendo la previsión anterior de que en los supuestos de enajenación mental sobrevenida resultara factible la sustitución de la pena por una medida de seguridad, estableciendo como única consecuencia, de apreciarse méritos, la suspensión de la ejecución de la pena, garantizándose por el Juez o tribunal que el reo recibiera atención sanitaria adecuada, sin que resultara prevista la sustitución de la pena por una medida de seguridad, situación que ha variado en la redacción actual del art. 60 CP, introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que sí contempla esta sustitución como una posibilidad, atribuyendo esta competencia al Juzgado de Vigilancia competente.

Hay otra posibilidad más de ingreso a mi juicio. He defendido muchas veces en el terreno doctrinal y en la práctica la posibilidad legal de destino en hospitales psiquiátricos penitenciarios y en unidades psiquiátricas penitenciarias de penados para facilitar asistencia psiquiátrica a aquellos que tienen trastornos mentales si no hubiera méritos para la aplicación del art. 60 LOGP y ello se requiriera en el terreno asistencial. La LOGP ha contemplado el deber de la Administración Penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos, con independencia de su condición procesal, esto es, abstracción hecha de su situación de internamiento en calidad de detenidos, de presos, de penados o de sentenciados sujetos a medidas de seguridad de internamiento. En su art. 3.4 LOGP se prevé que *“la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”*, sin diferenciar -puede observarse- entre salud física y mental. A su vez, el art. 16.d) LOGP por su parte ha previsto la enfermedad como criterio legal de separación, cuando señala *“los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.”* Conviene sin embargo dejar claro que en puridad lo que determina la necesidad de una separación penitenciaria no es toda enfermedad física o mental, sino tan solo aquella que impida al interno -abstracción hecha de su condición procesal- acomodarse en uno de los modelos regimentales comunes del establecimiento; si resulta factible su convivencia en un modelo regimental común, la enfermedad no es determinante de la separación del interno, sino sencillamente le hace acreedor de una atención sanitaria adecuada, sin cambios de su destino interior, salvo en los casos en que por su gravedad proceda su excarcelación para pruebas diagnósticas u hospitalización. Con objeto de asegurar por una parte la atención psiquiátrica penitenciaria de los internos que la requieran, y para asegurar de otro lado la adecuada separación de aquellos internos que presentan una enfermedad o deficiencia mental que exija su separación por estar imposibilitados para sujetarse al régimen normal del establecimiento, la LOGP previó dos alternativas: en primer lugar, la preceptiva existencia en todos los establecimientos de una dependencia destinada a la observación psiquiátrica -art. 37.b) LOGP-; y en segundo lugar, si el diagnóstico del enfermo mental exigiera un tratamiento especial, y éste se encontraba incapacitado para mantener la convivencia en un modelo regimental común, lo que procedería sería su destino a un Centro Penitenciario Especial, el Hospital Psiquiátrico Penitenciario -una de las tres modalidades previstas en el art. 11 LOGP, específicamente en su apartado b)-, destinado a la prestación asistencial de su especialidad, esto es, la atención psiquiátrica. Que esto es así se explicitaba aún más con una previsión específica normativa contenida en la LOGP, que delataba ser ésta, y no otra, la solución: en los casos de posible aplicación del régimen cerrado, necesariamente

debería constatarse en todo caso que la eventual peligrosidad o inadaptación del interno al régimen común no nacía de anomalías o deficiencias de su personalidad, en cuyo caso la consecuencia no debería ser en ningún caso su pase a régimen cerrado, sino en todo caso su destino a un centro especial, donde se le garantizara la necesaria atención asistencial, y todo ello sin perjuicio de la eventual activación de los mecanismos legalmente previstos en los casos de enajenación mental sobrevenida, llegado su caso. Efectivamente, en el art. 10.1 LOGP se establece que *“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.”*

De esta suerte, resulta claro que en el espíritu y letra de la ley existirían necesariamente dos alternativas. La primera afectaría a internos con enfermedades, anomalías o deficiencias que no les impidiera sujetarse a los regímenes comunes de los establecimientos, que no exigía separación legal, y respecto de los que el deber de la Administración de velar por su salud les impone asistencias puntuales o continuadas, sea en el interior de los propios establecimientos de destino, con recursos personales de la propia Administración, o ajenos concertados por la misma, y respecto de los que siempre que fuere necesario, excepcionalmente, conforme al sistema general, podría llegar a requerir su excarcelación a centros hospitalarios extrapenitenciarios, para consulta y hospitalización. Por el contrario, la segunda alternativa nos determinaría un tratamiento diferente en relación con internos con enfermedades, anomalías o deficiencias psíquicas que sí les impide sujetarse a los modelos regimentales comunes de los establecimientos, respecto de los cuales se nos plantearían dos posibilidades: en primer lugar, su destino a las dependencias de enfermería, destinadas en principio exclusivamente a la formulación de diagnósticos psiquiátricos referentes a los internos; y en segundo lugar, su destino a Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios -o bien subsidiariamente, Unidades Psiquiátricas propiamente dichas cuando se integrasen en un establecimiento penitenciario polivalente-, destinados en principio al desarrollo de una atención psiquiátrica asistencial propiamente dicha².

² La proyección del nuevo modelo general de asistencia sanitaria penitenciaria determinó el cierre o clausura del Hospital General Penitenciario como *hardware* penitenciario especial, en atención a la externalización de la atención especializada; sin embargo, la aplicación del ejemplo del antecedente supresivo no podía extensivo al caso de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, por tratarse de lugares efectivamente existentes y adecuados para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico, cuya aplicación aparece legalmente prevista en su caso a enfermos mentales sentenciados por la previa comisión de delitos, a los que se aprecia la eximente o semi-eximente correspondiente. Ante esta tesitura, el RP dedica un capítulo -el VII de su Título VII- a los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, contemplando el internamiento en los mismos como una forma especial de ejecución, y toma como punto de partida definitorio precisamente esta finalidad, esto es, el cumplimiento de las medidas de seguridad de internamiento, y así el art. 183 RP señala que *“los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes”*.

La definición reglamentaria de la finalidad de los Hospitales Psiquiátricos parte así una única y exclusiva *ratio*, el cumplimiento de la medida de internamiento psiquiátrico, obviando la esencia asistencial integral -prestación de asistencia psiquiátrica- que impregna la configuración legal -art. 11 LOGP- de esta modalidad de Centro Especial, y ello por la propia lógica de externalización de la atención especializada de la que parte la nueva filosofía de la sanidad penitenciaria, asumida por la Institución desde los últimos años 80. Sin embargo, la regulación reglamentaria ha prescindido de toda modificación del propio marco legal, lo que le hará entrar en colisión con el planteamiento de los principios

3. PECULIARIDADES ORGANIZATIVAS DE LOS HOSPITALES PSIQUIÁTRICOS PENITENCIARIOS.

Consecuencia directa de su finalidad asistencial, de las circunstancias personales de discapacidad psíquica de los internos ingresados, y de que el modelo normativo reglamentario no contempló la posibilidad de ingreso de penados, este cúmulo de factores va a determinar una peculiar estructura organizativa de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios.

En este sentido, la imposibilidad de imputación de responsabilidades en el plano disciplinario -dada la ausencia de culpabilidad de las personas discapacitadas psíquicas ingresadas- determina que no tenga razón de ser la existencia de una Comisión Disciplinaria. Así el art. 188.4 RP señala que *“las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones”*.

De otra parte, al no existir penados, no rige el sistema de individualización científica, mediante la clasificación en grados, y ello excluye la necesidad del funcionamiento de las Juntas de Tratamiento y de los Equipos Técnicos.

Subsiste la necesidad de la existencia de un Consejo de Dirección, en la medida en que se trata del órgano colegiado competente para regir la organización de la vida regimental; y también subsiste la necesidad de la Junta Económico Administrativa, encargada de las actividades de esta índole, esenciales para el desenvolvimiento de sus funciones por parte de cualquier Establecimiento Penitenciario.

Ahora bien, se hace necesaria la existencia de un órgano colegiado que pueda realizar dos tareas esenciales, una esencial para la actividad penitenciaria en sentido estricto en relación con los ingresados, esto es, definir los denominados programas individuales de rehabilitación; la segunda, esencial desde la perspectiva de las funciones colaboradoras con la ejecución penal de las instituciones penitenciarias, la de formular unas *ante-propuestas* periódicas dirigidas al Juez de Vigilancia en orden a que éste órgano judicial pueda adoptar las decisiones de propuesta sobre continuidad, sustitución, suspensión o cese de la medida de internamiento psiquiátrico, en los términos que el art. 97 CP vigente se establecen: dicho órgano será el denominado Equipo Multidisciplinar. A este Equipo se refiere el art. 185.1 RP, que señala que *“para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los*

superiores de la LOGP, aparte de otras incongruencias y defectos técnicos, lo que convierte a este capítulo VII del Título VII probablemente en uno de los apartados reglamentarios de peor factura.

El modelo reglamentario parte así de una lógica general de limitación de su uso para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico: se trata de medidas penales privativas de libertad cuyo cumplimiento debe ser asumido por las Instituciones Penitenciarias -art. 1 LOGP-, y como tales imponen (en la filosofía inspiradora del RP) su necesidad: solo en esta medida se justifica su existencia, ya que el planteamiento del nuevo modelo de sanidad penitenciaria contempla la atención psiquiátrica penitenciaria solo en su aspecto primario.

Las consecuencias derivadas de lo anterior resultan obvias: la atención primaria de enfermedades de internos no sujetos a medida de seguridad de internamiento debería ser desarrollada desde los propios establecimientos penitenciarios, sea con sus propios recursos personales, o ajenos concertados; y la atención especializada, desde los recursos comunitarios externos del propio Sistema Nacional de Salud. El sistema debería completarse con la intervención de los equipos técnicos previstos en el art. 39 LOGP para aquellos casos en los que el diagnóstico de la enfermedad mental pudiera llevar aparejadas consecuencias penitenciarias.

psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos. También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.”

Esta es la lógica que inspira el diseño asumido por el art. 265.4 RP, que establece que *“en los Hospitales psiquiátricos penitenciarios sólo existirán el Consejo de Dirección, cuya composición se determinará por las normas de desarrollo de este Reglamento, la Junta Económico-Administrativa y los Equipos multidisciplinares necesarios”*. En apariencia, este modelo resulta impecable, vistas las razones expuestas. Sin embargo, conviene formular ciertas advertencias, relativas a la posibilidad e incluso necesidad de funcionamiento de las Comisiones Disciplinarias y de las Juntas de Tratamiento, así como unas terceras precisiones sobre las específicas características orgánicas, funcionales y de composición de los Equipos Multidisciplinares.

En primer lugar, la existencia conforme al propio modelo reglamentario de preventivos ingresados para diagnóstico psiquiátrico pone en evidencia la posibilidad de que determinados comportamientos infractores de la seguridad y convivencia ordenada, que eventualmente puedan revestir caracteres de infracción disciplinaria conforme al catálogo reglamentario vigente, puedan ser protagonizados por personas cuyo diagnóstico psiquiátrico excluya una situación de exclusión plena de culpabilidad, o que el ingresado para cumplir una medida de seguridad tenga un plano de culpabilidad como consecuencia de una buena evolución del tratamiento psiquiátrico, por lo que el modelo organizativo deja en la práctica impunes disciplinariamente comportamientos protagonizados por internos ingresados en los hospitales psiquiátricos penitenciarios respecto de los que puede afirmarse culpabilidad plena o al menos mermada, pero no suprimida, al tiempo de la comisión de los hechos, y ello nos lleva a concluir que la Comisión Disciplinaria debiera restablecerse para estos casos concretos, en su caso previo informe psiquiátrico, dejándose abierta la posibilidad de que el Director considerarse procedente incoar el oportuno expediente disciplinario.

En segundo lugar, la conveniencia y aun necesidad de funcionamiento de la Junta de Tratamiento se hace patente respecto de algunas hipótesis residuales. Así, penados trasladados para eventual diagnóstico psiquiátrico previo a la activación de un incidente de enajenación mental sobrevenida. Tal y como han recalcado en sus criterios de actuación los Juzgados de Vigilancia, y respecto de penados para los que no concurriendo méritos justificativos de la aplicación del art. 60 CP, sin embargo se haga necesario asistencialmente su ingreso y estancia temporal en el hospital psiquiátrico penitenciario, situaciones ambas que en la práctica se han venido dando en los hospitales psiquiátricos penitenciarios. Para estos casos, las tareas de clasificación, revisión de grado, decisiones de disfrute de permisos ordinarios y/o extraordinarios siguen siendo individualmente necesarias, lo que justifica plenamente la aparición de la Junta de Tratamiento.

Las soluciones puntuales descritas de funcionamiento de Comisiones Disciplinarias y de las Juntas de Tratamiento pueden cubrirse con una previsión reglamentaria habilitante, tal y como la contenida en el art. 265.5 RP, que dispone que *“cuando en algún Centro penitenciario las necesidades o la cobertura de puestos de trabajo existente en el mismo no permitan alcanzar la composición de los diferentes órganos colegiados que se determina en el Capítulo siguiente, se adaptará la composición de aquéllos a las mis-*

mas o a los puestos de trabajo que existan en el Establecimiento conforme se determine en las normas de desarrollo de este Reglamento”. No obstante, el régimen disciplinario está terminantemente excluido conforme al art. 188.4 RP, que dispone que “*las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones*”, lo que nos suscita evaluar si es necesario reconsiderar esta tajante exclusión para aquellos casos individuales y excepcionales en los que el comportamiento infractor pudiera haberse realizado bajo condiciones de culpabilidad por su autor, psiquiátricamente justificada documentadamente.

La tercera reflexión debe venir marcada por los Equipos Multidisciplinares, y en particular, como señalábamos, en relación con sus específicas características orgánicas, funcionales y de composición.

Por lo que atañe a sus específicas características orgánicas debe concluirse que asistimos a un verdadero órgano colegiado, propio y específico de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, y como tal aparece contemplado en el art. 265.4 RP, con lo que no cabe dudar de dicha naturaleza, tal y como ha sucedido respecto de los Equipos Técnicos.

Sí suscita en cambio muchas dudas la dinámica actual de funcionamiento de los Equipos Multidisciplinares, establecida en el punto 10 de la Circular de la DGIP 7/1996, de 12 de junio, que estableció que “*en los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas las funciones asignadas reglamentariamente a las Juntas de Tratamiento serán asumidas por el Consejo de Dirección*”. Como veremos, esto transforma a los Equipos de Tratamiento lisa y llanamente en órganos bajo sospecha, tutelados por el Consejo de Dirección, que en la práctica viene a adoptar los acuerdos, en tanto que las decisiones del Equipo Multidisciplinar se convierten de facto en meros informes antecedentes de las resoluciones que adopta en puridad el Consejo de Dirección, y no el Equipo Multidisciplinar correspondiente. El sistema queda así **distorsionado y retorcido**, modificando el espíritu y la letra del RP, como nos lo delata el art. 186.2 RP, que señala que “*el equipo que atienda al paciente deberá presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad Psiquiátrica, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro*”. La mención del equipo nuevamente se reitera en los informes periódicos a los que se refiere el art. 187 RP, que dispone en su apartado 1 que “*la peculiaridad del internamiento de los enajenados reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución*”, agregándose en el apartado 2 que “*el informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes*”. Son así, sin duda, los acuerdos adoptados por el Equipo Multidisciplinar documentados en forma de informe, y no las decisiones del Consejo de Dirección, las que se deben remitir a la Autoridad Judicial y al Ministerio Fiscal. El papel respectivo de Consejo de Dirección y Equipo Multidisciplinar aparece claramente delimitado en la diferenciación formulada en el art. 189 RP entre *programación general de actividades rehabilitadoras* y los denominados

programas individuales de rehabilitación para cada paciente. La primera corresponde, conforme a la lógica general de nuestro modelo organizativo, al Consejo de Dirección; los segundos, a los Equipos Multidisciplinares³.

La cuestión de la composición organizativa del Equipo Multidisciplinar debe ser igualmente analizada. El art. 185.1 RP dispone que *“para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos. También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación”*. El Equipo Multidisciplinar puede y debe estar presidido por el Director, y a su vez el Director puede delegar su presidencia en la figura del Subdirector de Tratamiento, existente en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, que conforme a la lógica del sistema de funcionamiento descrito por el RP -no como dice la Circular antedicha- debe además ser vocal o miembro del Equipo Multidisciplinar. Nos resta otras tres omisiones: La primera, la del jurista, que también existe en los hospitales psiquiátricos penitenciarios, y cuya presencia en el Equipo Multidisciplinar está tan justificada o más que las Juntas de Tratamiento o Equipos Técnicos, dadas las procelosas complicaciones jurídicas que salpican la dinámica de la ejecución de las medidas de seguridad, ya que puede y debe ejercer dentro de este órgano colegiado las competencias que le vienen siendo asignadas en el art. 281 del RP aprobado por RD 1201/1981, vigente con valor de resolución del Centro Directivo conforme a la DT.^a 3.^a del RD 190/1996, de 9 de febrero. Las otras dos omisiones, la del educador y la del Jefe de Servicios, por paralelismo a la composición a la Junta de Tratamiento.

4. COLABORACIÓN DEL HOSPITAL PSIQUIÁTRICO PENITENCIARIO EN LA EJECUCIÓN PENAL.

Las competencias de ejecución de las medidas de internamiento corresponden exclusivamente a Jueces y Tribunales, y se dividen entre Jueces y Tribunales sentenciadores⁴, de una parte, y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, de otra.

³ La confusión entre las funciones respectivas conduce a la distorsión general del sistema, y de ahí nacen las disfunciones de los hospitales psiquiátricos penitenciarios, más agudas en uno que en otro, en función de la adaptación del Consejo de Dirección respectivo a la dinámica del Equipo Multidisciplinar correspondiente.

⁴ Corresponde a los Jueces y Tribunales sentenciadores la adopción de los pronunciamientos siguientes:

1.º- Decisiones de determinación del lugar de cumplimiento -hospital psiquiátrico penitenciario u otro centro adecuado; no necesariamente serán hospitales psiquiátricos penitenciarios, y podrán alternativizarse otros recursos, si existieren⁴. 2.º- Decisiones de inicio de cumplimiento, acordando el ingreso en su caso en prisión, a través del mandato de admisión, y de retención y custodia: mandamiento de ingreso en concepto de internado judicial. Corresponde a los Juzgados y Tribunales sentenciadores, y no a los JVP, ordenar el inicio de la ejecución de la medida de seguridad acordada, conforme al principio general consagrado en los arts. 984, párrafo primero, 985, 986, párrafo segundo del art. 988, y párrafo segundo del art. 990, preceptos todos de la LECr. Así pues, si se trata de medida de seguridad consistente en internamiento en Hospital Psiquiátrico Penitenciario, el Juzgado o Tribunal sentenciador deberá expedir mandamiento de ingreso en concepto de internado judicial del sujeto a la medida de seguridad, adoptando sin dilación las medidas necesarias para que el sentenciado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno. 3.º- Definición del máximo de cumplimiento, a través de la oportuna liquidación de máximo de cumplimiento de la medida. 4.º- Decisiones de cese, sustitución, suspensión y continuidad de la medida de internamiento, en los términos del art. 97 CP, en relación con 101.2 y 104 CP. La liquidación practicada determina un máximo de

La práctica inexistencia de normas reguladoras en la LECr. sobre ejecución de medidas de seguridad debe conducir a la siguiente conclusión: las normas de ejecución de las penas serán de aplicación analógica a las medidas de seguridad de internamiento, en tanto en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de la medida. Aunque no existe una regla explícita en este sentido, al modo del sistema alemán -parágrafo 463 del Código Procesal Penal Alemán (StPO)- puede concluirse su vigencia conforme al art. 4.1 del Código Civil, que dispone que *“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”*.

A los efectos que nos interesa, la intervención del Hospital Psiquiátrico Penitenciario en sus funciones de colaboración con las competencias jurisdiccionales de ejecución penal se van a canalizar principalmente en relación con las decisiones revisoras de la subsistencia de la medida de internamiento. Obsérvese que el Código Penal exige una revisión anual de la situación de las medidas de seguridad privativas de libertad, pero no establece periodicidad respecto a la revisión de las medidas de seguridad no privativas de libertad. Sin embargo, en el caso de los internamientos en Hospitales Psiquiátricos, las revisiones administrativas efectuadas por el órgano competente -equipo multidisciplinar- se efectuarán con periodicidad semestral, conforme a mandato del Reglamento Penitenciario, lo que se acomoda al sistema general de revisión de grado y del programa de tratamiento prescrito en el art. 65.4 LOGP. Debe tenerse presente que el JVP no acuerda la decisión de cese, sustitución, suspensión o continuidad de la medida, sino que eleva propuestas al Juez o Tribunal sentenciador. Ello se ha criticado doctrinalmente porque confiere a los JVP competencias no jurisdiccionales; entendemos salvada la crítica porque los órganos jurisdiccionales ejercerán además de las competencias jurisdiccionales -art. 117.3 CE- aquellas otras que la ley les confiera en garantía de derechos, esto es, las funciones de tutela judicial de derechos del art. 117.4 CE.

cumplimiento de la medida, que no excluye su término anticipado, en el marco de las decisiones que competen al Juez o Tribunal sentenciador sobre determinación del cese, sustitución o suspensión de la medida de internamiento, en virtud de un pronunciamiento que resuelve un incidente contradictorio -intervención de Ministerio Fiscal, y abogado defensor, y acusaciones personadas- que activa el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Conforme al art. 97 CP: *“Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador podrá, mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria: a) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. b) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejar tal medida sin efecto. c) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código. A estos efectos el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta”*. A su vez el art. 98 CP agrega que *“para formular la propuesta a que se refiere el artículo anterior el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene”*. 5.º- Decisiones de término por cumplimiento del máximo o suspensión de la medida.- Aunque de suyo no resulta necesario un sistema de propuestas de licenciamiento definitivo, ya que la orden de extinción estaría marcada en la liquidación de máximo de cumplimiento de la medida, parece aconsejable proyectar a las medidas de seguridad de internamiento el sistema de aprobación de comunicaciones y propuestas dimanante de los arts. 17.3 LOGP y 24 y siguientes del Reglamento Penitenciario, de tal suerte que la excarcelación requiere una aprobación expresa del Juez o tribunal sentenciador.

¿Cómo acuerda el JVP sus decisiones de propuesta de cese, sustitución, suspensión o continuidad, de las medidas de seguridad de internamiento psiquiátrico? El contenido de la propuesta se activa en virtud de una *antepropuesta* elevada a dicho órgano jurisdiccional por el equipo multidisciplinar del Hospital Psiquiátrico Penitenciario, según se prevé en los arts. 186.2 y 187 del Reglamento Penitenciario vigente. Conforme al art. 186.2 RP *“El equipo que atienda al paciente deber presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad Psiquiátrica, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro”*. Conforme al art. 187 RP *“1. La peculiaridad del internamiento de los enajenados reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución. 2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 ser remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes”*.

La determinación de un plazo semestral de revisión por parte de los Equipos multidisciplinarios de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios no es caprichoso, sino que toma como referencia las revisiones semestrales efectuadas en las revisiones del programa individual de tratamiento y de las revisiones de grado propias del sistema de individualización científica, que constituye el nervio central del régimen del cumplimiento de las penas en el sistema penitenciario español. La remisión del informe al Juzgado de Vigilancia, si se propone la continuidad, no determina que el JVP formule expresa propuesta al Juzgado o Tribunal sentenciador, pues el mandato imperativo del art. 97 CP es de elevación con periodicidad anual. Por su parte la remisión del informe al Ministerio Fiscal se justifica en la medida en que el Fiscal se configura constitucionalmente -art 124 CE- como órgano promotor de la actuación de la justicia, y como garante institucional -juntamente con el Defensor del Pueblo- de los derechos.

La evolución positiva del internado en su programa individual de rehabilitación, el éxito e incidencia positiva del tratamiento terapéutico, la aparición de alternativas sociales, pueden conjuntamente determinar una aminoración de la peligrosidad criminal del internado, y la suficiencia de medidas de seguridad no privativas de libertad para controlar dicha peligrosidad criminal, en cuyo caso deberá determinarse la sustitución de la medida de seguridad de internamiento por las medidas no privativas de libertad imprescindibles para el control de dicha peligrosidad criminal; pero si el éxito del tratamiento terapéutico es pleno, y no se hace ni tan siquiera necesaria la aplicación de medidas de seguridad no privativas de libertad, ello a su vez deberá determinar el cese o suspensión de la medida de internamiento.

El procedimiento revisorio es simple: recibido el informe emitido por el Equipo multidisciplinar, el Juzgado de Vigilancia oirá al Ministerio Fiscal, y a su vista dictará la resolución correspondiente, pudiendo reclamar datos complementarios por

propia iniciativa o a instancia del Ministerio Fiscal. La resolución se articula en forma de propuesta dirigida al Juez o Tribunal sentenciador, y en principio no es susceptible de recurso, ya que la decisión final será adoptada por el Juez o Tribunal sentenciador: no es un auto, es una propuesta.

Una vez recibida la propuesta por el Juez o Tribunal sentenciador, oír al Fiscal, acusaciones si las hubiere, y abogado defensor, y dictará la resolución pertinente. En defecto de normativa especial, rige el sistema general de recursos.

5. ACTIVIDAD PENITENCIARIA Y HOSPITALES PSIQUIÁTRICOS.

La actividad penitenciaria en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios perseguirá dos finalidades básicas: en primer lugar, la retención y custodia, o aseguramiento de la persona del sentenciado, ordenada por la autoridad judicial, manteniendo la convivencia ordenada; y en segundo lugar, la reeducación y reinserción social del internado. Ahora bien, la actividad asistencial va a impregnar en su totalidad una y otra parcela de la actividad penitenciaria, constituyendo el impulso inspirador de una y otra; podemos hablar así con propiedad de un régimen asistencial, y de un tratamiento asistencial.

Ahora bien, esta finalidad asistencial debe incluso inspirar la propia ubicación y diseño de los hospitales psiquiátricos penitenciarios. A los criterios de ubicación y de diseño arquitectónico se refiere el art. 191.1 RP, conforme al cual *“para fijar la ubicación y el diseño de las instalaciones psiquiátricas, deberán tenerse en cuenta como elementos determinantes, factores tales como los criterios terapéuticos, la necesidad de favorecer el esparcimiento y la utilización del ocio por parte de los pacientes internados, así como la disposición de espacio suficiente para el adecuado desarrollo de las actividades terapéuticas y rehabilitadoras”*, agregándose en el apartado 2 que *“la Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes”*.

A este respecto, los JVP acordaron en su XII Reunión *“instar a las Administraciones Penitenciarias para que proceda a la creación de unidades psiquiátricas en los centros penitenciarios que se reputen necesarios para atender la demanda de atención especializada de sus respectivas áreas territoriales, en cumplimiento del imperativo de velar por la salud de los internos, previsto en el art. 3.4 LOGP, y en aplicación del criterio legal de separación previsto en el art. 16.d) LOGP”*⁵.

⁵ Ello se acordó en base a la siguiente motivación: *“en la actualidad se canaliza dicha atención a través de un sistema de acuerdos entre la Administración Penitenciaria y entidades concertadas, encontrándonos con graves retrasos en la atención de los reclusos que presentan padecimientos psiquiátricos. La creación de estas unidades psiquiátricas, atendidas por psiquiatras de la propia institución, se justifica además por la existencia de la especialidad de psiquiatría en la Ley 39/1970, de reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios, por la propia previsión de unidades psiquiátricas, además de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios en los arts. 184 y siguientes del Reglamento Penitenciario vigente. En la actualidad, además, la inexistencia de Unidades Psiquiátricas suscita problemas de ubicación de penados que padecen anomalías psíquicas, que conforme al art. 184 RP no pueden ser destinados a Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, y cuya vida en módulos de régimen ordinario resulta del todo punto imposible”*.

5.1. La actividad de régimen en los hospitales psiquiátricos penitenciarios.

La actividad de retención y custodia del sentenciado sujeto a medida de seguridad constituye el cumplimiento material de la orden judicial en cuya virtud se produjo su ingreso; y se extenderá hasta que se acuerde su libertad por el Juez o Tribunal, en los términos del art. 97 CP ya examinados. En consecuencia, la Administración Penitenciaria viene obligada: primero, a establecer los sistemas de seguridad adecuados en orden a asegurar el mandato judicial precitado; segundo, a asegurar la convivencia ordenada o buen orden regimental, sin el cual será imposible el desarrollo de las actividades tratamiento y rehabilitación social, y en este marco se inscribirán la eventual aplicación de medios coercitivos, conforme a los presupuestos generales previstos por la LOGP, pero que presentan la particularidad de que no se podrán desplegar sin previa indicación de facultativo; no cabrá sin embargo la corrección de comportamientos infractores de la normal convivencia en el marco de ningún régimen disciplinario, atendida la ausencia de culpabilidad en la conducta de los internados.

Fuera de estos límites, todo girará en orden a las exigencias de su tratamiento terapéutico, y dicho tratamiento terapéutico, esa actividad asistencial, va a inspirar incluso los límites regimentales. Así se destaca desde el momento mismo del ingreso, y en cuanto a su separación interior, conforme al art. 186.1 RP, conforme al cual *“en el momento de ingresar, el paciente ser atendido por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por el psiquiatra”*.

Por su parte, el art. 188 RP regula el régimen de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, pivotando todo alrededor del impulso asistencial. Así las necesidades asistenciales del paciente inspiran la separación interior, y así viene a reconocerse en el art. 188.1 RP, que señala que *“la separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente”*; igualmente inspira el modelo de vida que le es aplicable, y a tal respecto el art. 188.2 RP señala que *“las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento”*. La eventual aplicación de medios coercitivos es admitida pero supeditada a la expresa indicación facultativa, y a tal efecto el art. 188.3 RP dispone que *“el empleo de medios coercitivos es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona. Incluso en los supuestos de que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa el paciente, dándose traslado documental de su prescripción médica.”* Respecto al régimen disciplinario, es tajantemente excluido como hemos visto en el art. 188.4 RP, que dispone que *“las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones”*; pero hemos criticado esta tajante exclusión, y en casos de culpabilidad existente en el interno diagnosticada médicamente y si se reputa adecuado por facultativos, en coherencia con el sistema general, no debería ser excluido tan radical y terminantemente su aplicación.

5.2. La actividad de tratamiento en los hospitales psiquiátricos penitenciarios.

En cuanto a la actividad de reeducación y reinserción social, constituye el fundamento y núcleo del tratamiento penitenciario, que será igualmente de manera fundamental terapéutico-social. Así se colige del art. 68.1 LOGP, que dispone que *“en los centros especiales el tratamiento se armonizará con la finalidad específica de cada una de estas Instituciones”*.

A las actividades rehabilitadoras se refiere el art. 189 RP, diferenciando entre la programación general de actividades rehabilitadoras del Hospital Psiquiátrico Penitenciario, y los programas individuales de rehabilitación. Conforme al art. 189 RP *“con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitutionalización de la población internada y facilitar su vuelta al medio social y familiar; así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá, con soporte escrito, una programación general de actividades rehabilitadoras, así como programas individuales de rehabilitación para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción, puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social”*. La delimitación conceptual entre programación general de actividades rehabilitadoras y programas individuales de rehabilitación debiera resultar clara: la programación general de actividades rehabilitadoras es el equivalente a lo que el RP vigente en el régimen ordinario calendario mensual de actividades -art. 77.3 RP-, y el programa individual rehabilitador el equivalente a lo que el RP denomina programa individual de tratamiento, para penados, y modelo individualizado de intervención, para preventivos: el primero debe ser aprobado conforme a la naturaleza de las cosas por el Consejo de Dirección; el segundo, por el Equipo Multidisciplinar, aunque la Circular de 1996 antedicha parece atribuirle *contra natura* al Consejo de Dirección.

Para la realización de estas actividades de rehabilitación la Administración deberá contar no sólo con instalaciones adecuadas, sino también con recursos personales especializados suficientes, y con la colaboración de recursos externos.

A los recursos personales especializados se refiere el art. 185.1 RP, conforme al cual *“para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos. También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.”*

A la colaboración de los recursos externos se refiere el art. 185.2 RP, conforme al cual *“la Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental”*.

Las actividades de reinserción social se van a canalizar a través de instituciones tales como comunicaciones con familiares y amigos que acudan a visitar al internado en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario, y un programa de salidas al exterior. A estas actividades de reinserción social se va a referir el art. 190 RP, bajo la denominación de relaciones con el mundo exterior. Conforme al art. 190 RP *“las comunicaciones con el exterior de los pacientes se fijarán en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquéllos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes puedan comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones”*.

Una cuestión que se suscita es la competencia judicial para autorizar las salidas al exterior. ¿Corresponde al Juez o Tribunal Sentenciador, o bien por el contrario al Juez de Vigilancia Penitenciaria? A favor del Juez o Tribunal sentenciador se aduce que el internado no podrá salir del centro de internamiento sin previa autorización de aquél; pero la cuestión es muy dudosa tras la redacción del art. 101 CP, cuyo apartado 2 establecía, como ya vimos, que *“el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código”*. Desde el momento en que la salida del establecimiento es en los términos o de conformidad con lo establecido en el art. 97 CP, queda claro que no es el Juez o Tribunal quien debe autorizar el permiso de salida, ya que el permiso de salida no constituye ni cese, ni sustitución, ni suspensión de la medida en los términos del art. 97 CP. Que es el JVP la autoridad judicial que debe autorizar el permiso de salida lo confirman los arts. 94 LOPJ, cuando se asigna a los JVP la competencia de ejecución de las medidas de seguridad; dado que el permiso entraña una revocación del mandato original de retención y custodia, solo la autoridad judicial de ejecución podrá revocar el mandato aludido, siendo el JVP la autoridad de ejecución conforme al art. 94 LOPJ. Si consideramos los permisos de salida como control jurisdiccional de la legalidad de la actividad ordinaria de la Administración, esta competencia corresponde al JVP, y nunca al Juez o Tribunal sentenciador -art. 76.1 LOGP. Corresponde además a los JVP la autorización de los permisos de salida excepto los de los penados clasificados en tercer grado -art. 76.2.i) LOGP. Pero la cuestión queda meridianamente clarificada en el RP. Las salidas al exterior se inscriben en el programa individualizado de rehabilitación -art. 190 RP-; el programa de rehabilitación se manda para su aprobación a la Autoridad Judicial correspondiente, según el art. 186.2 RP, juntamente con las propuestas de cese, sustitución, suspensión o continuidad de la medida. Es claro que dicha autoridad judicial es así el JVP, que deviene en competente para la autorización de las salidas, y así lo han asumido los Jueces de Vigilancia en sus criterios de actuación.

6. LIBERTAD DE INTERNOS INGRESADOS EN LOS HOSPITALES PSIQUIÁTRICOS PENITENCIARIOS.

La orden de libertad vendrá determinada por las decisiones de suspensión, sustitución o cese de la medida acordada por el Juez o Tribunal sentenciador, conforme al art. 97 CP, o bien por vencimiento del máximo de cumplimiento contemplado en la liquidación de la medida.

En esta última hipótesis, debemos distinguir dos posibilidades: libertad sin excarcelación o con excarcelación. Lo primero sucederá si el internado tiene causas penales activas, y penitenciarmente se resuelve conforme se dispone en el art. 29 RP, que señala en su apartado 1 que *“los Directores de los establecimientos retendrán a los penados que, habiendo extinguido una condena, tengan alguna otra pendiente de cumplimiento, informando a aquéllos de la causa de la retención”*, agregando en su apartado 2 que *“cuando la retención lo sea por tener pendiente otra causa en que se haya decretado prisión provisional, el Director lo comunicará a la autoridad judicial competente y al centro directivo para el traslado que, en su caso, proceda.”* Aunque no se haya contemplado específicamente, en la práctica los Directores suelen activar el incidente contemplado en el art. 60 CP con anterioridad, si apreciaran méritos para ello.

La excarcelación en cambio suscita problemas cuando no hubiera alcanzado éxito su tratamiento terapéutico, lo que a la par nos ubica en puridad ante la acción social postpenitenciaria. A la Administración Penitenciaria le incumbirá un deber de derivación hacia los recursos terapéuticos sociales externos, conforme al art. 185.2 RP, que establece que *“la Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental”*.

La excarcelación por razón de libertad se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de que se pueda instar en su caso las medidas de incapacitación pertinentes, y así se prevé con carácter general en el art. 219.4 RP *“cuando el liberado definitivo sea un enfermo mental, se comunicará al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes”*.

Puede suceder que el interno, al tiempo de la excarcelación por cumplimiento de la medida de seguridad, se encuentre en una situación de descompensación que justifique su internamiento en un centro hospitalario extrapenitenciario, en cuyo caso la Dirección del Hospital Psiquiátrico Penitenciario podrá proceder en los términos contemplados en el art. 763 LEC.