

Revista de Estudios Penitenciarios

EXTRA 2013

IN MEMORIAM DEL PROFESOR FRANCISCO BUENO ARÚS

COLABORAN:

Carlos García Valdés (Coordinador), Emilio Tavera Benito, Sergio Cámara Arroyo, Vicenta Cervelló Donderis, Luis Fernández Arévalo, Manuel Gallego Díaz, César Herrero Herrero, Montserrat López Melero, Pedro-Alejo Llorente de Pedro, Borja Mapelli Caffarena, Carlos Mir Puig, Felipe Renart García, Abel Téllez Aguilera



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

Revista de Estudios Penitenciarios

Extra
Año 2013



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DEL INTERIOR

SECRETARÍA
GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

D. Ángel Yuste Castillejo

Secretario General de Instituciones Penitenciarias

Vicepresidente

D. Javier Nistal Burón

Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria

Vocales

D. Carlos García Valdés

Catedrático de Derecho Penal

D. Emilio Tavera Benito

Jurista Criminólogo

D. Abel Téllez Aguilera

Magistrado y Doctor en Derecho

D. José Luis de Castro Antonio

**Magistrado del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria
y de Menores de Madrid**

D.^a Miriam Tapia Ortiz

Subdirectora General de Penas y Medidas Alternativas

D. José María Pérez Peña

Subdirector General de la Inspección Penitenciaria

D. José Manuel Arroyo Cobo

Subdirector General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria

D.^a María Yela García

**Jefa de Servicio de la Subdirección General de Tratamiento
y Gestión Penitenciaria**

D.^a Francesca Melis Pont

**Técnico Superior de la Subdirección General de Tratamiento
y Gestión Penitenciaria**

D.^a Zoraida Estepa Carmona

Directora de Programas del Centro de Estudios Penitenciarios

Secretaria

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.



En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Edita: Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica.

NIPO (ed. en línea): 126-13-050-5

NIPO (ed. papel): 126-13-051-0

ISSN: 0210-6035

Depósito legal: M-2306-1958

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

IN MEMORIAM

DEL PROFESOR FRANCISCO BUENO ARÚS

COLABORAN

CARLOS GARCÍA VALDÉS (Coordinador)

EMILIO TAVERA BENITO

SERGIO CÁMARA ARROYO

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

MANUEL GALLEGO DÍAZ

CÉSAR HERRERO HERRERO

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO

PEDRO-ALEJO LLORENTE DE PEDRO

BORJA MAPELLI CAFFARENA

CARLOS MIR PUIG

FELIPE RENART GARCÍA

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

SUMARIO

| | Págs. |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| PARTE I. “EL JURISTA Y SU ÉPOCA” | 11 |
| Francisco Bueno Arús: Funcionario, Jurista, Profesor. EMILIO TAVERA BENITO | 13 |
| La utopía correccional de Bueno Arús: La Ley Orgánica de Justicia Juvenil. SERGIO CÁMARA ARROYO | 23 |
| Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria). CARLOS GARCÍA VALDÉS | 51 |
| PARTE II. “ESTUDIOS DOCTRINALES” | 69 |
| La pena de localización permanente en centro penitenciario. VICENTA CERVELLÓ DONDERIS | 71 |
| Ejecución de la expulsión judicial sustitutiva y pluralidad de causas penadas y en su caso preventivas penitenciariamente activas. LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO | 85 |
| Tratamiento penitenciario y voluntariedad. MANUEL GALLEGO DÍAZ. | 99 |
| Derecho penitenciario recuperador y criminología clínica, demanda lógica del Estado Social y Democrático de Derecho. CÉSAR HERRERO HERRERO | 119 |
| El artículo 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos. MONTSERRAT LÓPEZ MELERO | 149 |
| El reflejo penitenciario de la legislación del Antiguo Régimen y la primera Codificación Penal española de 1822. PEDRO-ALEJO LLORENTE DE PEDRO | 167 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad. BORJA MAPELLI CAFARENA | 177 |
| El traslado de personas condenadas entre países: Tratados del Consejo de Europa y Decisión Marco 2008/909/JAI, 27 noviembre 2008. Referencia al recién Anteproyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea (aprobado por el Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2013). CARLOS MIR PUIG | 199 |
| La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal. FELIPE RENART GARCÍA | 219 |
| Calístrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo. ABEL TÉLLEZ AGUILERA | 237 |



*IN MEMORIAM
DEL PROFESOR
FRANCISCO
BUENO ARÚS*

UNIVERSIDAD PONTIFICIA
ICAI ICADE
COMILLAS
M A D R I D

PARTE I
“EL JURISTA Y SU ÉPOCA”

Emilio Tavera Benito

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (Jubilado)¹

Francisco Bueno Arús: Funcionario, Jurista, Profesor

I. FRANCISCO BUENO ARÚS: Funcionario. **Letrado del Ministerio de Justicia.**

En el acto de homenaje, con motivo de su jubilación, dijo Paco Bueno, citando a Chesterton, que en su vida “todo se hizo como se había planeado y por eso el resultado fue el contrario del que tenía que haber sido”. No creo que haya sido así, exactamente. Pienso más bien que Paco nació dotado de unas extraordinarias capacidades a las que sumó el estudio, la reflexión, el trabajo al fin, hasta convertirlo en un profesional que repetidamente habría de ser requerido para dirigir o colaborar en los proyectos más diversos en el ámbito de la justicia. Es por ello por lo que, como más adelante se detallará, lo encontramos participando en la reforma penitenciaria o presidiendo la Comisión que redactó la Ley Reguladora de los Procedimientos ante el Juez de Vigilancia o presidiendo Comités Negociadores de tratados bilaterales de extradición.

En los últimos años de la década de los cincuenta (del siglo pasado), los funcionarios que en aquellos años habíamos ingresado en el Cuerpo Especial de Prisiones seguíamos con el mayor interés todo lo que relacionado con los funcionarios ocurría en el Ministerio de Justicia que ocupaba, como actualmente, el edificio de San Bernardo 45, en cuya primera planta se ubicaba la Dirección General de Prisiones. Todos conocíamos un matrimonio de funcionarios del Ministerio a los que veíamos entrar y salir juntos del trabajo y supimos que un hijo de este matrimonio, de 21 años, que estudiaba el último curso de la carrera de Derecho, había comenzado a recoger información y documentación para preparar las oposiciones al Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia. Supimos y ello nos producía satisfacción que para preparar los temas de Derecho Penitenciario consultaba con Don Marcelino Rodríguez, Jefe Superior de Administración del Cuerpo Especial de Prisiones, entonces uno de los tres funcionarios del Cuerpo que eran Doctores en Derecho.

En el año 1957, Paco Bueno terminó la Carrera de Derecho y dos años más tarde, en 1959, ingresó por oposición en el Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia.

¹ Agradezco a la familia de Paco Bueno el haberme facilitado un buen número de datos a los que me habría resultado difícil acceder.

El Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia era un Cuerpo de gran prestigio, con un número muy reducido de efectivos, que no llegaba a veinte funcionarios. El acceso al Cuerpo resultaba sumamente difícil pues las oposiciones tenían lugar cada doce o más años.

Paco siempre consideró, y así lo manifestaba, que su destino a la Dirección General de Prisiones, que no era precisamente la “joya de la corona” del Ministerio de Justicia, respondía a la intención de los Letrados más antiguos de mantenerlo alejado de las unidades más relevantes del Ministerio, como podían ser la Subsecretaría o la Dirección General de Justicia, por su condición de hijo de funcionarios de los “Cuerpos Generales” del Ministerio.

Sean cuales fueran los motivos por los que Paco Bueno se incorporó a la Dirección General de Prisiones, lo cierto es que muy pronto se dio cuenta de las metas hacia las que había de orientarse la actuación de esa Dirección General, de las muchas carencias y del generalizado desencanto entre los funcionarios y a la mejora de esta situación se entregó con la misma intensidad y el mismo entusiasmo con el que habría de entregarse en su futura carrera a las más diversas tareas en las que hubo de intervenir.

De su paso por la Dirección General de Prisiones podemos distinguir dos etapas claramente diferenciadas. En la primera Paco Bueno fue un poco el “llanero solitario”. Incomprendido, tenaz en la defensa de aquello en lo que creía, en conferencias y artículos en la Revista de Estudios Penitenciarios fue poniendo de manifiesto sus convicciones sobre la necesidad de mejorar las condiciones de vida de los internos. Luchando por esta idea se creó muchas indiferencias y algunas enemistades. En una conferencia en la Escuela de Estudios Penitenciarios, convencido de la necesidad de desterrar cualquier atisbo de malos tratos en las prisiones, afirmó algo que hoy nadie se atrevería a discutir, que la ilegitimidad de cualquier maltrato a un interno por parte de un funcionario transformaba en derecho la reacción de defensa de éste contra el funcionario agresor. La acción de defensa del interno no podría considerarse antijurídica, siempre, eso sí, que esa acción de defensa cumpliera los otros dos requisitos exigidos por el Código Penal: necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo y ausencia de provocación suficiente por parte del defensor. Estas afirmaciones fueron mal recibidas por una parte importante de los funcionarios de prisiones que, durante semanas, meses tal vez, las criticaron duramente...

A su paso por la Dirección General de Prisiones (más tarde Dirección General de Instituciones Penitenciarias) atribuyó Paco Bueno el cambio de orientación en el estudio del Derecho. Tuvo el Derecho Civil como asignatura más importante durante la carrera, lo que le llevó a formar parte del selecto grupo de alumnos a los que el insigne jurista Don Federico de Castro dedicaba una especial atención y dedicación y a colaborar con el Profesor durante su etapa de becario del Instituto de Estudios Jurídicos. Por “necesidades del servicio”, como siempre decía, hubo de dedicarse al Derecho Penal y al Derecho Penitenciario que constituyeron, así, hasta su muerte, su dedicación principal tanto en su condición de Letrado del Ministerio de Justicia, como de Letrado del Consejo General del Poder Judicial, así como en la Universidad y en las demás Instituciones Docentes donde impartió su magisterio.

La segunda de estas etapas comienza en 1978 cuando es llamado por Carlos García Valdés para ocupar la Jefatura del Servicio Técnico y Jurídico de Asuntos Penitenciarios de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Paco afirmó repetidamente que de todas las “aventuras” profesionales, la más atractiva, pero también la que más incomprensión le había acarreado o, tal vez, precisamente por esa incomprensión, fue la reforma penitenciaria de 1979. Formando parte de la Comisión de Redacción de la Ley Orgánica General Penitenciaria y presidiendo el grupo de trabajo que elaboró el Reglamento Penitenciario de 1981 tuvo la ocasión de hacer realidad buena parte de las aspiraciones que llevaba dentro, quizás desde que, mucho antes, presentara su tesis doctoral sobre la redención de penas por el trabajo: “poner el sistema penitenciario de nuestro país a la altura de los más avanzados de los países desarrollados, dar contenido al “mito” de la pena resocializadora, instaurar la auténtica judicialización de la ejecución de las sentencias penales, atemperar la justicia con la comprensión y la compasión y ofrecer siempre a los internos oportunidades para emprender una nueva vida alejada del delito”. Proclamó siempre su lealtad a quien llamó su “joven profesor”, García Valdés, porque le había puesto en el camino de plasmar sus convicciones, sus ideas y sus entusiasmos en una aventura, decía, en la que ellos dos y un pequeño grupo de colaboradores eran los únicos que creían, junto con el Ministro, Landelino Lavilla, y el Subsecretario, Juan Antonio Ortega Díaz Ambrona, que siempre apoyaron lo que se estaba haciendo en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

En su etapa de Letrado del Ministerio de Justicia fue Director de la Revista de Estudios Penitenciarios (1963-1980), Director de la Colección Legislativa de España (1964-1968), Jefe del Servicio de Asuntos Penales, Recursos y Conflictos Jurisdiccionales de la Subsecretaría y Jefe del Servicio Técnico y Jurídico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, como Subdirector General. Fue Vocal Permanente (1980) de la Sección Cuarta Derecho Penal y Penitenciario) de la Comisión General de Codificación de la que más tarde fue Secretario y, más tarde aún, como luego se dirá, Presidente. Ha formado parte también de diversas Comisiones Interministeriales como la Comisión de Cooperación Jurídica Internacional o la Comisión de Estudios de Problemas derivados del Consumo de Drogas.

Desde 1962 hasta su jubilación participó, como ponente, comunicante o asistente en 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, en los Institutos Superiores Internacionales de Siracusa y Messina, en la Conferencia Europea de “Probation” (Países Bajos) y en la Conferencia Internacional para la Abolición de la Prisión. De la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria fue miembro por elección desde 1980 y desde 1975 miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Fue miembro de las Delegaciones Españolas designadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores para negociar Tratados de Extradición y Auxilio Judicial Internacional con Suecia (1973-1974), con Austria (1976) y con Méjico (1978). Ha sido miembro, como representante español, de los Comités de Expertos del Consejo de Europa relativos a Extradición (1978-1979), Tortura (1978) y Tratamiento de Reclusos Extranjeros (1979-1983) En el Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia, en el año 1985, ascendió a Letrado Mayor Superior, número uno del Cuerpo, estando equiparada esta categoría a la de Magistrado del Tribunal Supremo.

Letrado del Consejo General del Poder Judicial.

En el año 1981, por concurso, pasó a ocupar plaza de Letrado del Consejo General del Poder Judicial, siendo destinado al Gabinete Técnico y nombrado, un año después, Jefe de Servicio. Desempeñó los destinos de Jefe de Sección de Relaciones Institucionales, Asesor de la Mesa de Contratación y Secretario del Consejo de Redacción de la Revista del Poder Judicial.

Colaboró 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. Colaboró asimismo en los organismos internacionales de política criminal y participó en congresos, seminarios y jornadas de estudio, en alguno de los cuales ha sido ponente general.

Entre los años 1983 y 1996 participó en las actividades de formación del Consejo, dirigiendo los cursos sobre ejecución de la sentencia penal y el monográfico para Jueces de Vigilancia.

En el año 1996 presidió la Comisión que redactó la Ley Penal del Menor y la Comisión que redactó la Ley Orgánica de Procedimiento ante la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria.

Por sus conocimientos y experiencia en el campo penitenciario organizó y participó en todas las reuniones de Jueces de Vigilancia, coordinando los trabajos para establecer los “Criterios Comunes de Actuación” que han constituido una guía para los propios Jueces y para la Administración Penitenciaria, llenando el vacío producido por la ausencia de normas de procedimiento, ya que el Proyecto de Ley Orgánica de Procedimiento ante la Jurisdicción de Vigilancia hubo de ser retirada durante su tramitación parlamentaria por falta de entendimiento del Grupo Parlamentario del Partido en el Gobierno y el Grupo Parlamentario de Convergencia y Unión. De los “Criterios Comunes de Actuación de los Jueces de Vigilancia”, tal vez exagerando un poco, llegó a decir Paco Bueno que ofrecían material para una tesis doctoral, que versaría sobre “Acuerdos adoptados por Asambleas de Jueces con eficacia normativa”. Ciertamente no todos los acuerdos de estas (así las llama) Asambleas de Jueces, han recibido la aprobación de los Tribunales, especialmente del Tribunal Supremo.

Fue representante español en los Comités de Expertos del Consejo de Europa relativos a Competencia Penal Extraterritorial (1985-1988), Terrorismo (1989), Pronunciamiento de Penas (1989-1992), Medición en materia Penal (1998-1999). Fue Jefe de la Delegación Española en el Comité Director de Problemas Criminales del Consejo de Europa (1996-2001); Miembro del Grupo de Reflexión sobre Cooperación Jurídica Internacional en el Siglo XXI, del Consejo de Europa. Representó 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 Comunitario del Consejo de las Comunidades Europeas (Bruselas, 1991).

En el año 1984 la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública creó el Cuerpo Superior de Letrados del Estado (apartado 4º de la disposición adicional novena desarrollada por el Real Decreto 849/1985, de 5 de junio) e integraba en el mismo el Cuerpo de Abogados del Estado, el Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia, el Cuerpo de Letrados de la Dirección General de Registros y

del Notariado y el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado. La ley 23/1988, de 28 de julio, estableció que el Cuerpo de Superior de Letrados del Estado pasaba a denominarse Cuerpo de Abogados del Estado, manteniendo la integración en el mismo de los funcionarios que formaron parte de los extinguidos Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados de la Dirección General de Registros y del Notariado.

De esta forma, Paco Bueno pasó de ser funcionario del Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia a ser funcionario del Cuerpo de Letrados del Estado y, poco tiempo después, a ser funcionario del Cuerpo de Abogados del Estado, del que llegó a ser número uno hasta su jubilación.

Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia.

En el mes de mayo de 1996 es nombrado por el Consejo de Ministros Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, puesto en el que desarrolló las competencias en materia de promoción legislativa, cooperación jurídica internacional, recursos administrativos, preparación de los Consejos de Ministros, documentación y publicaciones y relaciones del Ministerio con los Organismos Internacionales.

Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional.

Por iniciativa suya, en el mes de mayo de 2001, se crea la Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional de la que es nombrado titular, cesando en el mes de diciembre de 2001, fecha en la que es nombrado Presidente de la Sección Cuarta (Derecho Penal y Penitenciario) de la Comisión General de Codificación de la que, como ya se ha dicho, fue Vocal Permanente y Secretario. En su condición de Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, ha participado en Comités negociadores de tratados bilaterales de extradición y en Comités redactores de borradores de Tratados y proyectos de declaraciones o recomendaciones del Consejo de Europa, Unión Europea y Naciones Unidas, dirigidos a los Estados miembros sobre temas de delincuencia o auxilio judicial internacional. Fue nombrado miembro del Bureau del Comité Director de Asuntos Penales del Consejo de Europa y participó en la Conferencia de Naciones Unidas que elaboró el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (La Delegación Española, presidida por el Diplomático Antonio Yáñez recibió el Premio Tomás y Valiente, otorgado por la Diputación de Sevilla en 1999).

En el mes de diciembre de 2001 se reincorpora al Consejo General del Poder Judicial y es destinado al Gabinete Técnico y a la Comisión de Seguimiento de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, continuando con la Presidencia de la Sección cuarta de la Comisión de Codificación.

II. FRANCISCO BUENO ARÚS: Jurista.

Entre todas las actividades en las que a lo largo de su vida ha participado Paco Bueno, no resulta fácil distinguir aquéllas en las que lo ha hecho en su condición de Letrado del Ministerio de Justicia, de Letrado del Consejo General del Poder Judicial

o de Director General, de aquellas otras que ha llevado a cabo únicamente en su condición de jurista. No obstante, por las Instituciones en las que han tenido lugar estas últimas, por los fines que persiguen y por las personas a las que van dirigidas, puede entenderse claramente que son actividades para las que ha sido requerido por su sólida y especializada formación jurídica y que habría sido invitado a las mismas cualquiera que hubiera sido su condición profesional.

En los años que transcurren entre la jubilación y el fallecimiento de Paco Bueno, recordando su vida activa, nos contaba a los amigos que había dado más de ciento veinte conferencias sobre temas de Derecho Penal y Penitenciario y que había participado con ponencias y comunicaciones en otros tantos Seminarios, Congresos o Jornadas de Estudio.

Conferencias en Universidades.

Ha pronunciado conferencias en las Universidades de Coímbra, Oporto, Valladolid, Murcia, Granada, Córdoba, Valencia, Alicante, Las Palmas, Orense, Pontevedra, Oviedo, Sevilla, Huelva, Jerez de la Frontera, UNED (Mérida) y CEU (Alicante). En Madrid ha pronunciado conferencias en la Universidad Complutense, Carlos III, UNED, San Pablo, Europea, Juan Carlos I y Colegio Universitario Luis Vives.

Conferencias en otras Instituciones Docentes.

En las Escuelas Superiores de Arquitectura de Toledo, y de Las Palmas; en los Institutos de Criminología de Barcelona, San Sebastián, Granada y Las Palmas de Gran Canaria; En los Colegios Mayores Isabel de España (Madrid) y Lasalle y Santa Isabel (Zaragoza); en el Centro de Estudios Judiciales (Madrid y Barcelona); en el Centro de Estudios Judiciarios de Lisboa; en las Escuelas de Práctica Jurídica de las Universidades Complutense y Comillas; en la Escuela de Estudios Penitenciarios; en la Escuela Superior de Policía; en los colegios de Abogados de Madrid, Cádiz, Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife; en el Instituto de Reinserción Social (Barcelona) la Fundación Diagrama (Madrid), la Casa de Cultura de Reinosa y el Centro de Estudios Jurídicos de Riaza. 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.

Ponencias y Comunicaciones.

Ha participado como ponente o comunicante en Jornadas de Estudio, Seminarios o Congresos convocados por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (Santander), el Colegio Domingo de Soto (Segovia), 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, las Escuelas de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense y la Universidad Pontificia de Comillas, la Fundación BBV (Bilbao), la Fundación el Monte de Sevilla, el Instituto Internacional Research

de Madrid, Los Institutos Matrimonio y Familia, Fe y Secularidad y Superior de Ciencias Morales de Madrid y Fundación Diagrama de Murcia y de Logroño.

Otras actividades.

Ha escrito más de setenta artículos en revistas jurídicas, ha dirigido numerosas tesis doctorales y tesinas de graduación y ha formado parte de Tribunales para juzgar 10 tesis doctorales en las Universidades Complutense, UNED, Juan Calos I, Comillas, Alcalá de Henares, Zaragoza y Granada y en el Instituto de Criminología de Madrid.

III. FRANCISCO BUENO ARÚS: Profesor. Actividades docentes.

Al Profesor Rodríguez Devesa, del que se confiesa amigo, y al ejemplo personal y profesional del Profesor Don José Antón Oneca, atribuye Paco Bueno su iniciación como profesor universitario, habiendo sido Profesor Ayudante de clases prácticas entre los años 1962 y 1968, Encargado de Curso entre 1968 y 1969 y Adjunto por concurso-oposición entre 1970 y 1975 de la asignatura de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en las Cátedras de los profesores citados. En el año 1980 pasa a la situación de excedencia voluntaria.

Ha sido Profesor de Penología y de Sistemas Penitenciarios entre los años 1965 y 1987 y Jefe de Estudios los años 1986 y 1987 del Instituto de Criminología de La Universidad Complutense de Madrid y ha impartido cursillos monográficos sobre aspectos jurídicos y criminológicos del terrorismo y sobre Política Criminal de las Naciones Unidas.

Entre los años 1969 y 1974 ha sido Profesor de Derecho Penal en el Colegio Universitario Cardenal Cisneros; en el CEU desde 1974 a 1981 y en La Universidad Pontificia Comillas (ICADE) desde 1973. En este Centro adquiere la categoría académica de Profesor Ordinario y ha sido Director del Departamento de Derecho Penal y Procesal desde 1985 hasta 1996 en el que pasa a la situación de excedente por haber sido nombrado Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia. Se incorpora nuevamente en el año 2002 y cesa definitivamente por jubilación en el año 2005. Después de su jubilación fue Profesor Emérito del Centro y explicó la asignatura de Derecho Penal Internacional.

Publicaciones.

- **El Sistema Penitenciario Español**, Ministerio de Justicia (1967). Reeditado en 1971: Editora Nacional.
- **Apuntes de Sistemas y Tratamientos Penitenciarios**, Instituto de Criminología, Madrid, 1974.
- **Estudios Penales y Penitenciarios**: Instituto de Criminología, Madrid, 1981.
- **Legislación Penitenciaria**, Ed. Cívitas, Madrid 1985, 5.ª edición 1988.
- **Ejecución de Sentencias Penales**, ICADE, Madrid, 1986, nueva edición 1990.

- **Convenios de Extradición**, Ministerio de Justicia, Madrid 2.^a edición 1988.
- **Bibliografía Penitenciaria**, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- **Aranzadi. Guía para la consulta jurídica**, Editorial Aranzadi, Pamplona 1995.
- **Ciencia del Derecho Penal, un modelo de inseguridad jurídica**, Lección inaugural del curso 2003-2004, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2003, 2.^a edición.
- **Manual de Derecho Penal Internacional** (en colaboración con Juan de Miguel Zaragoza), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.
- **Ley General Penitenciaria (Comentarios)**. Coordinador general de la obra Editorial COLEX, Madrid, 2005.
- **Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes** (Última lección académica) Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2009.

Condecoraciones.

- En 1962 se le concedió la Cruz Distinguida de San Raimundo de Peñafort de 2.^a clase. En 1977, la de 1.^a clase.
- En 1978 le fue concedida la Medalla de Oro al Mérito Penitenciario.
- En 2002, la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort.
- En 2004, la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.
- En 1984 ingresó como Académico en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- En 1982 fue nombrado Socio de Honor del Instituto de Criminología de Madrid.
- En 1992 recibió la Primera Ayuda Aranzadi a la Investigación Universitaria.

IV. EL OTRO PACO BUENO.

Una vida tan intensa, tanto en lo profesional como en lo académico, tan repleta de actividades que demandan una sólida formación cualificada, que exigen salidas al extranjero y desplazamientos dentro del país, invita a pensar que Paco Bueno no ha hecho otra cosa; que cualquier afición, cualquier entretenimiento cultural o artístico habría tenido que ser sacrificado, que su vida se habría consumido entre las paredes de los despachos y el estudio del Derecho. Pero esto no ha sido así.

Paco Bueno ha sido un intelectual, un humanista, como de él dijo Carlos García Valdés. Fue siempre un apasionado de la lectura, un profundo conocedor de los clásicos, un gran aficionado a la lectura de los poetas antiguos y un seguidor puntual de los poetas actuales, siempre atento a las novedades que iban surgiendo. Por los pasillos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias iba llamado a los despachos ocupados por amigos y amigas con los que intercambiaba lecturas y novedades en los campos de la literatura en general y de la poesía en particular (¿verdad Paloma?). Recuerdo que nos contaba que había leído el Quijote hasta diez o doce veces y en algún momento tuvo preparada una obra sobre el Derecho Penal en el Quijote. No necesito recordar porque lo ha dejado escrito que si tuviera que elegir

entre los poetas, su elección sería por Jorge Manrique: “cambiaría todo lo hecho y mucho más por haber sido el autor de las coplas de Jorge Manrique”, escribió.

Los que le conocíamos comentábamos siempre que en aquella tremenda cartera negra que le hacía caminar inclinado por el peso de la misma, llevaba lo poco que aún no había leído de todo lo publicado.

Pero Paco no sólo fue un gran aficionado a la lectura de la poesía. Paco ha sido un notable poeta. Con motivo de la muerte en 1967 de su hijo Oscar, a los tres días de nacer, escribió una veintena de poemas en los que con exquisita sensibilidad, con una inmensa riqueza de matices dejó plasmados los más íntimos estados de ánimo por los que pasaron su mujer Elisa y él viendo impotentes cómo se les iba aquella vida. Sólo su modestia o su timidez le han impedido la publicación de estos poemas que “a cuenta gotas” ha ido dejando a unos pocos amigos.

Hay otros campos que Paco, a pesar de todas sus obligaciones profesionales, no ha dejado de cultivar. Me refiero, por un lado, a su familia y, por otro, a los amigos.

Casi siempre su buen o peor estado de ánimo estaba relacionado con situaciones por las que pasaba alguno de los miembros de su familia. Al principio hablaba de sus padres, su mujer, sus hermanos, y sus hijos. Por razones obvias, últimamente hablaba de su mujer, sus hermanos, sus hijos y nietos. A todos ha dedicado cariño y reconocimiento por la tolerancia con que han soportado el excesivo tiempo que sus obligaciones profesionales le han exigido. De todos se ha sentido orgulloso y a todos se ha referido siempre en términos elogiosos. Últimamente los nietos han sido los que ocupaban el centro de sus conversaciones cuando hablaba de su familia.

Otro de los valores que más han significado en la vida de Paco ha sido la amistad. Hablando de los amigos ha dicho que “amigo es la más bella palabra que un hombre puede atribuir a otro hombre”. Con los amigos ha sido pródigo en elogios y en resaltar la importancia que han tenido en su vida. La fidelidad a los amigos ha sido manifiesta pues varios de los que le han acompañado hasta el final de su vida han sido compañeros del primero de los colegios a los que asistió.

El día 5 de octubre pasado Paco Bueno nos dejó. El reconocimiento a su trabajo, y el recuerdo de sus amigos estará presente por mucho tiempo. Descanse en paz.

Sergio Cámara Arroyo

Doctor en Derecho
Profesor Asociado Derecho Penal (UNIR)

La utopía correccional de Bueno Arús: La Ley Orgánica de Justicia Juvenil

I. INTRODUCCIÓN.

En un homenaje a D. FRANCISCO BUENO ARÚS no puede orillarse su decisiva aportación a la modernización de nuestra legislación penal de menores. Él fue uno de los principales redactores de los Anteproyectos de la actual normativa, la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (en adelante, LORRPM). Hablar de Justicia Juvenil en España es, por encima de todo, hablar de su obra académica y contribución legislativa.

Así lo reconocí en el que fuera mi trabajo doctoral¹, cuando tuve presente, desde el inicio, que no podía conocerse el sustrato de una norma tan compleja como es la Ley Penal del Menor sin ahondar en sus orígenes. La investigación apuntaba directamente al pensamiento del Prof. BUENO ARÚS, a sus anhelos y convicciones, a una forma determinada de entender la realidad jurídica del menor infractor. No todos los que han escrito sobre la *actual* LORRPM –que, como expondré en las páginas que siguen, poco o nada tiene que ver con la idea primigenia del homenajeado– han comprendido la importancia de ese extremo. Ello explicaría el sinsabor de algunas críticas, en ocasiones excesivamente duras y desafortunadas, que fueron lanzadas con una

¹ Tesis dirigida por el Prof. Enrique Sanz Delgado y posteriormente publicada, generosamente por esta misma casa, como Premio Victoria Kent 2010, bajo el título “Internamiento de Menores y Sistema Penitenciario”. Me hubiera gustado contar con la presencia del Prof. Bueno Arús en aquel tribunal de grandes penalistas y penitenciaristas que juzgó con bondad mi primera obra académica. No hay suficientes palabras para expresar la eterna gratitud que les profeso.

prodigalidad inusitada, contra una Ley que nació desde la más absoluta *buena fe*² y que ha sido maltratada por el Legislador reformista, hasta deformar por completo su contenido.

Me consta que BUENO ARÚS conoció mi trabajo sobre la privación de libertad de los menores infractores, y le concedió un voto de aprobación. Su opinión era crucial para mí. Y aunque mi planteamiento no fuera completamente convergente con su visión doctrinal, no es menos cierto que bebía directamente de esa fuente.

D. CARLOS GARCÍA VALDÉS, presidente del tribunal que juzgó aquella obra, me invita a este homenaje a su amigo de tantos años, compañero de labores legislativas. Me honra, por ello, poder participar modestamente, en este póstumo tributo al hombre, al jurista, pero también, a una escuela y a una forma de entender el Derecho (evitaré aquí usar el término *penal*, que tanto desagradaba al homenajeado) de Menores, tratando en las páginas que siguen de corresponder a tan amable deferencia y de honrar la memoria del Prof. Dr. D. FRANCISCO BUENO ARÚS, padre de nuestra normativa de justicia de menores.

II. D. FRANCISCO BUENO ARÚS Y EL DERECHO CORRECCIONAL DE MENORES.

El título con el que he denominado este trabajo no ha sido una cuestión superflua ni meramente nominativa. Cada una de las palabras que lo componen ha sido escogida a conciencia. Todas conforman aquellos conceptos que, en mi humilde opinión, mejor reflejan y enseñan la obra de BUENO ARÚS en materia de justicia juvenil. Así, no ha de pasar inadvertido para el lector avezado y conocedor de nuestra mejor doctrina penal, que el encabezado de este trabajo mantiene marcadas similitudes con el título del estudio que ANTÓN ONECA dedicara a la obra de DORADO MONTERO³. Mi pretensión es expresar el profundo arraigo correccional que se intentó imprimir a la Ley Penal del Menor⁴.

La construcción de la normativa penal de menores en España supuso recordar los preceptos y aspiraciones de nuestro correccionalismo penal y penitenciario decimonónico⁵. Así lo expresaba, con claridad cristalina, el propio BUENO ARÚS cuando escribía que “los penalistas del siglo XIX tenían claro que no eran iguales los delitos cometidos por adultos que por niños. En consecuencia estimaron que, si los menores de edad cometían hechos punibles, ellos no podían ser castigados por el CP, por no ser imputables por razón de la edad, ni los castigos ni el tejemaneje del proceso favorecerían su educación y arrepentimiento, sino todo lo contrario, pero alguna reacción de

² Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad penal de los Menores: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal”, en Pantoja García, F. (Dir.): *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*. CGPJ, Madrid, 2005, pp. 288, 290, 291, 306 y 317.

³ Vid. Antón Oneca, J.: *La utopía penal de Dorado Montero*. Universidad, Salamanca, 1950.

⁴ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 332; y también: “Sombras y lagunas de la política criminal española en torno a la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista ICADE*, N° 70, 2007, p. 53 (versión *online*); donde el autor admitía que la LORRPM “responde al modelo correccionalista del siglo XX”.

⁵ Sobre la influencia del correccionalismo en el Derecho penal de Menores, Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 128 y ss.

la sociedad sí se merecían para que dejaran de ser una amenaza y adquirieran la necesaria socialización. RADBRUCH habló para ellos, no de un Derecho penal mejor, sino de *algo menor* que el Derecho penal”⁶.

Cuando se ideó la primera redacción de la LORRPM se pensó en un *Derecho Correccional del Menor*⁷. Esta rama del ordenamiento jurídico tiene su base en los pretéritos postulados tutelares⁸ y no considera el derecho singular del menor infractor como un *Derecho especial* desgajado del *Derecho penal común*, sino como un sistema jurídico autónomo y de carácter público⁹ derivado de una determinada *política juvenil estatal*¹⁰.

MENDIZÁBAL OSES definió el concepto de *Derecho Correccional de Menores* en su vertiente objetiva “como el conjunto de preceptos encaminados a asegurar la reinserción de los menores absolutamente inimputables, tienden a asegurar la paz social y el bien común cuando vulnerada o violado han de restaurarse mediante la consecuencia jurídica de aplicar determinadas medidas correccionales de carácter tutelar”. En su dimensión subjetiva (*ius corrigendi*), siguiendo al autor citado, supondría que “ante la situación irregular en la que se encuentra un menor el Estado está obligado a aplicar al agente, en función de su personalidad, una medida correccional de carácter tutelar que tiene a la reforma y reeducación de su conducta, con arreglo al procedimiento establecido en la Ley”¹¹.

Sus postulados parten, como explicaré en los siguientes epígrafes, de la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad del menor por razón de la edad y tienen sus claros antecedentes en la doctrina del profesor salmantino DORADO MONTERO¹², receptor de la filosofía del *sistema reformativo* del penitenciarismo norteamericano

⁶ Cfr. Bueno Arús, F.: “Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal del menor”, en Pantoja García, F., y Bueno Arús, F. (Dir.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. CGPJ, Madrid, 2006, pp. 359 y 360. En términos similares, el mismo autor: “Líneas fundamentales sobre la reinsertión de los menores delincuentes”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1836-37, Madrid, 1999, p. 9; y también: “Aspectos sustantivos de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista ICADE*, N° 53, 2001, p. 6 (versión *online*); y por último: “La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en Lázaro González, I.E., y Mayoral Narros, I.V. (Coord.): *Jornadas sobre Derecho de los Menores*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 314.

⁷ Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., pp. 360 y 361; el mismo: “Prólogo”, en Díez Riaza, S. (Coord.): *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, p. 11; “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 308; y también: “Sombras y lagunas...” ob. cit., pp. 4 y 40.

⁸ Vid. Mendizábal Oses, L.: *Introducción al Derecho correccional de menores (construcción dogmática de la inimputabilidad de la minoría de edad)*. Instituto de la Juventud, Madrid, 1974, pp. 53, 55.

⁹ Vid. Mendizábal Oses, L.: *Introducción...* ob. cit., p. 86; el mismo autor: *Derecho de Menores. Teoría General*. Pirámide, Madrid, 1977, pp. 49 y 372. Al respecto, también Vid. Bueno Arús, F.: “Prólogo...” ob. cit., p. 13.

¹⁰ Vid. Mendizábal Oses, L.: “La política de la juventud: determinación de su concepto”, en *Revista de Estudios políticos*, N° 162, Madrid, 1968, p. 30 y ss.; del mismo autor: *Introducción...* ob. cit., p. 78 y ss.; González del Solar, J.: *Delincuencia juvenil y Derecho de Menores: Aporte para una legislación integral*. DePalma, Buenos Aires, 1986, pp. 122-124.

¹¹ Cfr. Mendizábal Oses, L.: *Introducción...* ob. cit., p. 83.

¹² Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., p. 283. No obstante, en su concepción del *Derecho Correccional de Menores*, Mendizábal Oses renegaba de estos principios por considerarlos poco o nada desarrollados en el Derecho de Menores; Vid. Mendizábal Oses, L.: *Introducción...* ob. cit., p. 112 y nota al pie 7.

de finales del siglo XIX¹³; sustitución de los principios de *imputabilidad* y *culpabilidad* por el de necesidad del tratamiento¹⁴; primacía de la prevención especial por encima de la función retributiva del Derecho penal¹⁵; establecimiento de medidas de carácter indeterminado y no penas¹⁶; y configuración del centro de internamiento (reformatorio) como una institución dinámica, individualizadora y con carácter reformador y educativo¹⁷.

Cada uno de los anteriores presupuestos se encuentra en la ideología de la regulación de justicia de menores y estaban presentes en el esquema inicial de los pre-legisladores de la LORRPM.

En segundo lugar, la alusión a la visión *utópica* del *Derecho Correccional de Menores* tampoco es gratuita. Algunos autores se mostraron escépticos ante la confección de una nueva normativa reguladora de la responsabilidad del menor que no incluyera el término *penal*, y otros la consideraban un *desiderátum* cargado de buenas intenciones, pero irrealizable. Frente a esta posición, BUENO ARÚS se mostró tajante: “La utopía es aquello por lo que vale la pena morir”¹⁸.

Finalmente, he incluido en el título la nomenclatura original del *Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997*¹⁹ (ALOJJ 1997), que más tarde se convertiría en la LORRPM. El nombre de la disposición, a la usanza de las creencias primitivas, parecía guardar la *esencia* de su contenido y se congraciaba con las intenciones de sus redactores.

Era el citado Anteproyecto una regulación ambiciosa, que se distanciaba de sus predecesoras²⁰ al no reconocer una *naturaleza penal* a la norma ni de la responsabilidad del menor de 13 a 18 años (excepcionalmente hasta los 21). En lugar de ello, como ha

¹³ Vid. Wines E.C. (Ed.): *Traslations of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*. Cincinnati, Ohio, october 12-18, 1870, Albany, 1871, pp. 24 y ss.; Wines, F.H.: *Punishment and Reformation, a study of the penitentiary system*. Thomas Y. Crowley Company, New York, 1919 (reimpresión Elibron Classics, New York, 2005) p. 205; Barnes, H.E., y Teeters, N.K.: *New Horizons in Criminology*. 3ª Ed., Prentice-Hall, Inc., Eglewood Cliffs, New Jersey, 1943, p. 425.

¹⁴ Vid. Dorado Montero, P.: *El Derecho protector de los criminales*. Tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, (reimpresión Analecta, Pamplona, 1999), p. 226.

¹⁵ Vid. Dorado Montero, P.: *El Derecho protector de los criminales*. Tomo II... ob. cit., pp. 281 y ss.

¹⁶ Vid. Dorado Montero, P.: *El Derecho Protector...* I, ob. cit., p. 227.

¹⁷ Vid. Dorado Montero, P.: *El Reformatorio de Elmira, estudio de Derecho penal preventivo*. La España Moderna, Madrid, 1898, p. 30; del mismo autor: *El Derecho protector...* I, ob. cit., p. 223.

¹⁸ Cfr. Bueno Arús, F.: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 7.

¹⁹ Posteriormente desarrollado con el nombre de *Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997*. En el texto utilizaré la abreviatura ALOJJ 1997, para referirme a ambas disposiciones.

²⁰ Me refiero, en concreto, al *Anteproyecto Provisional de Ley Penal de Menores (Anteproyecto) de 1985*, cuyo texto íntegro puede ser consultado en la Consejo Superior de Protección de Menores: *Jornadas de Estudio de la Legislación del Menor*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 27-39; y al *Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995*. Sobre este último proyecto, Vid. CGPJ: *Informe emitido al Anteproyecto de Ley Orgánica penal juvenil y del menor de 1995*, Madrid, 25 de julio de 1995; Sánchez García de Paz, M.I.: *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Comares, Granada, 1998, pp. 121 y ss.; y también en Ventas Sastre, R.: *La Minoría de edad penal*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003, pp. 219 y ss. Sin embargo, existió un proyecto anterior, atribuido de García-Pablos, Pantoja García y Garrido Genovés que mantenía una nomenclatura y unos principios similares: *Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996*; Vid. Viana Ballester, C.: “La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores”, en *Revista Penal*, N° 13, 2004, pp. 158 y 168.

expuesto VIANA BALLESTER, pretendía “dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del Código penal, pero matizando que una Ley sancionadora con naturaleza primordialmente educativa es suficiente para dar una respuesta socialmente adecuada a los menores infractores”²¹. La naturaleza jurídica de la disposición se definió como *sancionadora-educativa*, expresión que ha llegado hasta nuestra actual LORRPM en referencia a las medidas susceptibles de imponerse a los menores infractores. *Sancionadora* –explicaba la EM del anterior *Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de octubre de 1996* (ALOJJ 1996) de donde fue rescatado este concepto– pues el presupuesto de aplicación de la ley será la verificación de una conducta típica del CP o de las leyes penales especiales. Y *educativa* porque la reacción social contra la conducta del menor no se fundamenta ni en la venganza ni en la retribución, sino que prima el interés del menor²². La ausencia de naturaleza punitiva tenía como objetivo declarar la primacía de la *prevención especial*, y, dentro de la misma, la función eminentemente *educadora* de las mismas de las medidas privativas de libertad²³.

En un intento por clarificar esta terminología, BUENO ARÚS explicaba que el ALOJJ debía ser considerado una *Ley sancionadora*, “porque en todo momento pretende exigir responsabilidad al menor, al considerarle suficientemente dueño de sus actos, responsabilidad que tiene el doble carácter de castigo merecido por los hechos ejecutados y de advertencia intimidadora de evitar la comisión de hechos semejantes en el futuro”. Por otra parte, se trataba de una disposición *educativa* porque “responde a una orientación de prevención especial educativa y por ello entiende que su fin primordial es el interés del menor, concebido, por supuesto, en un sentido constructivo, es decir, como la adopción de aquellas decisiones que mejor puedan contribuir a la educación y al desarrollo de la personalidad de quien ha manifestado con su conducta una actitud antisocial”²⁴.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, la responsabilidad de los menores tendría un carácter social (art. 2 ALOJJ 1996), solicitándose la derogación de los art. 19 y 69 CP en el que se establecía una responsabilidad penal de los menores (Disposición Adicional Primera ALOJJ 1996 y EM del ALOJJ 1997). Sin embargo, lejos de abrazar en bloque el anterior modelo tutelar, el proyecto hacía expresa mención al mantenimiento de todas las garantías –al menos “las principales”²⁵– del proceso penal para el menor infractor, así como los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Tal y como ha expresado RÍOS MARTÍN, el ALOJJ 1997 supuso la mayor aproximación al modelo correccional educativo-responsabilizador²⁶.

²¹ Cfr. Viana Ballester, C.: “La responsabilidad penal...” ob. cit., pp. 158 y 170.

²² Sobre una crítica a la inclusión del término “venganza”, Vid. Silva Sánchez, J.M.: “El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)”, en *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 187; Viana Ballester, C.: “La responsabilidad penal...” ob. cit., p. 168.

²³ Vid. Giménez-Salinas i Colomer, E.: “La nueva ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, en Giménez-Salinas i Colomer, E. (Dir.): *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 126 y 127.

²⁴ Cfr. Bueno Arús, F.: “El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia”, en *Eguzkilo*, Nº 11, 1997, pp. 166 y 167; también disponible en *Harlax: Revista técnica del Ertzaina*, Nº 29, 1999, pp. 48-63.

²⁵ Cfr. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de noviembre de 1996.

²⁶ Vid. Ríos Martín, J.C.: “La ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso”, en *Revista ICADe*, Nº 53, 2001, p. 3 (versión online). Acerca del modelo educativo-responsabilizador, Vid. Ríos Martín, J.C.: *El menor infractor ante la Ley Penal*. Comares, Granada, 1993, pp. 246 y ss.

Se revisó el catálogo de medidas de la anterior *Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia, y el procedimiento en los Juzgados de Menores*²⁷ (LO 4/1992). Respecto a la privación de libertad del menor infractor²⁸, se rompe el internamiento en tres medidas diferenciadas, que podrán cumplirse dependiendo del grado de gravedad en régimen cerrado (la más parecida a una verdadera pena²⁹), régimen semiabierto, régimen abierto o régimen terapéutico³⁰. Asimismo, en el Capítulo III del Título VII se recogían las reglas especiales para la ejecución de las medidas de internamiento, concibiéndolas como una *relación jurídica peculiar*³¹, y se regulaban detalladamente aspectos tales como las distintas clases de centros³², cuestión bastante descuidada en nuestra actual legislación³³. En este sentido, se manifiesta la influencia del Prof. BUENO ARÚS y su dedicación al *Derecho Penitenciario*³⁴: la nomenclatura utilizada por el proyecto y la disposición de tres regímenes diferentes recuerda a la puramente penitenciaria, estableciéndose, de esta manera, tres modos de cumplimiento, al que corresponderán objetivos diferentes.

El ALOJJ 1997 mereció la valoración positiva de la doctrina en cuanto a su contenido; no obstante, en lo que a la naturaleza jurídica se refiere, ni el Informe pre-

²⁷ Para una comparativa entre las medidas del art. 17 LO 4/1992 y su revisión en el ALOJJ 1997, Vid. Sancha, V.: "Los menores infractores ante la Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores", en *Eguzkilore*, N° 12, 1998, pp. 62-64.

²⁸ Para una síntesis completa de las características del ALOJJ en Bueno Arús, F.: "El Anteproyecto..." ob. cit., pp. 161 y ss.; y también, Ararteko: *Intervención con Infractores menores de edad. Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco*. Gráficas Santamaría, Bilbao, 1998, pp. 72-76.

²⁹ Vid. Bueno Arús, F.: "El Anteproyecto..." ob. cit., p. 163.

³⁰ Vid. Giménez-Salinas i Colomer, E.: "La nueva ley..." ob. cit., p. 123.

³¹ Vid. Bueno Arús, F.: "El Anteproyecto..." ob. cit., p. 163.

³² Vid. Giménez-Salinas i Colomer, E.: "La nueva ley..." ob. cit., p. 125.

³³ Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* p. 667; Martínez Ruiz, J.: "Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad", en Morillas Cueva, L. (Dir.) y Suárez López, J.M. (Coord.): *El menor como víctima y victimario de la violencia social*. (Estudio jurídico). Dykinson, Madrid, 2011, p. 522.

³⁴ Vid. Bueno Arús, F.: "Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, Fasc. 1, 1969, pp. 125-154; García Valdés, C., y Bueno Arús, F.: *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1981; Bueno Arús, F.: *Estudios penales y penitenciarios*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981; "Historia del Derecho Penitenciario español", en VV.AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*. 2ª Ed., Universidad de Alcalá de Henares, 1989, pp. ; "Breve comentario a la ley orgánica general penitenciaria", en VV.AA.: *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Vol. I, Madrid, 1983, pp. 45-58; "La reforma de la ley y del reglamento penitenciarios", en *Eguzkilore*, N° 7, 1993, pp. 29-40; "La mujer y el sistema penitenciario español", en *Poder Judicial*, N° 39, 1995, pp. 65-98; respecto al trabajo penitenciario: "Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario", en *Estudios penales y criminológicos*, N° 2, 1977-1978, pp. 255-274; "De nuevo sobre el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado: (comentario al Auto de 14 de marzo de 1988 dictado por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo número 87/1987)", en *Poder Judicial*, N° 12, 1988, pp. 111-120; acerca de los beneficios: "Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1, 1989, pp. 51-59; "De nuevo sobre la redención de penas por el trabajo", en *Cuadernos de política criminal*, N° 18, 1982, pp. 429-440; "Los beneficios penitenciarios", en VV.AA.: *Vigilancia penitenciaria*. CGPJ, Madrid, 1993, pp. 197-226; "Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigente", en VV.AA.: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)*, Comares, Granada, 1999, pp. 565-586; "Nota sobre el cumplimiento íntegro de las penas y los beneficios penitenciarios", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 725, 2007, pp. 1-12; y sobre el concepto de tratamiento penitenciario: "¿Tratamiento?", en *Eguzkilore*, (Ejemplar dedicado a: II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras), N° Extra 2, 1989, pp. 89-98; "Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 252, 2006, pp. 9-36.

ceptivo emitido por el Pleno del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL³⁵, ni los juristas especializados en la materia se mostraron de acuerdo en sortear el carácter penal de la disposición³⁶.

En definitiva, en términos del propio Prof. BUENO ARÚS, los redactores del Anteproyecto partieron de la convicción de que no se trataba de redactar un *Código penal paralelo* para los menores infractores, sino de “dar satisfacción a la vieja aspiración doctrinal de que el Derecho penal de los menores sea *algo distinto* del Derecho penal ordinario, encaminado a conseguir la recuperación social de aquéllos, siempre más fácil (o menos difícil) de conseguir que con los delinquentes adultos”³⁷.

III. UNA LEY BUENA: LA PRIMERA LEY ORGÁNICA 5/2000 REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MENORES.

Tras las objeciones recogidas en los Informes de la FGE y, sobre todo, del CGPJ³⁸, se realizaron algunas reformas en el texto del ALOJJ 1997. Aunque las modificaciones no supusieron un cambio sustancial en el contenido normativo del Anteproyecto, que seguía siendo el texto base de la disposición, sí que conllevaron algunas permutaciones terminológicas que terminaron por revelarse fundamentales en la discusión doctrinal posterior.

El nuevo proyecto, en la línea de los anteriores, consagraba la preeminencia de la *prevención especial* en materia de ejecución de medidas de menores infractores³⁹. No obstante, reconoce, al menos nominalmente, la *naturaleza penal* de la regulación. Asimismo, algunos de los conceptos propios del Derecho penal de adultos también formarían parte de la regulación del internamiento de los menores. Es el caso de la *proporcionalidad de la medida* al hecho delictivo cometido y a la edad del infractor⁴⁰. De este modo, el mayor de 16 y menor de 18 años que hubiera cometido un delito considerado grave (conforme al CP 1995), sería internado obligatoriamente en un *centro de régimen cerrado* (art. 26.1), medida que también *podría* ser impuesta para aquellos menores de 18 años que hubieran cometido con violencia o intimidación algún delito tipificado como grave (art. 26.2). También varía el ámbito de aplicación de la Ley, estableciéndose la edad de 14 años como límite mínimo para la exigencia de responsabilidad al menor infractor. El proyecto prescinde de cualquier *criterio psicológico* o de *discernimiento*, basando esta nueva horquilla de edad en razones eminentemente político-criminales⁴¹.

³⁵ Vid. Informe del CGPJ, de 12 de noviembre de 1997.

³⁶ Así, por ejemplo, Vid. Sánchez García de Paz, I.: “Minoría de edad y Derecho penal juvenil. Aspectos político-criminales”, en *Eguzkilore*, N° 12, 1998, p. 70; Giménez-Salinas i Colomer, E.: “La nueva ley...” ob. cit., p. 127; Aguirre Zamorano, P.: “Los jóvenes del siglo XXI: Proyecto de Ley de Justicia Juvenil”, en Giménez-Salinas i Colomer, E. (Dir.): *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*. CGPJ, Madrid, 1999, p. 341.

³⁷ Cfr. Bueno Arús, F.: “El Anteproyecto...” ob. cit., p. 160.

³⁸ Como ha expresado Viana Ballester, el Informe del CGPJ al ALOJM 1997 fue determinante en el cambio de naturaleza jurídica de la LORRPM, Vid. Viana Ballester, C.: “La responsabilidad penal...” ob. cit., p. 171.

³⁹ Vid. Ventas Sastre, R.: *La Minoría de edad penal*. ER, Madrid, 2003, p. 223.

⁴⁰ Vid. Giménez-Salinas i Colomer, E.: “La nueva ley...” ob. cit., 131.

⁴¹ Vid. Carmona Salgado, C.: “La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica”, en *Protección Jurídica del Menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Granada, 1997, pp. 137 y 138; Giménez-Salinas i Colomer, E.: “La nueva ley...” ob. cit., p. 118 y nota al pie 18; Ventas Sastre, R.: *Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. ER, Madrid, 2002, pp. 82-85.

Así, con el nombre de *Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, de 3 de noviembre de 1998*⁴², la nueva normativa para menores infractores estaría dispuesta para su discusión parlamentaria⁴³. Será en esta etapa en la que se pondrán de manifiesto la mayor parte de las controversias jurídicas entre lo querido por el pre-legislador, y lo finalmente plasmado en la letra de la norma.

En la comisión parlamentaria, JAVIER URRRA PORTILLO, psicólogo especialista en menores en conflicto con la Ley, autor de varias monografías relativas a la anterior LO 4/1992 y también pre-legislador en los proyectos citados, se oponía al cambio de nomenclatura, considerándola un “gravísimo error”⁴⁴. Barruntaba ya el que fuera primer *Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid* –figura ahora tristemente desaparecida–, que con el cambio de título se perdería el fundamento de una posible defensa contra la consideración del menor como inimputable y, por tanto, no responsable penalmente.

La misma opinión mostraba PANTOJA GARCÍA, fiscal de menores y ex *Vocal del Consejo General del Poder Judicial*, que indicaba en el debate la importancia de determinar una naturaleza no penal de la LORRPM si no se quería llegar a una situación de mayor gravedad punitiva que la establecía el CP 1973. Su propuesta incidía en la necesidad de “crear la *responsabilidad juvenil*, que es aquella en la que los niños cometen tipificados como delitos o faltas en el Código penal, pero que por ser inimputables no debe exigírseles responsabilidad criminal”⁴⁵.

Finalmente, RÍOS MARTÍN también defendió la naturaleza no penal de la norma para menores infractores. El Prof. de la Universidad Pontificia de Comillas defendía el proyecto de 30 de octubre de 1996, al considerar que el Derecho penal, aún revestido de garantías y límites, “conserva sin duda una intrínseca brutalidad que cuestiona su legitimidad moral y política. El Derecho penal es el Derecho menos dúctil, más despersonalizador y más deshumanizador que existe en un sistema social. (...) Habría que acudir al Derecho penal cuando no hay más alternativas, cuando no hay otros medios para solucionar el problema. ¿Y se puede acudir a otros medios para solucionar el problema que no sean el Derecho penal? Pues seguro que sí. ¿Un Derecho cómo? Un Derecho educativo, responsabilizador, un Derecho sancionador educativo”⁴⁶.

En contra de esta corriente se posicionaban en el debate GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, por aquel entonces *Vocal del Consejo General del Poder Judicial*, y AGUIRRE ZAMORANO. Para la primera ponente la normativa orgánica penal “es una garantía” y no “equivalente a la cárcel”⁴⁷; “existen muchas formas de interpretar el Derecho penal, existe la manera de aceptar que el Derecho penal es esencialmente

⁴² Proveniente de la *Proposición de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 23 de junio de 1998*; Vid. Ventas Sastre, R.: *Minoría de edad...* ob. cit., pp. 223.

⁴³ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones VI Legislatura. N° 644, Sesión N° 66, 17 de marzo de 1999. Transcrito en Giménez-Salinas i Colomer, E. (Dir.): *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 138 y ss.

⁴⁴ Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 644... cit., p. 18759; Urra Portillo, J.: “La Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista de Estudios de Juventud*, N° 69, 2005, p. 80.

⁴⁵ Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 644... cit., p. 18766.

⁴⁶ Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 644... cit., p. 18776.

⁴⁷ Opinión también recogida en Aguirre Zamorano, P.: “Los jóvenes del siglo XXI...” ob. cit., p. 341.

una garantía, y en ese sentido es un acierto llamarlo de esta forma”. El segundo de los autores citados, Juez de Menores, suscribía la primera de las opiniones y discrepaba con la negación del principio de proporcionalidad y el principio de intimidación recogido en la exposición motivadora del proyecto. En su opinión, “que el preámbulo diga que no se aplica el principio de proporcionalidad no es exacto. Se está aplicando y, es más, se debe aplicar”⁴⁸.

En la segunda sesión de discusión parlamentaria⁴⁹, en la que participaron los representantes de los servicios de protección y reforma de las CC.AA., la cuestión de la naturaleza penal de la LORRPM también fue relevante. Así, desde una perspectiva más pragmática, GUIJARRO GONZALO, en aquél momento Directora General de los Servicios Especializados de la Junta de Extremadura, reconocía que “a la nueva ley, al sistema que se va a inaugurar, le hubiéramos pedido que no fuera una ley penal, lo que sí sería un tratamiento revolucionario de la delincuencia juvenil que haría no intervenir al Derecho penal. Sabemos, sin embargo, que la abolición del Derecho penal es hoy una utopía, pero ello no significa que como meta se deba desistir de este objetivo a largo plazo, al que debemos acercarnos, o trataremos de acercarnos, con reformas introducidas paulatinamente y, sobre todo, con una *praxis* comprometida”⁵⁰. Por el contrario, DEL BARRIO I GAUSACHS consideraba la nueva nomenclatura un “auténtico acierto”. Y ello, según el ponente citado, con base en dos razones: “una, porque persigue la educación en la responsabilidad de los actos y la propia vida de los menores y de los jóvenes, otra en cuanto a penal, porque es la manera de que el menor tenga garantía jurídica”⁵¹. Por el contrario, MUNIATEGUI ELORZA, consideraba que “el proyecto de ley objeto de estudio debiera insistir más en medidas de tipo socioeducativo en el sentido pedagógico que de carácter penal”⁵².

Finalmente, se impuso una normativa *penal*, si bien se recogía en el texto final la fórmula “*formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa*” (EM, II 6) para definir su naturaleza jurídica⁵³. Todos los ponentes defensores del modelo correccional de Justicia de Menores lamentarían la orientación *penal* de la LORRPM en subsiguientes publicaciones, oponiéndose, como también lo hiciera BUENO ARÚS, al concepto de *responsabilidad penal del menor*⁵⁴.

La valoración de la primera LORRPM mereció el refrendo de los operadores jurídicos⁵⁵. Se trataba de una normativa penal altamente *especializada*, que cumplía con los principios fundamentales de la *Convención de los Derechos del Niño de 1989*⁵⁶ y que orientaba toda intervención sobre el menor infractor hacia la pre-

⁴⁸ Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 650... cit., p. 18785.

⁴⁹ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. VI Legislatura. N° 650, Sesión N° 66, 18 de marzo de 1999.

⁵⁰ Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 650... cit., p. 18926.

⁵¹ Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 650... cit., p. 18931.

⁵² Cfr. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 650... cit., p. 18944.

⁵³ Sobre las dificultades de interpretación de esta expresión, Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., p. 506.

⁵⁴ Vid. Urra Portillo, J.: “Prólogo”, en Vidal Martínez, F.: *La nueva responsabilidad penal del mejor según la Ley Orgánica 5/2000*. Economist&Jurist, Barcelona, 2000, pp. 13 y 20.

⁵⁵ Vid. Bueno Arús, F.: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 7.

⁵⁶ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., pp. 289 y 290.

vención especial, observando el interés superior del mismo. Asimismo, se consolidaba como un *acuerdo*⁵⁷, una solución pactada entre los dos modelos de intervención con menores infractores que habían permanecido enfrentados hasta ese momento. La LORRPM se alzaba como una solución de “consenso”⁵⁸ inter-partes, si bien es cierto que el enfoque penal parecía haber primado, al menos *formalmente*.

Desde la doctrina más especializada se la consideró una “buena ley”⁵⁹. Aquí, la expresión tampoco es baladí y bien podría cambiarse por “*ley buena*”, otorgándole un significado, si se quiere, más *subjetivo, que evoque la voluntad de sus redactores*. Muchos coincidieron en un punto importante que da cuenta de los esfuerzos y el carácter de aquellos que la redactaron: la nueva LORRPM no solamente podría convertirse en una ley eficaz para dar respuesta a la delincuencia juvenil; sino que, además, entre sus *bondades* podían encontrarse conceptos tan deseables para cualquier sistema punitivo como la *flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas* (EM II, 6 y 11), *reconocimiento expreso de todas las garantías constitucionales* (EM II, 6), *derechos de participación de las víctimas no vindicativos, uso flexible del principio de intervención mínima* (EM II, 9), *interés particular en los sistemas de reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima, claro predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general* (EM II, 13), etc.

Por supuesto, la costosa obra legislativa no estaba exenta de críticas⁶⁰. Así, un sector de la doctrina consideraba que el resultado final de la primera LORRPM

⁵⁷ Vid. Giménez-Salinas i Colomer, E.: “La nueva ley...” ob. cit., p. 137.

⁵⁸ Cfr. Ríos Martín, J.C.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 3. Giménez-Salinas i Colomer, E.: “La nueva ley”

⁵⁹ Vid. Aguirre Zamorano, P.: “Los jóvenes del siglo XXI...” ob. cit., p. 346; Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la 6ª Ed. del Código Penal”, en Gimbernat Ordeig, E., y Mestre Delgado, E.: *Código penal*. Tecnos, Madrid, 2000, afirmaba que la nueva ley, “es un modelo de garantismo y progresismo, ha sido elaborada con un rigor técnico, gramatical y de fondo que uno echa de menos en otras leyes penales recientes, empezando por el propio Código Penal”; Cuello Contreras, J.: *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, 2000, p. 13; Urra Portillo, J.: “Prólogo...” ob. cit., p. 22; Vidal Martínez, F.: *La nueva Responsabilidad Penal del Menor Según la Ley Orgánica 5/2000*. Economist&Jurist, Barcelona, 2000, p. 42; Polo Rodríguez, J.J., y Huélamo Buendía, A.J.: *La nueva Ley penal del menor*. 1ª Ed., Colex, Madrid, 2000, p. 18; Cezón González, C.: *La nueva Ley orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 14; Giménez-Salinas i Colomer, E.: “Capítulo I. Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título preliminar”, en Giménez-Salinas i Colomer, E. (Coord.): *Justicia de Menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. CGPJ, Madrid, 2001, p. 41; Manzanares Samaniego, J.L.: “Prólogo”, en De Urbano Castrillo, E., y De la Rosa Cortina, J.M.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 17; Ríos Martín, J.C.: “Menores en conflicto con la Justicia”, en Lázaro González, I. (Coord.): *Los menores en el Derecho español*. Tecnos, Madrid, 2002, p. 490; Ventas Sastre, R.: *Minoría de edad...* ob. cit., p. 271; Bueno Arús, F.: “Prólogo...” ob. cit., p. 20; Rodríguez López, P.: *La Ley Orgánica de Responsabilidad penal de menores*. Dijusa, Madrid, 2005, p. 25; Nieto García, L.C.: “La ley de responsabilidad penal de menores. Valoración de sus reformas y del actual anteproyecto”, en Pantoja García, F. (Dir.): *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*. CGPJ, Madrid, 2005, p. 16; y también Alonso de Escamilla, A.: “La minoría de edad penal”, en *La Ley penal*, Nº 18, 2005, p. 10; Pantoja García, F.: “Ayer y hoy de la respuesta sancionadora a los menores”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº Extra, Homenaje a D. Francisco Bueno Arús, 2006, p. 246; Carmona Salgado, C.: “Algunas consideraciones críticas sobre las sucesivas reformas de la legislación penal de menores a partir de la LO 5/2006. La nueva Ley 8/2006 (1)”, en *La Ley Penal*, Nº 45, 2008, p. 57.

⁶⁰ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley orgánica...” ob. cit., p. 331.”

reflejaba cierto “complejo de culpa”⁶¹ por alejarse de algunos de los principios propios del Derecho penal, como es el caso del principio de proporcionalidad o el de prevención general⁶². Para CEZÓN GONZÁLEZ, a pesar de que la legislación podría permitir la realización de una justicia juvenil penal moderna, de calidad y eficaz, presentaba algunos defectos subsanables de “inadecuación a la realidad (la insatisfactoria regulación del quebrantamiento, la falta de respuesta a las infracciones leves, cuando se manifiesta un riesgo de comisión de nuevas infracciones, cada vez de mayor entidad, y el menor elude voluntariamente la actuación del Juzgado), otros técnicos (un desproporcionado sistema de recursos, imprecisiones) o de sistemática (reiteraciones no siempre coincidentes, desajustes en algunos preceptos al haberse modificado otros en el curso de la elaboración)”⁶³. Otros, como POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA, vieron en la introducción de los *jóvenes-adultos* (mayores de 18 años y menores de 21, según establecía el art. 69 CP) dentro de la normativa un posible efecto distorsionador de la finalidad del Derecho penal de menores⁶⁴. Previsión que, por cierto, lamentablemente jamás llegó a aplicarse plenamente⁶⁵.

Por último, uno de los principales puntos problemáticos que se achacaba a la legislación penal de menores era su falta de previsión presupuestaria. Tanto en el debate parlamentario⁶⁶, como en las publicaciones posteriores, se hizo hincapié en este extremo. La necesidad de dotar de recursos económicos a una normativa tan ambiciosa era más bien una cuestión *político-presupuestaria* antes que legislativa. Sobre esta cuestión, BUENO ARÚS lamentaba, en defensa de las pretensiones de la normativa, que la LORRPM entrara “en vigor coincidiendo con una falta de entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se resolvió en no dar a éstas *ni un duro más* para gastos de ejecución de la Ley”⁶⁷. Extremo que, por otra parte, ya fuera advertido por el autor citado durante la tramitación del ALOJJ 1997, que ya proponía establecer una fase de diálogo con las CC.AA., a fin de aclarar el cuadro de necesidades materiales de las mismas y programar su satisfacción, para abordar con eficacia la ejecución de las medidas⁶⁸.

⁶¹ Vid. Dolz Lago, M.: *La nueva responsabilidad penal del menor. (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p. 36. En algunos supuestos, el autor citado consideraba la nueva legislación penal de menores impracticable o inviable en algunos aspectos, Vid. Dolz Lago, M.: “La Ley Penal del Menor: ¿una ley impracticable? Crítica práctica de su impráctica”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 2, 2002, pp. 21 y ss.; el mismo, más recientemente: “La Ley penal del menor española: una década después (2001-2011)”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 11, 2011, pp. 16 y ss.

⁶² Vid. Aguirre Zamorano, P.: “Los jóvenes del siglo XXI...” ob. cit., p. 341.

⁶³ Vid. Cezón González, C.: *La nueva responsabilidad...* ob. cit., p. 14.

⁶⁴ Vid. Polo Rodríguez, J.J., y Huélamo Buendía, A.J.: *La nueva Ley...* ob. cit., pp. 13 y 14.

⁶⁵ Vid. Higuera Guimerá, J.F.: “Las repetidas reformas parciales de la Ley penal del menor”, en *La Ley Penal*, N° 27, 2007, p. 73; Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., pp. 673 y ss.

⁶⁶ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 644... cit., pp. 18756-59-62 y 18770; y también, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, N° 650... cit., donde tal preocupación es constantemente repetida.

⁶⁷ Cfr. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 323; el mismo: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 44. En términos similares, explicando tal abandono presupuestario, Vid. Bueno Arús, F.: “Prólogo...” ob. cit., p. 18.

⁶⁸ Vid. Bueno Arús, F.: “El Anteproyecto...” ob. cit., p. 161; el mismo: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 11; “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 18; y en “La ley orgánica...” ob. cit., p. 333.

La escasez de recursos inclinó a muchas de las CC.AA., con competencias en la gestión de la ejecución de las medidas⁶⁹, a derivar el tratamiento de los menores infractores a asociaciones y fundaciones privadas *sin ánimo de lucro*, amparándose, a mi juicio, abusivamente, en la permisividad del art. 45 LORRPM⁷⁰.

Una vez más, la bondad de los pre-legisladores, que siempre pensaron en la participación de las instituciones sociales y de voluntariado en aras de una suerte de *responsabilidad social compartida* en la ejecución de las medidas para menores infractores⁷¹, fue tergiversada por motivos economicistas en detrimento del interés superior del menor.

IV. LA NATURALEZA DE LAS COSAS: LA INIMPUTABILIDAD PENAL DEL MENOR DE EDAD.

Uno de los principales foros de discusión que ha enfrentado a las dos corrientes principales –correccionalistas y penalistas– en el ámbito de la Justicia Juvenil ha sido la controversia acerca de la imputabilidad o inimputabilidad del menor infractor y, por consiguiente, su capacidad para ser responsable penalmente.

Desde la concepción correccional, se diferencia la responsabilidad de la imputabilidad penal del menor, considerando que “la imputabilidad que es imprescindible para todas las acciones morales y su subsiguiente calificación, se diferencia de la responsabilidad, en que ésta sólo surge de las acciones que de alguna forma lesionan o perjudican a un tercero. (...) La responsabilidad es la consecuencia y nunca la causa de la imputabilidad”, por lo que, “si nos planteamos qué causas son las que deben excluir o eliminar la imputabilidad, y, su derivada, la responsabilidad, veremos cómo únicamente pueden imputarse las acciones y las omisiones que emanan de la voluntad libremente manifestada por el sujeto. (...) Y este pleno señorío sobre la voluntad únicamente lo posee el sujeto que es plenamente capaz. Capacidad que sólo obtiene el hombre cuando ha logrado el integral y armónico desarrollo de la personalidad”⁷².

⁶⁹ Vid. Cámara Arroyo, S.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas para la ejecución de medidas privativas de libertad impuestas a los menores (El ejemplo del Decreto 80/2009, de 21 de abril, sobre centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco)”, en *La Ley Penal*, N° 70, 2010, pp. 26 y 27.

⁷⁰ Vid. Parés i Gallés, R.: “Capítulo VIII. La ejecución de medidas (Título VII, artículos 54, 55, 56, 57, 58, 59, y 60)”, Giménez-Salinas i Colomer, E. (Coord.): *Justicia de menores...* ob. cit., p. 287; en el mismo sentido, Sanz Delgado, E.: “Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Tomo LII*, Fascículo único, enero-diciembre 1999 (2002), p. 387; Cámara Arroyo, S.: “La gestión privada de los centros de menores en España”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 10, 2010, pp. 109-179; Vidal Herrero-Vior, M.S.: “Carácter público del Derecho penal versus gestión privada de los centros de reforma de menores”, en *Foro*, N° 11-12, 2010, pp. 231-289; y también, Dopico Gómez-Aller, J.: *Prisiones de empresa. Reformatorios privados*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁷¹ Vid. Pantoja García, F.: “Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N° 15, 2011, p. 311. Sobre lo positivo de la introducción de esta bienintencionada previsión, Vid. Sanz Hermida, A.M.: “Artículo 45. Competencia Administrativa”, en Gómez Rivero, M.C.: *Comentarios a la Ley Penal del Menor (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*. Iustel, Madrid, 2007, p. 358; y también, Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, apartado XI.2. El propio Bueno Arús mostraba también su descontento en esta cuestión, Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 329.

⁷² Cfr. Mendizábal Oses, L.: *Introducción al Derecho correccional...* ob. cit., pp. 31-33.

De tal posicionamiento, de carácter eminentemente iusnaturalista⁷³, se deriva que el reconocimiento de la personalidad inmadura del menor excluye su responsabilidad penal⁷⁴. Dicho en otros términos, los menores no podrían ser objeto de un procedimiento penal porque carece de “madurez como pilar básico de la imputabilidad”⁷⁵. En las infracciones cometidas por los menores faltaría, en definitiva, el elemento de culpabilidad⁷⁶. En consecuencia, debería recogerse una presunción iuris et de iure de inimputabilidad del menor de edad⁷⁷.

Tal fue la postura defendida por la comisión redactora del ALOJJ 1997, y uno de los principales caballos de batalla del Prof. BUENO ARÚS en el sostenimiento de la verdadera naturaleza –quizás debiera decirse, de la naturaleza jurídica pretendida– de la normativa de justicia juvenil.

En los párrafos subsiguientes intentaré sintetizar los argumentos del homenajeado al respecto, no con la intención de rebatirlos⁷⁸, sino como exposición clarificadora de la convicción personal y jurídica del autor, que mantuvo –y, aún hoy, mantiene– importantes apoyos en la doctrina⁷⁹.

Así, el que fuera Profesor de la Universidad Pontificia de Comillas y eminente Abogado del Estado, se mostraba partidario de la anterior regulación de la edad penal contenida en el CP 1973 (art. 8.2) estimando que en nuestro sistema punitivo “los menores de 18 años no tienen propiamente capacidad criminal y deben seguir siendo considerados como inimputables, a pesar de la redacción vaga del artículo 19 del CP de 1995 (que ha de ser modificado)”⁸⁰.

⁷³ Vid. Mendizábal Osés, L.: *Introducción...* ob. cit. pp. 17, 82 y 98; y también en: *Derecho de Menores...* ob. cit., p. 33; Legaz y Lacambra, L.: “Prólogo”, en Mendizábal Osés, L.: *Introducción...* ob. cit., p. 11. Un similar planteamiento seguía el Prof. Bueno Arús, tal y como expone en su crítica al concepto de dogmática o ciencia del Derecho penal; Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad: imputabilidad...” ob. cit., p. 322.

⁷⁴ Vid. Mendizábal Osés, L.: *Introducción al Derecho correccional...* ob. cit. 56.

⁷⁵ Cfr. Ríos Martín, J.C.: *El menor infractor...* ob. cit., p. 129.

⁷⁶ Vid. Ríos Martín, J.C.: “Menores infractores: una alternativa”, en *Alandar*, N° 80, Madrid, septiembre 1991, p. 7; el mismo: *El menor infractor...* ob. cit., p. 199.

⁷⁷ Vid. Mendizábal Osés, L.: *Derecho de Menores...* ob. cit., p. 355.

⁷⁸ Mis discrepancias en este sentido ya fueron expuestas en Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., pp. 514 y ss.

⁷⁹ También partidarios de la inimputabilidad del menor de 18 años: Bustos Ramírez, J.: “Imputabilidad y edad penal”, en Echeburúa Odriozola, E., De la Cuesta Arzamendi, J.L., y Dendaluze Seguroola, I. (Coords.): *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, 1989, pp. 471-482; Ríos Martín, J.C.: *El menor infractor...* ob. cit., pp. 117 y ss., y 199; el mismo, prácticamente siguiendo las palabras de Bueno Arús: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 10; Pantoja García, F.: “La justicia del menor: edades penales, realidades y expectativas”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, N° 10, 1997, p. 166; sin embargo, el citado autor parece haber ido cambiando progresivamente de criterio: “El hecho delictivo y el interés del menor”, en *El País*, 7 de julio de 2005, donde indica que el menor posee “una distinta imputabilidad” al adulto; y también: “Unas notas sobre la imputabilidad penal de los menores y su tratamiento en la Ley de responsabilidad penal de los menores”, Benítez Ortúzar, I.F., y Cruz Blanca, M.J.: *El Derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 149, donde el autor citado expone que la edad de 14-18 años “permite castigar y en su caso dar una respuesta socio-educativa eficaz, a la luz de la imputabilidad penal”; en el mismo sentido: “Unas notas...” ob. cit., 2011, p. 309; Polaino Navarrete, M.: “La minoría de edad penal en el Código Penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 1, 2001, pp. 145 y 146; Alonso de Escamilla, A.: “La minoría...” ob. cit., p. 6.

⁸⁰ Cfr. Bueno Arús, F.: “El Anteproyecto...” ob. cit., p. 160.

A pesar de que en un primer momento, a punto de aprobarse definitivamente el *Proyecto de 1998*, su posición fue más taimada, ya se advertían las dudas que suscitaba para el autor la aceptación de la imputabilidad penal del menor infractor conforme al concepto doctrinal de delito⁸¹.

Posteriormente, BUENO ARÚS daría un mayor desarrollo a su concepto de inimputabilidad por minoría de edad, fundamentado en la denominada *naturaleza de las cosas*. De este modo, que el Legislador declarará una edad de responsabilidad penal concreta, no sería más que un ejercicio de *voluntarismo*⁸², o imposición jurídica, desligado de las *estructuras lógico-objetivas* de la realidad. Siguiendo este posicionamiento, existiría una “lógica elemental abstracta”, ajena al Derecho positivo, y con base en la estructura cultural mínima de nuestra sociedad que no podría ser quebrantada, sin contrariar el sistema de conocimientos de nuestra sociedad⁸³. Para esta posición, por tanto, la *naturaleza de las cosas* es el límite absoluto de la tarea legislativa⁸⁴.

En segundo lugar, y teniendo presente el límite antes fijado a la labor legislativa, admitir la imputabilidad del menor supondría modificar los principios básicos y establecidos de la *teoría jurídica del delito*⁸⁵. Indicaba, al respecto, el autor citado, que si admitimos que el menor carece de la suficiente madurez⁸⁶ para conocer todas las implicaciones que se derivan de un ilícito penal, “la consecuencia, no sé si pretendida de tal actitud, es que obligará a la doctrina a modificar el concepto tradicional de delito, en uno de estos dos sentidos: a) o bien desvincular el elemento imputabilidad (=madurez) del concepto de delito, no identificándolo con la capacidad de autodeterminación que se venía estimando hasta ahora como propia de los adultos sin anormalidades psíquicas o de percepción; b) o bien ampliar su concepto, considerando imputables o capaces de autodeterminación a los efectos del reproche social y de la determinación de responsabilidad sancionadora también a los mayores de la edad que se fije en la nueva Ley”⁸⁷.

El concepto tradicional de imputabilidad en la teoría jurídica del delito se transformaría en una inimputabilidad *sui generis*, presunta, en definitiva, “en un nombre, en una sombra, en un dato que se da por supuesto en la sentencia”⁸⁸.

Al no poder establecerse científicamente y de forma segura una edad de madurez a efectos de responsabilidad jurídico-penal, y ante el fracaso, por la inseguridad jurídica en la que derivaba⁸⁹, de la pretérita *teoría del discernimiento*, el legislador solo

⁸¹ Vid. Bueno Arús, F.: “Imputabilidad de los menores”, en IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales. El Puerto de Santa María, Cádiz, 1998, pp. 37-56; el mismo: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 10; “Aspectos sustantivos...” ob. cit., pp. 6 y 7; y también: “La ley orgánica...” ob. cit., p. 316.

⁸² Vid. Bueno Arús, F.: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 8; el mismo: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 2; “La ley orgánica...” ob. cit., pp. 313 y 315; “Menor edad...” ob. cit., pp. 321, 347, 348 y 349; y también, “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 302. Posteriormente, hablaría de voluntarismo político, en “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 18.

⁸³ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., pp. 306 y 326.

⁸⁴ Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad: imputabilidad...” ob. cit., p. 362; el mismo: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 302; “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 37.

⁸⁵ Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., pp. 339 y ss.; el mismo: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 336; y también: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 55.

⁸⁶ Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., pp. 347, 349 y 363.

⁸⁷ Cfr. Bueno Arús, F.: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 10; el mismo: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., pp. 6 y 7, y también “La ley orgánica...” ob. cit., pp. 314 y 315.

⁸⁸ Cfr. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 363.

⁸⁹ Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 344; el mismo: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 3.

podría cambiar los límites de edad penal basándose en razones político-criminales⁹⁰ que ignorarían la mencionada naturaleza de las cosas. Tal clase de técnica legislativa, en palabras de BUENO ARÚS, supone una “práctica abusiva” del Legislador⁹¹.

Este pensamiento correccionalista rechaza también la denominada imputabilidad disminuida del menor, basada en la gradación de la responsabilidad criminal y, por consiguiente, de la culpabilidad del sujeto menor de edad. Según BUENO ARÚS, tal postura, si bien conciliadora y respetable⁹², no puede sostenerse, pues de otro modo lo más correcto sería aplicar una atenuante en el propio texto del CP 1995⁹³.

Considero, a pesar de mantenerme en un plano más formalista en este aspecto, que debe entenderse tal posicionamiento como una legítima crítica al aparente endurecimiento que sufriría nuestro sistema penal, al hacer descender *de facto* la edad de imputabilidad penal a los 14 años tras la promulgación de la LORRPM⁹⁴. En efecto, no parecería correcto “ampliar por abajo el Derecho penal”⁹⁵, pues lo que comenzó con una actitud despenalizadora del Legislador del CP 1995, al equiparar la edad mayoría de edad civil y penal en los 18 años (frente a la anterior legislación que la establecía en los 16 años), terminaría revertir a una situación más gravosa y *menos progresista* para el menor infractor⁹⁶. Contrariamente a esta regresión, se planteaba, como interpretación *pro reo* y “detalle de benignidad”, así como “un ejemplo concreto (...) del llamado principio de intervención mínima”⁹⁷, la fijación de los 18 años como edad mínima a efectos penales.

Finalmente, según esta tesis, la imputabilidad del menor de edad resultaría incompatible con los preceptos de la normativa internacional sobre el tratamiento de los menores infractores⁹⁸. Así, se interpretaría como límite inferior de la edad de respon-

⁹⁰ Como sostiene actualmente un amplio sector de la doctrina: Vid. González Zorrilla, C.: “Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad”, en *Documentación jurídica*, Vol. I, N° 37.040, enero-diciembre, Madrid, 1983, p. 178; Giménez-Salinas i Colomer, E.: “La nueva ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000”, en Giménez-Salinas i Colomer, E. (Dir.): *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado*. CGPJ, Madrid, 1999, p. 118, nota al pie 18; Ventas Sastre, R.: *Estudio de la Minoría...* ob. cit., pp. 82-85; Carmona Salgado, C.: “La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica”, en *Protección Jurídica del Menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Granada, 1997, pp. 137 y 138; la misma autora: “Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la LO 5/2000, de 12 de enero”, en *Los Derechos Humanos*. Libro Homenaje al Exmo. Sr. D. Luis Portero García, Granada, 2001, pp.114 y 115; Herrero Herrero, C.: *Criminología. Parte General y Especial*. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 360 y ss.; el mismo autor: *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*. Dykinson, Madrid, 2005, ob. cit., p. 352; en similares términos, Vid. Garrido Genovés, V.: *Delincuencia Juvenil*. Alhambra, Madrid, 1987, p. 11.

⁹¹ Cfr. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 351.

⁹² Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., pp. 364 y 365.

⁹³ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 333; “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 42.

⁹⁴ Como sostiene Matallán Evangelio, A.: “La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Estudios penales y criminológicos*, N° 22, 1999-2000, pp. 55-102.

⁹⁵ Cfr. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 333.

⁹⁶ Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., pp. 353 y ss. De la misma opinión, Vid. Ríos Martín, J.C.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 5.

⁹⁷ Cfr. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 353.

⁹⁸ Que, sin embargo, según el Prof. Bueno Arús, sí fueron respetados en la confección del ALOJJ, Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., pp. 289 y 290. Acerca de la vulneración de las normativas internacionales, también Vid., del mismo autor: “Sombras y lagunas...” ob. cit., pp. 9 y ss.

sabilidad penal los 18 años según el art. 1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989* (CDN), o al menos, habida cuenta de la indefinición de la disposición internacional, procederá el “*establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales*” (art. 40.3.a CDN). Conjuntamente con lo indicado, según la Regla 4.1 de las *Reglas de Beijing* el establecimiento de tal edad no debe ser “*demasiado temprana*”. Por tales razones, cabe también rechazar de pleno⁹⁹, y en esto deben suscribirse íntegramente las palabras del autor –aunque, una vez más, entienda otras razones de peso para conformar mi opinión sobre esta cuestión¹⁰⁰–, aquellas propuestas que pretenden ampliar el ámbito de actuación de la LORRPM a los menores de 12 años¹⁰¹.

A pesar de los esfuerzos por argumentar la cuestión de la inimputabilidad de los menores de edad, actualmente esta concepción ha sido progresivamente abandonada por la doctrina. Sin embargo, no existe un criterio unánime y pacífico al respecto, pues las distintas posiciones académicas mayoritarias oscilan entre las siguientes: plena inimputabilidad penal¹⁰², inimputabilidad normalizada pero *conforme* a la legislación penal específica para menores infractores¹⁰³ siguiendo un criterio de especialización, como es el marco de referencia legal para el adolescente infractor¹⁰⁴, y, por último, una inimputabilidad penal disminuida¹⁰⁵, especial¹⁰⁶ o *sui generis*¹⁰⁷.

⁹⁹ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 299.

¹⁰⁰ Básicamente, razones de índole *criminológica* y *político criminal*, debido al escaso éxito de la intervención penal en estas tempranas edades y el reducido número de delitos graves que se comenten a tales edades.

¹⁰¹ Que fueron promovidas desde el ámbito político por el grupo parlamentario de CIU en 1996, y apoyadas por un sector de la doctrina, con base en fundamentos de política criminal; Vid. Herrero Herrero, C.: *Delincuencia de menores...* ob. cit., p. 356.

¹⁰² Vid. Landrove Díaz, G.: *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 p. 212; Matallín Evangelio, A.: “La capacidad de culpabilidad...” ob. cit., p. 90; Terradillos Basoco, J.: “Responsabilidad penal de los menores”, en Ruiz Rodríguez, L.R., y Navarro Guzmán, J.I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 53.

¹⁰³ Distinguiéndose, de este modo, entre minoría de edad penal y edad de responsabilidad penal, esto es, siguiendo a Herrero Herrero, una edad a partir de la cual el menor se encuentra capacitado para responder por sus infracciones penales conforme a una ley penal especial para él; Vid. Herrero Herrero, C.: *Delincuencia de Menores...* ob. cit., p. 30.

¹⁰⁴ Postura que definiendo doctrinalmente en mi obra *Internamiento...* ob. cit., p. 539. Me apoyo en la acertada explicación de De la Cuesta Arzamendi, cuando indica que la edad penal mínima de 18 años “se configura más como un límite personal a la aplicación del Código que como propia y verdadera causa de inimputabilidad”; Vid. De la Cuesta Arzamendi, J.L.: “Imputabilidad y nuevo Código penal”, en *El Nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López. Comares, Granada, 1999, p. 304; Figueroa Navarro, M.C.: “La medida de internamiento en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en Rodríguez Blanco, M. (Dir.): *La libertad religiosa de los menores en los centros de internamiento*. Comares, Granada, 2012, p. 3.

¹⁰⁵ Vid. García Pérez, O.: “La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, en *Actualidad Penal*, Tomo III, Nº 33, 2000, p. 683 y 684.

¹⁰⁶ Vid. Cervelló Donderis, V., y Colás Turégano, A.: *La responsabilidad penal del menor de edad*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 55 y 56; Colás Turégano, A.: *Derecho penal de menores*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 85.

¹⁰⁷ Vid. Boldova Pasamar, M.A.: “La responsabilidad penal de los menores”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 434; Navarro Frías, I.: “El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores”, en Sola Reche, E., Hernández Plasencia, J.U., Flores Mendoza, F., y García Medina, P. (Eds.): *Derecho penal y Psicología del menor*. Comares, Granada, 2007, p. 113 y 118.

V. LA “NATURALEZA PENAL” DE LA LEY: RESPONSABILIDAD JUVENIL VS RESPONSABILIDAD PENAL.

Unida a la cuestión de la imputabilidad penal del menor en la LORRPM, se encontraba el problema de la enigmática y difusa naturaleza de una disposición *formalmente penal* pero materialmente *sancionadora-educativa*¹⁰⁸. El debate también ha tenido –y tiene– especial conflictividad en la particular arena académica, enfrentando, nuevamente, las posiciones correccionalistas y penalistas.

Y es que los redactores del ALOJJ siempre defendieron una respuesta *ajena al Derecho Penal* de la disposición para menores infractores y, coherentemente con esta ideología, indicaron que la responsabilidad de los menores no podía ser de naturaleza penal. La primera justificación parte, lógicamente, de la consideración del menor como inimputable a efectos penales. No obstante, conviene exponer de modo más pormenorizado la cuestión, atendiendo, una vez más, al pensamiento del Prof. BUENO ARÚS.

En un primer momento, durante la tramitación del ALOJJ 1996 y 1997, el texto no recogía la acepción *responsabilidad penal*, a diferencia de lo que establecían los proyectos y anteproyectos de 1985 (art. 6), 1995¹⁰⁹, y también el de 1998, que más tarde se convertiría en la LORRPM. En aquel momento, se intentó explicar la responsabilidad del menor y, por tanto, la propia naturaleza jurídica de la disposición para menores infractores, en términos puramente tuitivos o correccionales. Desde el comienzo, los pre-legisladores defendieron que la responsabilidad regulada en la nueva normativa se configuraba como un *nuevo genus*¹¹⁰, diferente a la capacidad penal, civil o administrativa. Convinieron en denominar a tal novedoso concepto jurídico indeterminado con el nombre de *responsabilidad juvenil*¹¹¹.

Sin embargo, cuando el ALORRPM de 1998 fue definitivamente aprobado y se acuñaron expresamente en su terminología nociones como *responsabilidad penal* del menor o *Derecho penal de Menores*, la anterior argumentación dio paso a una posición más ecléctica. Parecía imposible luchar contra lo evidente. Tanto BUENO ARÚS, como los partidarios de la corriente correccional, admitieron –a regañadientes– que la LORRPM mantenía una nomenclatura claramente penal, e incluso definieron su

¹⁰⁸ Sobre la interpretación de esta expresión, Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., pp. 507 y ss.

¹⁰⁹ Acerca de una crítica al modelo penal de este Anteproyecto, Vid. Pantoja García, F.: “Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor”, en *Jueces para la democracia*, N° 23, 1994, pp. 19-21; Ríos Martín, J.C.: “Notas críticas sobre el anteproyecto de la Ley Penal Juvenil y del Menor”, en *Poder Judicial*, N° 37, 1995, pp. 152 y ss.; Ventas Sastre, R.: *La minoría...* ob. cit., pp. 219 y ss.; una valoración más positiva puede encontrarse en Sánchez Martínez, F.A.: *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores LO 4/1992*. Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 339. pp. 243 y ss.; Sánchez García de Paz, M.I.: *Minoría...* ob. cit., pp. 121 y ss.

¹¹⁰ Vid. Bueno Arús, F.: “El Anteproyecto...” ob. cit., p. 166; el mismo: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 17; y también: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 16; y “La ley orgánica...” ob. cit., p. 330.

¹¹¹ Vid. Bueno Arús, F.: “El Anteproyecto...” ob. cit., p. 166; el mismo: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 17; “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 16; “La ley orgánica...” ob. cit., p. 330; y también: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 309. En este mismo sentido, Vid. Pantoja García, F.: “Unas notas...” ob. cit., p. 148; y en “El menor y la investigación policial ante el caso del niño maltratado y del menor infractor. Referencia a la LO de justicia de menores”, en *Hartax*, N° 25, 1998, p. 29; y también: “Introducción: naturaleza jurídica de la LO 5/2000”, en *Estudios jurídicos*. Ministerio Fiscal, N° 6, 2000 (Ejemplar dedicado a: Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores), pp. 13-24.

*naturaleza como jurídico-penal*¹¹², “porque la responsabilidad procede por la comisión de hechos tipificados en las leyes penales y responde al mismo fundamento que las penas: defensa de la Sociedad, principio de culpabilidad, prevención de nuevos delitos. Por ello se declara expresamente como Derecho supletorio al Código Penal y a las leyes penales especiales”¹¹³. Su postura, no obstante, era escéptica en este último aspecto: se trataba de una *Ley sui generis*, de carácter penal, pero *diferente a la responsabilidad penal ordinaria* definida en el CP 1995¹¹⁴.

Si bien la cuestión de la naturaleza penal de la LORRPM levantaba ciertas suspicacias entre los pre-legisladores, parece que, en un primer momento, fue incluso aceptada como *algo positivo* desde el punto de vista de las garantías. Al respecto, expresaba BUENO ARÚS, en uno de sus primeros escritos sobre la LORRPM, que, a pesar de que la idea de la naturaleza penal de la normativa para menores infractores le suscitaba ciertas inquietudes, “se presenta como la más satisfactoria y coherente desde una perspectiva constitucional, porque la Constitución atribuye en general a las sanciones penales una finalidad de reeducación y reinserción social (art. 25), silenciando la tradicional retribución, y porque los principios propios del Derecho penal (legalidad, imparcialidad judicial, derecho a la defensa, intervención mínima, control judicial de la ejecución) aseguran, mejor que los de cualquier otra rama del Derecho, las garantías atribuidas por la Constitución a los derechos fundamentales”¹¹⁵.

Posteriormente, como ocurriera con la cuestión de la imputabilidad penal del menor, su postura se recrudecería, probablemente como *defensa de una idea inicial* que fue injustamente desdeñada o reacción crítica ante la desnaturalización de la LORRPM en las sucesivas reformas.

De este modo, la naturaleza penal de la disposición sería finalmente descartada en los últimos escritos de BUENO ARÚS. Una vez más, sin ánimo de entrar en discusión jurídica alguna¹¹⁶, transcribo los interesantes argumentos que exponía en sus obras y ponencias con el único fin de entender su amplitud y alcance.

En primer lugar, el autor citado entiende que la expresión “*responsabilidad penal del menor*”, contenida tanto en el art. 19 CP, como en el propio título LORRPM, puede ser una “perversión considerable del lenguaje jurídico”¹¹⁷, en clara oposición a las posturas críticas con el modelo correccional que se congratulaban de que, por vez primera en nuestra historia legislativa, una disposición relativa a los menores infractores “llamara a las cosas por su nombre”.

Advertía BUENO ARÚS en sus primeras publicaciones sobre la cuestión, justo antes de la promulgación de la LORRPM, que la terminología empleada por la novedosa

¹¹² Vid. Urra Portillo, J.: “Prólogo...” ob. cit., p. 17; Ríos Martín, J.C.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 9.

¹¹³ Cfr. Bueno Arús, F.: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 17; el mismo: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 15; y también: “La ley orgánica...” ob. cit., pp. 329 y 330.

¹¹⁴ Vid. Bueno Arús, F.: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 16; el mismo: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 15; “La ley orgánica...” ob. cit., p. 329.

¹¹⁵ Cfr. Bueno Arús, F.: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 10; el mismo: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 6; y también: “La ley orgánica...” ob. cit., p. 314.

¹¹⁶ Ya expuse mi opinión al respecto en *Internamiento...* ob. cit., pp. 504 y ss.

¹¹⁷ Cfr. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 350.

disposición podría devenir en *conceptos jurídicos indeterminados*, sujetos a una interpretación subjetiva¹¹⁸. En definitiva, las voces *delincuencia juvenil*, *Derecho penal de menores*, *menor delincuente* y *responsabilidad penal del menor*, podrían resultar engañosas y no corresponderse, una vez más, con la *naturaleza de las cosas*. Se trataría, en suma, de una especie de *ficción jurídica*¹¹⁹ impuesta por el Legislador con validez únicamente a efectos formales, pero no materiales.

Frente al positivismo jurídico del intérprete penalista, que justificaba la naturaleza penal de la responsabilidad del menor con tal nomenclatura, BUENO ARÚS hábilmente hacía ver “que la Ley de Menores limite su ámbito a los menores que cometen delitos, no significa que todas las consecuencias legales de la comisión de un delito hayan de ser penales”, sino que “es una aplicación más en materia sancionadora del principio de intervención mínima, que tampoco tiene por qué limitarse a las penas en sentido estricto y, por ello, un supuesto de aplicación de este principio tampoco tiene por qué pretender que nos pone en la pista de un supuesto de responsabilidad penal”¹²⁰. Aquella exigencia terminológica, continuaba, tenía la “más sencilla misión de reservar las medidas de la Ley del Menor para los menores más peligrosos y no convertir dicha Ley en un cajón de sastre, como sucedía con la LVM de 1933, que se aplicaba a los menores delincuentes, autores de faltas, marginados, asociales, ebrios, corruptos y abandonados, lo cual excedía el reducto de los menores jurídicamente peligrosos. El ámbito vigente de aplicación de la Ley del Menor, por su carácter restrictivo, es más adecuado al principio de intervención mínima, que debe prescindir todas las situaciones sancionatorias y no sólo las propiamente penales”¹²¹.

Finalmente, restaría aclarar el por qué del cambio de nomenclatura en el resultado legislativo final y, lo que es más importante aún, qué es lo que motivo a la aceptación de este cambio en la naturaleza jurídica de la disposición contrariamente a lo expuesto en los anteproyectos de 1996 y 1997. A mi juicio, una de las razones ya ha sido contestada: tanto el Informe del CGPJ, a excepción del voto particular de PANTOJA GARCÍA, como la mayor parte de nuestra doctrina penal entendió que *una norma penal preservaría con mayor seguridad las garantías constitucionales* del menor infractor. No obstante, el propio Prof. BUENO ARÚS, en un encomiable ejercicio de sinceridad, expuso otra causa de gran peso, de *carácter político*¹²², durante la tramitación legislativa de la LORRPM. El que fuera pre-legislador de la LORRPM española, admitió que la explicación del uso de la terminología “responsabilidad penal” había sido meramente circunstancial, pues dada la configuración política del Estado español, dividido en autonomías, “si el Derecho correccional del menor no se calificaba de Derecho penal, habría que atribuirle otra naturaleza y considerarlo por ejemplo Derecho administrativo o Asistencia Social, en cuyo caso la competencia, incluso la legislativa, no habría de corresponder al Estado (art. 149.6), sino a las CC.AA. (art. 148.20)”¹²³.

¹¹⁸ Vid. Bueno Arús, F.: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 7; el mismo: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 1; y también: “La ley orgánica...” ob. cit., p. 313.

¹¹⁹ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 305.

¹²⁰ Cfr. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 351.

¹²¹ Cfr. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 307.

¹²² Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 333; el mismo: “Prólogo...” ob. cit., p. 16.

¹²³ Cfr. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 310.

Actualmente, del mismo modo que ocurriera con el caso de la inimputabilidad de los menores infractores de 14 a 18 años, la mayor parte de la doctrina se ha apartado de esta vía interpretativa. Hoy en día se sostiene que *la naturaleza jurídica de la LORRPM mantiene un carácter penal*, aunque se considera el Derecho penal de menores como una *ley penal especial*. Atrás queda, en definitiva, el intento de crear *algo mejor que el Derecho penal* para los menores delincuentes. Lamentablemente, en mi modesta opinión y siguiendo un ineludible *criterio de necesidad*¹²⁴, para conseguir los fines del Derecho penal y preservar todas las garantías constitucionales y procesales, actualmente *no exista nada mejor que el Derecho penal*. En este aspecto, viene a colación la tan manoseada cita de ALBRECHT: “el Derecho penal de menores es Derecho penal”¹²⁵. Sin embargo, ello no es óbice para rechazar de pleno el estudio de la corriente correccional desde un punto de vista material. Quizás debamos volver de vez en cuando la vista hacia atrás, con la única y sana intención de construir “*el mejor de los Derechos penales*” para el menor infractor. Un camino, y en esto debe coincidirse plenamente con el sector correccional, que nuestra legislación parece haber abandonado en las sucesivas reformas.

VI. ¿FRAUDE DE ETIQUETAS? MEDIDAS PEDAGÓGICAS VS PENAS JUVENILES.

La oposición del sector penalista a la introducción de un *Derecho Correccional de Menores* trajo consigo la dureza –y, en ocasiones, rudeza– de las críticas hacia la definición de las consecuencias jurídicas al delito del menor infractor contenidas en la LORRPM.

Mientras que en el Proyecto Provisional de Ley Penal del Menor de 1985 se hablaba de sanciones (penales) y en el de 1995 de *penas juveniles*, al uso de la nomenclatura teutona¹²⁶, los anteproyectos de 1996 y 1997 (re)introducían el término *medida sancionadora-educativa*.

La terminología de *medida correccional* no era definida en los anteproyectos, aunque no era una figura desconocida para la doctrina penal. Como aproximación más exacta a su significado, MENDIZÁBAL OSES la definía como “el medio instrumental que el Estado y que ejerce a través de organismos jurisdiccionales especializados de Menores, en función del significado tutelar de la Justicia, que coactivamente se dirige a favorecer la integración armónica de la personalidad de un ser en desarrollo, proporcionándole un significado valorativo de la vida humana que le permite superar o compensar aquellas carencias precedentes que frustraron una idónea forja de su per-

¹²⁴ Vid. Herrero Herrero, C.: *Criminología*... ob. cit., p. 496.

¹²⁵ Cfr. Albrecht, P.A.: *Derecho penal de menores*... ob. cit., p. 94.

¹²⁶ *Jugendstrafe*. Al respecto, Vid. Kaufmann, H.: *Delincuentes Juveniles. Diagnósis y juzgamiento*, traducción castellana de Bustos Ramirez, J., Depalma, Buenos Aires, 1983, pp. 13 y ss.; Albrecht, P.A.: *El Derecho penal*... ob. cit., pp. 305 y ss.; Sánchez García de Paz, M^a. I.: *Minoría*... ob. cit., pp. 49; Samaniego Manzanares, J. L.: “La legislación penal juvenil en Alemania” en Martínez-Pereda Rodríguez, J.M.: *Menores Privados de Libertad*. CGPJ, Madrid, 1996, pp. 85; Rössner, D.: “El Derecho Penal de menores en Alemania”, en VV.AA., Giménez-Salinas i Colomer, E. (Dir.): *Legislación de Menores en el Siglo XXI: análisis de derecho comparado*. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 310. Esta nomenclatura fue muy criticada por los partidarios de un Derecho de menores ajeno al Derecho penal; Vid. Ríos Martín, J.C.: “La ley reguladora...” ob. cit., p. 3.

sonalidad, con el fin de que aflore de su misma realidad existencial ese ideal siempre latente que pueda hacer posible su progresiva readaptación a las “mores” sociales que devienen de su propia ley”¹²⁷.

Como características principales, estas *medidas reeducativas* carecerían de cualquier connotación punitiva o significado retributivo –no constituye un “mal en sí misma”¹²⁸–, y no están en función de la gravedad mayor o menor de la conducta lesiva, sino directamente relacionadas con la personalidad evolutiva del menor (peligrosidad)¹²⁹. En referencia a la privación de libertad del menor, la medida de internamiento mantendría un carácter indefinido en cuanto a duración, influjo histórico de la *sentencia indeterminada* perteneciente al correccionalismo¹³⁰ que, por otra parte, esta doctrina intenta sortear en muchos aspectos. Desde esta perspectiva, todas las medidas aplicables al menor infractor pertenecerían a un *tertium genus*¹³¹, más aproximado a las medidas de seguridad que a las penas, pero que no puede encuadrarse en la naturaleza jurídica de ninguna de ellas¹³².

También el modelo educativo-responsabilizador, construido por RÍOS MARTÍN a partir de la postura correccional, otorgaba a las *medidas correccionales* unos principios determinados que las apartaban del concepto de penas¹³³: *normalizadoras, integradoras, holísticas o totalizadoras, modificables o variables y personalizadoras*.

Aunque en un primer momento la tesis de BUENO ARÚS siguió un camino bastante conciliador, llegando a utilizar, con ciertas reservas, como sinónimos con los conceptos de *medida sancionadora-educativa y pena juvenil*¹³⁴, posteriormente su postura fue mucho más reaccionaria.

Afirmaba el homenajeador que las medidas judicialmente impuestas a los menores delincuentes debían tener en cuenta *criterios subjetivos* –circunstancias concretas y personalidad del menor– y no *objetivos* –proporcionalidad entre el hecho y la sanción¹³⁵– y que, incluso, todo concepto objetivo introducidos en los textos legales, como delito o violencia, debían ser interpretados en el sentido más subjetivo posible¹³⁶. Tampoco perseguirían la mezcla de prevención general y especial sino la corrección intensa del sujeto, por lo que se elegirían libremente por el Juez de Menores atendiendo al *interés superior del menor*¹³⁷. Por consiguiente, “la medida

¹²⁷ Cfr. Mendizábal Oses, L.: *Derecho de menores...* ob. cit., p. 406; y también: *Introducción...* ob. cit., p. 176.

¹²⁸ Cfr. Mendizábal Oses, L.: *Introducción...* ob. cit., p. 176; el mismo: *Derecho de menores...* ob. cit., p. 408.

¹²⁹ Vid. Mendizábal Oses, L.: *Introducción...* ob. cit., p. 176.

¹³⁰ Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento de menores...* ob. cit., p. 279.

¹³¹ Vid. Etxebarria Zarrabeitia, X.: “Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo”, en *Revista de la ICADE*, N° 53, 2001, p. 104.

¹³² Vid. Mendizábal Oses, L.: *Introducción...* ob. cit., p. 174.

¹³³ Vid. Ríos Martín, J.C.: *El menor infractor...* ob. cit., pp. 298 y ss.

¹³⁴ Simplemente se trataba para el autor de una cuestión “simbólica o voluntarista”; Vid. Bueno Arús, F.: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 7; el mismo: “La ley orgánica...” ob. cit., p. 319.

¹³⁵ Vid. Bueno Arús, F.: “Líneas fundamentales...” ob. cit., p. 17; el mismo: “Aspectos sustantivos...” ob. cit., p. 15; “Prólogo...” ob. cit., p. 12; y también: “La ley orgánica...” ob. cit., p. 330.

¹³⁶ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 291; el mismo: “Menor edad...” ob. cit., p. 352.

¹³⁷ Vid. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 358.

reeducativa así concebida carece de significado retributivo, por cuanto que en ningún supuesto está en función de la gravedad mayor o menor de la conducta¹³⁸. Por lo tanto, “su naturaleza de pena no tiene sentido discutirla, y lo único que procede debatir es si son medidas de seguridad, basadas en la peligrosidad del sujeto, o son medidas *sui generis*, dado su carácter educativo, corrector, [y] pedagógico especialmente intenso¹³⁹. Para esta concepción, en definitiva, las medidas aplicables a los adolescentes infractores no son penas ni medidas de seguridad, sino que podrían definirse como medidas *pedagógicas* o *correccionales*¹⁴⁰.

A diferencia de lo que ocurría en el caso de inimputabilidad de los menores infractores y de la naturaleza penal de la LORRPM, esta postura si ha encontrado algunos partidarios en nuestra actual doctrina. Así, aunque dentro de una naturaleza penal, hay quienes han observado que las medidas sancionadoras-educativas mantienen características comunes tanto con las penas como con las medidas de seguridad¹⁴¹, lo que las dota de una *naturaleza autónoma o sui generis*¹⁴².

Sin embargo, otro importante sector académico, partidario de considerar las consecuencias jurídicas al delito susceptibles de imponerse al menor infractor como *verdaderas penas*, ha considerado que la nomenclatura utilizada por la disposición no es más que un “*fraude de etiquetas*”¹⁴³ que pretende maquillar la verdadera naturaleza de

¹³⁸ Cfr. Mendizábal Oses, L.: *Introducción...* ob. cit., pp. 176; el mismo: *Derecho de Menores...* ob. cit., p. 408.

¹³⁹ Cfr. Bueno Arús, F.: “Menor edad...” ob. cit., p. 352.

¹⁴⁰ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., pp. 306 y 307.

¹⁴¹ Vid. Aparicio Blanco, P.: “Política criminal y delincuencia juvenil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Monográfico Política Criminal, 1999, p. 169; Cervelló Donderis, V., y Colás Turégano, A.: *La responsabilidad penal...* ob. cit., p. 114.

¹⁴² Vid. González Cussac, J.L. y Cuerda Arnau, M.L.: “Estudios sobre la responsabilidad penal del menor”, en González Cussac, J.L., Tamarit Sumalla, J.M., y Gómez Colomer, J.L. (Coords.): *Justicia penal de menores y jóvenes. (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 123 y ss.; Vaello Esquerdo, E.: “Algunos aspectos sustantivos de la LORRPM reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Diario La Ley*, Tomo V, 14 de junio de 2001; Boldova Pasamar, M.A.: “Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español”, en Boldova Pasamar, M.A. (Dir.): *El Nuevo Derecho Penal Juvenil español. Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor*. Revista Aragonesa de Administración pública, Zaragoza, 2002, pp. 41 y ss.; Abel Souto, M.: “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)”, en *Actualidad Penal*, Nº 6, Tomo I, 2002, pp. 105 y ss.; Cervelló Donderis, V., y Colás Turégano, A.: *La responsabilidad penal...* ob. cit., pp. 110, 111 y 113; Feijoo Sánchez, B.: “Título II. De las medidas”, en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.): *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Thomas Aranzadi, Navarra, 2008, p. 126; Cervelló Donderis, V.: *La medida de internamiento en el Derecho penal del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 19; Colás Turégano, A.: “Cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas en su aplicación práctica”, en *Revista General de Derecho Penal*, Nº 14, 2010 p. 8; y, posteriormente, optando por considerarlas penas juveniles, Colás Turégano, A.: *Derecho penal...* ob. cit., p. 221.

¹⁴³ Muchos autores han utilizado esta expresión en referencia a las medidas aplicables a los menores infractores, Vid. Vives Antón, T.S.: “Constitución y Derecho penal de menores”, en *Poder Judicial*, Nº 21, 1991, p. 102; García-Pablos de Molina, A.: “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en Martínez-Pereda Rodríguez, M. (Dir.): *Menores privados de Libertad*. CGPJ, Madrid, 1996, p. 272; Anarte Borralló, E.: “Situación actual del Derecho de los menores. España”, en *Revista Penal*, Nº 5, 2000, p. 164. Quizás los autores más representativos que la han usado recientemente sean: Landrove Díaz, G.: *Derecho penal...* ob. cit., pp. 161 y 162; Sánchez García de Paz, M^a.I.: “El sistema de medidas en la Ley penal del menor y las alternativas al proceso”, en Jorge Barreiro, A., y Feijoo Sánchez, B. (Eds.): *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinaria, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 75; Navarro Frías, I.: “El necesario regreso...” ob. cit., p. 111; Higuera Guimerá, J.F.: *Derecho Penal Juvenil*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 341; Jiménez Pérez, F.: *Menores infractores: Estudio*

las mismas. Expresión que yo no he dudado de calificar de “desafortunada”¹⁴⁴, y contra ella protestaba -¡con razón!- el Prof. BUENO ARÚS, con enérgica y dura réplica, cuando escribía: “aletea en esa crítica el conocido mensaje de Cristo, según el cual, el que no está conmigo, está contra mí. Pero tampoco la dignidad de la cita me induce a aceptar un reproche que me parece inauténtico o, al menos, erróneo ¿se me aceptaría un recuerdo de paso de la importancia de la buena fe -pido perdón por la insistencia- para guardar las buenas formas (y los buenos fondos)?”¹⁴⁵. “Sólo la mala fe en la defensa a ultranza de una postura doctrinal partidista y previa (...) puede llevar a proclamar, como una consecuencia de la *naturaleza de las cosas*, que aquellas llamadas medidas son necesariamente *penas*, porque consisten en privaciones coactivas de derechos que responden a la comisión de un delito con una finalidad preventivo-especial (...). Sin embargo, un profesor universitario no puede ignorar que el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho internacional y otros sectores del ordenamiento (...) están plagados de privaciones coactivas de derechos, de naturaleza disuasoria o intimidativa, que no constituyen penas, ni formal ni materialmente, por más que tengan de parecido con ellas que todas las sanciones se parecen en sus rasgos fundamentales. No se puede atribuir, por ello, alegremente al legislador un *fraude de etiquetas*, sin proceder a la vez fraudulentamente contra el pueblo que nos lee o que nos oye”¹⁴⁶.

Fraude es toda acción contraria a la verdad y la rectitud. Aún expresada en términos estrictamente jurídicos, no alcanzo a comprender la pertinencia de la expresión en este caso, incluso siendo partidario de la naturaleza penal de la LORRPM y de sus medidas. Considerar como *fraude* la denominación genérica de medidas sancionadoras-educativas supone *querer* -pues es impensable que se desconozcan- ignorar la influencia correccional de la LORRPM. En segundo lugar, siendo la regulación de responsabilidad penal de menores una norma eminentemente heterogénea no todas las medidas que contiene se ajustan estrictamente a la denominación de *pena juvenil*¹⁴⁷.

Cuestión distinta, en mi opinión, es la medida de internamiento que sí puede considerarse una *pena juvenil*. Desde una perspectiva integradora, que concilia los puntos de vista penal y correccional, la medida de internamiento tendrá un carácter *formalmente penal*, conservando tanto la función como las garantías propias de las penas de los adultos, pero se especializará en su *contenido material* de carácter eminentemente correccional y pedagógico. Luego, como ya he sostenido anteriormente, “la verdadera especialización del Derecho penal de menores y de sus sanciones (léanse penas) privativas de libertad es, en gran medida, una cuestión penitenciaria”¹⁴⁸, de ejecución penal y tratamiento, y no de diferencia sustancial en la naturaleza jurídica de las mismas.

empírico de la respuesta penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 125; Abel Souto, M.: “Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su Reglamento de 30 de julio de 2004”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVII, Año MMIV, Fascículo único, 2004, p. 78; Feijoo Sánchez, B.: “Título II...” ob. cit., p. 112; Colás Turégano, A.: “Cumplimiento...” ob. cit., p. 17.

¹⁴⁴ Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., p. 532.

¹⁴⁵ Cfr. Bueno Arús, F.: “La responsabilidad penal...” ob. cit., p. 306; del mismo autor: “Menor edad...” ob. cit., p. 350. También en justa contestación ante la expresión, Vid. Ríos Martín, J.C.: “La protección a la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores”, en Pantoja García, F. (Dir.): *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*. CGPJ, Madrid, 2005, p. 369.

¹⁴⁶ Cfr. Bueno Arús, F.: “Prólogo...” ob. cit., pp. 12 y 13.

¹⁴⁷ Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., pp. 541.

¹⁴⁸ Cfr. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., p. 542.

En conclusión, al margen de la denominación que se le otorgue a la privación de libertad de los menores infractores, ésta no dejará de ser *formalmente* una pena. Lo que la dotará de su función correccional será un adecuado contenido tratamental-educativo. En este caso, bien viene a colación la expresión “lo importante no es el continente, sino el contenido”.

VII. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y EL FIN DEL DERECHO CORRECCIONAL DE MENORES.

En la exposición realizada hasta este punto, el lector habrá podido observar que los argumentos del Prof. BUENO ARÚS acerca de cada uno de los puntos fundamentales que él, y el resto de los redactores del ALOJJ 1996 y 1997, quisieron imprimir a la LORRPM se acentúan progresivamente en el tiempo. Como ya he indicado *supra*, considero tal radicalización una reacción crítica ante las sucesivas reformas que el texto de la LORRPM ha ido sufriendo, comenzando incluso durante su periodo de *vacatio legis*, esto es, antes de su puesta en vigor.

Cabe indicar que el Legislador no ha guardado cuidado alguno en este aspecto, endureciendo paulatinamente la normativa penal de menores e introduciendo en su articulado algunos preceptos que la asemejan al más riguroso Derecho penal de adultos. Con toda lógica, la protesta del pre-legislador, que ha visto truncadas todas las expectativas volcadas en una norma que surgió con una vocación correccional, no ha dejado de ser enérgica.

Acerca de las reformas anteriores a la efectiva circulación jurídica del texto primigenio de la LORRPM, BUENO ARÚS arremetía contra la LO 7/2000, de 22 de diciembre, considerando que las reglas excepcionales sobre terrorismo que incluía debían ser erradicadas del texto de la LORRPM¹⁴⁹. A todas luces, tales preceptos especiales restan flexibilidad al régimen de imposición de medidas¹⁵⁰ y convierten a la LORRPM en una norma punitiva más severa introduciendo “sanciones que son auténticas penas”¹⁵¹, como la inhabilitación absoluta, o estableciendo la obligación de imponer la medida de internamiento, con sus respectivos periodos de seguridad¹⁵², ante determinadas conductas delictivas.

Por otra parte, la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, ya presagiaba que el régimen específico que preveía la LORRPM para los jóvenes-adultos de 18 a 21 años, prorrogado por la citada disposición, nunca llegaría a aplicarse¹⁵³.

¹⁴⁹ Vid. Bueno Arús, F.: “Prólogo...” ob. cit., p. 19; el mismo: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 314; y también: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 19. No obstante, en este punto debe matizarse que, en un primer momento, el régimen excepcional para menores terroristas parecía asumible para el autor citado: Bueno Arús, F.: “El Anteproyecto...” ob. cit., p. 161; “Líneas generales...” ob. cit., p. 13; y también, “La ley orgánica...” ob. cit., p. 332.

¹⁵⁰ Vid. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., p. 546.

¹⁵¹ Cfr. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., pp. 291 y 293; el mismo: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 27.

¹⁵² Vid. Montero Hernanz, T.: “El período de seguridad en la Legislación Penal Juvenil”, en *Diario La Ley*, Nº 7621, 2011.

¹⁵³ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley orgánica...” ob. cit., p. 316.

Asimismo, la LO 25/2003, de 25 de noviembre, introducía (en su disposición final segunda) la figura procesal de la acusación particular en el proceso penal de menores¹⁵⁴. Posteriormente, la acusación particular quedaría plenamente integrada en el proceso penal de menores tras la reforma de 2006. Tal posibilidad, que había sido excluida en la primera redacción de la LORRPM por considerarla poco ajustada a las finalidades de la propia legislación especial para menores infractores, tendente a eliminar cualquier rastro de justicia vindicativa¹⁵⁵, había sido reclamada por un importante sector doctrinal¹⁵⁶ a pesar de que contravenía las recomendaciones supranacionales sobre la materia¹⁵⁷ y se conjugaba mal con la intencionalidad y objetivos de la normativa¹⁵⁸.

Finalmente, la LO 8/2006, de 4 de diciembre, última de las modificaciones a la LORRPM hasta la fecha a la espera de la convulsa reforma del “*enjuiciamiento conjunto*” (que podría destruir el principio de especialización del proceso penal de menores), reclamaba una mayor proporcionalidad entre la gravedad del hecho cometido y la sanción impuesta, dando al traste con la configuración específica de las medidas sancionadoras-educativas, y agravaba (nuevamente) la sanción de internamiento para los supuestos de terrorismo y delitos especialmente graves. Esta modificación, en definitiva, y como he expresado anteriormente, “supuso el *summun* del recrudescimiento penal de la justicia de menores en España”¹⁵⁹.

Frente a los motivos defensistas que inspiraban tales reformas, el Prof. BUENO ARÚS explicaba: “no estoy planteando un problema de *seguridad* o de *orden públicos*, siempre expuesto a una crítica doctrinal progresista y malévola, sino un problema de socialización o de vida en común”¹⁶⁰. No parece oportuno, sin lugar a dudas, ampararse en el sentimiento –fundado o no– de inseguridad ciudadana para modificar cualquier norma penal. Más aún, tales argumentos no parecen tener cabida al tratarse de una norma penal especial orientada a unos objetivos preventivo-especiales de recuperación social del menor infractor. Menos correcto aún parece

¹⁵⁴ Vid. De la Rosa Cortina, J.M.: “La acusación particular en el proceso penal de menores: primeras reflexiones tras la reforma 15/2003”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XIV, Nº 640, 2004.

¹⁵⁵ Así lo establecía el primer texto de la LORRPM al expresar que “no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor” (EM II, 8).

¹⁵⁶ Vid. Ornos Fernández, M.R.: *Derecho penal de menores*. 4ª Ed., Bosch, Barcelona, 2007, p. 329.

¹⁵⁷ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley orgánica...” ob. cit., pp. 299 y 300.

¹⁵⁸ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 316; el mismo: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 31.

¹⁵⁹ Cfr. Cámara Arroyo, S.: *Internamiento...* ob. cit., p. 560. Sin embargo, algunos autores como Dolz Lago han minimizado el carácter represivo de la LO 8/2006, indicando que sus reformas, en realidad, son meramente un “simbolismo penal”, de escasa eficacia práctica; Vid. Dolz Lago, M.J.: “¿Endurecimiento simbólico de la Ley Penal del Menor?”, en *La Ley Penal*, Nº 41, 2007 pp. 85 y 86. En contra, afirmando el carácter represivo de la reforma, Vid. Ornos Fernández, M.R.: “Pasado y Presente de la aplicación de la Ley penal del menor”, en Jorge Barreiro, A., y Feijoo Sánchez, B. (Eds.): *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar, ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 64 y ss. Desde la posición correccionalista, Pantoja García, F.: “Reforma del derecho de menores: mal camino”, en *Viento sur: Por una izquierda alternativa*, Nº. 86, 2006, pp. 115-118.

¹⁶⁰ Cfr. Bueno Arús, F.: “Prólogo...” ob. cit., p. 12.

que la propia norma reformadora abduzca un “relativo”¹⁶¹ aumento de la delincuencia juvenil. ¿Ha irrumpido en materia de menores infractores la alargada y lúgubre sombra del *Derecho Penal del Enemigo*¹⁶²? ¿Se torna la LORRPM en un *Derecho penal de la seguridad* frente al menor delincuente? ¿Siguen las reformas una determinada visión de política criminal, o se consumen en el más descarado *populismo punitivo*¹⁶³ cuya única motivación es recaudar votos? Independientemente de la conveniencia o no de reconocer –tanto a nivel dogmático como práctico–, esta clase de manifestaciones en nuestro Derecho penal moderno, lo cierto es que no parecen ser las más adecuadas para la confección de una política legislativa en materia de menores infractores. Desde luego, ni la mejor doctrina jurídica, ni la coherencia interna de un sistema penal constitucionalmente orientado a la prevención-especial (art. 25.2 CE), las avalan.

BUENO ARÚS entendió que todas estas cuestiones determinaban una apariencia de inconstitucionalidad de las reformas, pese a que probablemente la defensa de este planteamiento no encontrara apoyo –ni confirmación– en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional¹⁶⁴. Sea como fuere, en líneas generales, puede concluirse, sin empacho, que las sucesivas reformas operadas sobre la LORRPM han terminado por desnaturalizar su esencia misma, arrumbando sin titubeo alguno con gran parte de su contenido flexible orientado a una justicia de índole restaurativa, reeducativa y rehabilitadora. Poco, o nada, queda ya de la inspiración correccional de la normativa que le otorgaba la deseada especialización frente al Derecho penal ordinario de adultos.

¹⁶¹ Desde un primer momento, esta afirmación fue discutida. Así, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 8/2006 ya contenía una serie de cuadros estadísticos que desmentían el aumento de la criminalidad infantil y juvenil. Vid. Higuera Guimerá, J.F.: “Las repetidas reformas...” ob. cit., p. 77; también críticos sobre este argumento, Cano Paños, M.A.: “¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal? Una toma de posición crítica”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Año LIV, Tomo LV, Fascículo único, 2002, pp. 286 y ss.; Sánchez Lázaro, F.G.: “¿Cómo se valora un texto jurídico? Sobre el ejemplo del reciente Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LORRPM reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en Sola Reche, E., Hernández Plasencia, J.U., Flores Mendoza, F., y García Medina, P. (Eds.): *Derecho penal y Psicología del menor*. Comares, Granada, 2007, pp. 59-74; García Pérez, O.: “La reforma de 2006 de la Ley de responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana”, en Jorge Barreiro, A., y Feijoo Sánchez, B.: *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 34 y ss.; Vázquez González, C. y Serrano Tárraga, M^a.D.: *Derecho Penal Juvenil*, 2^a Ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 19 y ss.; Serrano Tárraga, M^a.D.: “Evolución de la delincuencia juvenil en España (2000-2007)”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3^a Ep., N^o 2, 2009, p. 259. Los datos que en 2006 publicaba el Ministerio del Interior sobre la evolución de la criminalidad en España, según expone Montero Hernanz, decían justo lo contrario a la afirmación del gobierno: la delincuencia juvenil estaba disminuyendo y dentro de ella estaban aumentando los delitos violentos; Vid. Montero Hernanz, T.: “La delincuencia en España en datos”, en *Cuadernos de Criminología: Revista de criminología y ciencias forenses*, N^o 9, Valladolid, 2010, p. 15. Sin embargo, según el último autor citado, los datos del INE “parecen evidenciar un importante aumento tanto en el número de infracciones cometidas como en el número de menores condenados entre los años 2007 y 2008”; Cfr. Montero Hernanz, T.: “La evolución de la delincuencia juvenil en España (1.ª Parte)”, en *La Ley Penal*, N^o 78, 2011.

¹⁶² Vid. Bernúz Benítez, M^a.J.: “Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 07-12, 2005, pp. 12:17-12:20; Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., p. 328 y 337; el mismo: “Menor edad...” ob. cit., p. 356; y también: “Sombras y lagunas...” ob. cit., p. 47.

¹⁶³ Vid. Fernández Molina, E., y Tarancón Gómez, P.: “Populismo punitivo y delincuencia juvenil: ¿Mito o realidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 12-08, 2010, p. 08:22.

¹⁶⁴ Vid. Bueno Arús, F.: “La ley de responsabilidad...” ob. cit., pp. 300, 315 y 316; el mismo: “Sombras y lagunas...” ob. cit., pp. 16 y 21.

VIII. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES: CONEXIÓN ENTRE EL DERECHO PENITENCIARIO Y DERECHO PENAL DE MENORES.

Para finalizar este modesto texto de homenaje, no me resisto a poner de manifiesto la temática que hilvana las dos disciplinas que han suscitado mi curiosidad científica y académica: la ejecución de las medidas de internamiento y su comparativa con la normativa penitenciaria de adultos.

Como ya he anunciado, las medidas de internamiento quedarían englobadas dentro del concepto amplio de *Derecho penitenciario*, tal y como lo define nuestra mejor doctrina académica¹⁶⁵. En este sentido, es insoslayable la influencia del Prof. BUENO ARÚS, eminente penitenciarista como ya indicaba *supra*. En efecto, y como no podría ser de otro modo, muchos de los preceptos de la LORRPM sobre reglas de ejecución de las sanciones privativas de libertad recuerdan a la *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria* (LOGP) y a su Reglamento aprobado por *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero* (RP 1996).

Sin embargo, pese a que ambas normativas se encuentran hermanadas en algunos aspectos, la regulación de la LORRPM no es, ni debe ser, idéntica a la de la normativa penitenciaria de adultos. En este sentido, se echa en falta una mayor especificación en la regulación penal de menores sobre las modalidades de cumplimiento, el régimen de ejecución de medidas y, como ya se ha indicado *supra*, acerca de los centros de internamiento. No obstante, y al margen de la crítica puntual, puede observarse que en la normativa penal de menores se encuentran las bases de un verdadero *Derecho Penitenciario de Menores*. Vaya por delante que tal expresión, que aparentemente tan mal se ajusta a las pretensiones terminológicas de la idea correccional¹⁶⁶, no debe ser entendida en su sentido más peyorativo “que lo pueda asociar a una mayor punición, sino en un sentido garantista, dirigido a regular los contornos jurídicos de una privación de libertad por decisión judicial”¹⁶⁷.

Como ya se ha indicado, en muchas ocasiones la LORRPM no puede prescindir de cierta terminología de corte penitenciario. Sin embargo, ello no significa que la ejecución de medidas privativas de libertad para menores infractores deba equipararse en bloque a la de los adultos. El pre-legislador de la LORRPM invirtió un importante esfuerzo en crear una serie de reglas específicas para la ejecución de estas medidas que conforman un *sistema penitenciario propio o sui generis*, con singulares peculiaridades:

1. División en cuatro medidas de internamiento (cerrado, semi-abierto, abierto y terapéutico), en lugar de establecer una única medida privativa de libertad con dife-

¹⁶⁵ Entendido como “el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad”; Cfr. García Valdés, C.: “Derecho Penitenciario Español: Notas sistemáticas”, en *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Colección Aula Abierta, Universidad de Alcalá de Henares, Europa Artes Gráficas, Madrid 1985, p. 37; el mismo: “Sobre el concepto y el contenido del Derecho Penitenciario”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 30, 1986, pp. 665 y ss.

¹⁶⁶ Y que ha sido muy criticada por la doctrina correccional, Vid. Ríos Martín, J.C.: “La protección a la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores”, en Pantoja García, F. (Dir.): *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*. CGPJ, Madrid, 2005, pp. 356 y 368

¹⁶⁷ Cfr. Cervelló Donderis, V.: *La medida de internamiento...* ob. cit., p. 14; al respecto, también Vid. Mapelli Caffarena, B., González Cano, I., y Aguado Correa, T.: *Comentarios a la LORRPM, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. IAAP, Sevilla, 2001, p. 314.

rentes grados o regímenes de cumplimiento¹⁶⁸. Se establece una mayor discrecionalidad para sustituir una medida por otra, creando una suerte de sistema progresión flexible.

2. Establecimiento de un órgano jurisdiccional especializado, el *Juez de Menores*, con competencias en el control y garantías de la ejecución de las medidas limítrofes las facultades del *Juez de Vigilancia Penitenciaria*¹⁶⁹.

3. Especialización del tratamiento, pues a cada medida socio-educativa y régimen de internación se asociara un Proyecto Educativo Individualizado (PEI) para el menor¹⁷⁰.

4. Creación de un nuevo marco físico para el cumplimiento de las medidas privativas de libertad que acabase con la indeseable mixtura protección/reforma: el Centro de Internamiento de Menores¹⁷¹.

5. Conformación de un *sistema penitenciario fragmentado*, al mantener las CC.AA. competencias sobre la ejecución de las medidas de internamiento.

No puede, en todo caso, negarse el considerable influjo que la norma penitenciaria continúa ejerciendo sobre el ordenamiento penal del menor. No cabe duda que la LORRPM, y su Reglamento, han sido ideados bajo el modelo de la LOGP y su RP 1996¹⁷². Al fin y al cabo su principal redactor, el Prof. BUENO ARÚS, vivió de cerca la creación de ambas normativas. Por otra parte, ello no supone ningún menoscabo a la filosofía correccional en la que se inspira la LORRPM. Por el contrario, parece recomendable que la norma penal para menores infractores tome de nuestra regulación penitenciaria aquellas características supletorias que les sean útiles¹⁷³, por configurarse como garantías consolidadas “*pro reo*”, en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁶⁸ Vid. Feijoo Sánchez, B.: “Título II...” ob. cit., p. 137; Cezón González, C.: *La nueva Ley...* ob. cit., p. 55; Gómez Rivero, M^a.C.: “Algunos aspectos...” ob. cit., p. 182; la misma autora: “El régimen de las medidas aplicables a los menores de edad: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N^o 1, 2001, p. 301; Hava García, E. y Ríos Corbacho, J.M.: “Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000”, en Navarro Guzmán, J.I. y Ruiz Rodríguez, L.R. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicológica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 194.

¹⁶⁹ Vid. Bueno Arús, F.: “Conexión entre la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria y la Jurisdicción de Menores”, en De Castro Antonio, J.L.: *Derecho Penitenciario II*. CGPJ, Madrid, 2003, pp. 198 y ss.

¹⁷⁰ Vid. Garrido Genovés, V.: “Los Centros de Menores en la prevención de la delincuencia en España: Un programa genérico de actuación”, en *Eguzkilore*, N^o 11, 1997, p. 187.

¹⁷¹ Vid. Cámara Arroyo, S.: “Los centros de internamiento de menores en la LO 5/2000”, en Rodríguez Blanco, M. (Dir.): *La libertad religiosa de los menores en los centros de internamiento*. Comares, Granada, 2012, pp. 53-93.

¹⁷² Vid. Montero Hernanz, T.: “Justicia penal juvenil frente al derecho penitenciario”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, N^o 771, 2009, p. 6; el mismo: “La ejecución de medidas impuestas por los Juzgados de Menores”, en *Diario La Ley*, Año XXIX, N^o, 7026, 2008, p. 11.

¹⁷³ Vid. Martínez, J.: “Aplicación analógica de la Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento, en la medida de internamiento de menores infractores”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N^o 246, 1995, p. 59.

Carlos García Valdés

Catedrático de Derecho Penal UAH

Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)

*A la memoria del Profesor Francisco Bueno Arús,
maestro de penitenciaristas, leal colaborador de entonces, amigo para siempre.*

I

Como podría resultar equívoco plantear el título principal de la presente aportación de manera solitaria y tan ambiciosa, me ha parecido conveniente añadir el epígrafe subsiguiente que reduce su contenido a sus justos términos. De lo que voy a tratar pues, confiando en la memoria y esforzándola, pues carezco del adecuado y preciso soporte de notas, con su correspondiente archivo, salvo algunas mínimas referencias publicadas que conservo, es de mi conocimiento directo, aunque siempre parcial, de este período magnífico de nuestra historia y, en concreto, de mi modesta participación en la denominada transición democrática y, más especialmente, de mi intervención en la reforma penitenciaria (1978-1979), dentro del más amplio panorama penal que se encontraba vigente. Y ello enmarcado en la política reformista, plena de luces y de coraje, saturada de aciertos, llevada a cabo por el gobierno de la Unión de Centro Democrático (UCD), protagonista innegable del cambio, desde las primeras elecciones libres que dieron ya la victoria, sin discusión, a un pletórico Adolfo Suárez. Por ello centro mi contribución al presente número-homenaje de la REP, “*in memoriam*” del inolvidable Paco Bueno, en el mencionado y ajustado bienio que intensamente viví y que con él compartí.

A medida que el tiempo ha ido pasando, los años centrales, de en medio, de aquel momento ejemplar, inigualable y excepcional, han visto reforzada su importancia. El agudo interés que despertó internacionalmente en su día se acompañó de la propia relevancia en nuestro diario e interno acontecer.

Pero sucede ahora que la meritoria transformación parece permanecer en un digno recuerdo, respetado y tenido en cuenta, desde luego, pero no reiterado en

suficientes escritos, diarios, memorias o ensayos, a salvo, entre otros, de los libros publicados sobre su gran artífice, el presidente Suárez, no todos haciéndole merecida justicia, sobre todo ahora que no puede directamente replicar; los relativos a Felipe González y los dados a la luz por Alfonso Guerra o por los recientemente desaparecidos Manuel Fraga y Santiago Carrillo, éstos más periféricos, autobiográficos, atendiendo de forma incompleta a aquel excelso momento, así como los relacionados con el nacionalismo catalán y vasco y sus líderes, cortos de miras, o por fin, acerca de la lucha antiterrorista. Con un carácter más generalista merece la pena destacar, también, el más cercano de Nicolás Sartorius, aunque tampoco atiende a todos los aspectos, pues abarca los primeros años del cambio, los situados entre 1975-1977. Pero poco más.

Si nos detenemos en las bibliotecas especializadas, es difícil encontrar literatura original producida por los sinceros protagonistas de este tiempo fecundo, dedicada a narrar “desde dentro”, con seriedad, el relevo de régimen producido y sus arduas dificultades. En este sentido, lleva tiempo anunciando sus memorias el que fue dos veces ministro con la UCD y mi Subsecretario de Justicia, después en la empresa privada y siempre en el Consejo de Estado, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, que sin duda adivino plenas de interés y fidelidad a la etapa que contribuyó a edificar. En cuanto a Rodolfo Martín Villa, en reiteradas ocasiones ministro y luego presidente de empresas públicas y congresista, hizo de sus recuerdos de servidor del Estado, como vino con exactitud a titularlos, una buena exposición pero no exhaustiva.

Y yo entiendo que este reputado período ha sido trascendental para nuestro país y que, aunque mantenido en el impecadero recuerdo, no se alcanza a comprender, a más de tres décadas y media visto, en toda su intensidad y valor. Quienes apostamos con vigor por el cambio, en los diferentes puestos y escalones de responsabilidad del gobierno, lo hicimos generosa e ilusionadamente, con evidente sacrificio y demostrado riesgo propio, en la inteligencia de que la oportunidad, por la que habíamos optado y luchado desde hacía tiempo atrás, era única y, por ello, extraordinaria. Otros, sin duda los mejores, quedaron en el camino; porque entonces se moría, muchas veces sin alertar o desprevenido, por las grandes ideas en beneficio de todos. Ese era el caro y singular tributo por muchos pagado.

Además ha de tenerse en cuenta que el propio Estado estaba en mantillas, en lo que hacía a velar por la seguridad de sus servidores y, claro es, de sus ciudadanos y que los asesinos llevaban ventaja al ir por delante en lo relativo a la selección de objetivos para sus crímenes. Que los ataques terroristas repetidos, bien individuales o colectivos, se pusieron a la orden del día entonces y, para esto, para esos “años de plomo”, sinceramente, no estábamos preparados. Yo mismo al desempeñar mi cargo, el mismo en el que fue asesinado, con fría precisión ejecutora, un año antes, mi antecesor, carecía de coche blindado cuando sufrí mi atentado y nunca lo llegué a tener. Lo mismo sucedía, en esos primeros años, con todos los directores generales, subsecretarios e incluso ministros, salvo los del Interior y Defensa, a la vez Vicepresidente del gobierno, por lo que alcanzo a recordar. El refuerzo inicial de estos pocos vehículos eran unas rudimentarias planchas de acero, sustituyendo a la chapa, que convertían los automóviles en pesados tanques, cuyas carrocerías rozaban el pavimento, con escasa maniobrabilidad. El

propio Suárez le preguntó a mi ministro, Landelino Lavilla, después de mi grave suceso, si yo estaba bien protegido en la vivienda del Ministerio, desconociendo que tal no existía, reforzando la vigilancia policial en mi domicilio particular y en mis desplazamientos, lo que no duró mucho tiempo, contando con mi absoluto consentimiento, pues había que atender razonablemente a otros numerosos y perentorios servicios donde el peligro se hacía igual o más presente.

De semejante forma, la denodada brigada de escoltas del cuerpo superior de policía se estaba completando de formar y sus medios eran humanamente muy valiosos, pero técnicamente pobres y peor retribuidos. Como terrible ejemplo siempre pongo el citado asesinato de Jesús Haddad Blanco, de autoría de los Grapo, en los primeros días de la Semana Santa de 1978, en la puerta de su casa madrileña, a la vista de su familia, sin contar con protección alguna, pues los funcionarios a su guarda designados, procedentes del País Vasco, que serían luego los míos, se estaban preparando e iban a incorporarse a ese destino pasadas las fiestas.

Por otra parte, no todo el ambiente político se había entregado verazmente a la alteración del anquilosado sistema existente. No debe olvidarse que, en un principio, la UCD no tenía casi nada a su favor. La izquierda y la derecha democráticas se mostraban, en principio, recelosas y no siempre facilitaban mucho, con persistente rotundidad, el trabajo gubernamental.

La otra derecha, la posfranquista, todavía fuerte y enquistada en determinados aparatos estatales y en ciertos medios, zancadilleaba directamente la labor. La enemiga feroz que tenían al presidente Suárez era antológica, rozando la paranoia. No sé bien que no le perdonaban. Tal vez su propia obra o quizás su determinación y confianza en alcanzarla. Fue el probo intérprete de una voluntad popular que quería la democracia con paciente y extrema sinceridad, dando los pasos pertinentes. Razonó con el ejército. Respetó a la judicatura. Escuchó a la banca y a la empresa. Negoció con los agentes sociales. No perjudicó directamente a nadie, si bien puso en su sitio con singular firmeza a cuantos se creyeron otra cosa; y recortó los privilegios personales e institucionales que procedían de un sistema autoritario, con resabios dictatoriales, de injustificada prolongación. Contó Adolfo Suárez con cuantos quisieron contribuir a la magna empresa del cambio. Había cumplido escrupulosamente los limpios designios del Rey –en el fondo, considerado el otro gran contrario– y el gobierno estaba compuesto fundamentalmente por aperturistas –Tácticos, Democracia Cristiana, algo del desaparecido Movimiento y de cierto sector del Opus– que a ninguno podían hacer sospechar ni temer, excepto a los recalcitrantes anclados en un pasado imposible.

De su lado, en la otra punta del abanico, la extrema izquierda, ya terrorista y, en su mayoría, además separatista, no contribuyó en modo alguno a la estabilidad, pareciendo que era aconsejada por el enemigo antidemocrático, que es lo que realmente era y es, aunque tenía la desvergüenza de presentarse como acelerador del propio cambio, mudanza que, sin embargo, descalificaba con cinismo y de la que se aprovechaba, pero que, incuestionablemente y a su pesar, se estaba operando.

Los crímenes de estos grupos ultras y abertzales radicales y, en menor medida, aunque no cualitativa, los de la extrema derecha, tiñeron de rojo muchas calles, rincones y cuarteles de nuestros pueblos y ciudades y sembraron de dolor el panorama. Todos fueron culpables. Especialmente ETA y Grapo. Ninguno podía, hones-

tamente y en conciencia, si algo de ésta les quedaba, justificar su actuación gravemente perturbadora y entorpecedora de la intrincada senda emprendida, máxime cuando se partió de la concesión de dos amnistías que –probablemente inmerecidas pero otorgadas desprendidamente– les afectó de lleno. Mas de lo que se trataba era de perpetuar la inseguridad ciudadana, potenciar la incertidumbre política y desembocar en el desorden y el caos. Únicamente la fuerza exhibida por el gobierno y el respaldo de la mayor parte del ejército y las fuerzas de seguridad, los que más sufrieron, con el permanente y capital apoyo del titular de la Corona, al que se sumaron poco a poco y con sinceridad, a medida que se fueron convenciendo, los grupos opositores democráticos y parlamentarios, consiguieron alcanzar, pese a todos los graves y constantes obstáculos, la meta deseada.

Un tercer sector de la ciudadanía, el más numeroso, no comprometido sustancialmente con ninguna ideología concreta y que, en un comienzo, simplemente ejercía de observador, se fue ilusionando con la alteración de régimen. Ese fue –y sigue siendo– el inmaculado e irrefutable haber del presidente Suárez. El referéndum constitucional vino a configurar el punto más elevado de conformidad popular con la mutación que se estaba llevando a cabo.

El impecable método elegido por la UCD para desarrollar su ambicioso programa de transformaciones sociales fue el denominado, ya desde el primer momento, el “consenso”, concepto hoy repetido con la mejor nostalgia, inmerecedor de cualquier desdoro o fácil denuedo y cuya valoración positiva pertenece a los más ecuanímenes libros de historia.

Respondía esta referida fórmula, nacida directamente de la transición, a tres criterios inevitables: por un lado, a la premura en convencer a todos, fundamentalmente partidos ahora legalizados incluidos, de la verdad del espíritu de cambio para, precisamente y en beneficio de todos, acelerarlo; por otra parte, reflejaba el profundo sentir del inmenso número de los políticos –bien gobernantes, parlamentarios, militantes o simplemente simpatizantes– de aquella recta formación de centro, pero de aluvión, que eran hombres flexibles, transaccionales e inflamados del superior deseo de conjugar voluntades para lograr la pensada reforma; en último extremo, era una imperiosa necesidad impuesta por los resultados electorales. En efecto, al no obtener nunca en las elecciones generales la UCD, ni aún en sus momentos álgidos de fama y prestigio, la mayoría absoluta de diputados en el Congreso, se imponía el sistemático acuerdo con otras fuerzas y grupos para que la conformaran y poder gobernar, de este modo, con el adecuado respaldo y energía, a la vista de la trascendente misión atribuida, dando por supuesto el objetivo indiscutible de la continuidad acelerada y la culminación final del proceso. En medio de este devaneo pactista, responsable e imprescindible, se gestó y aprobó nuestra Constitución y, para mi permanente e intemporal satisfacción, la Ley General Penitenciaria.

II

Yo entré en el Ministerio de Justicia embargado por una sensación de hondo respeto. Conocía levemente la casa. Por mis antecedentes opositores, mi todavía bastante cercano procesamiento por el Tribunal de Orden Público (TOP) y mi

automática expulsión de la docencia universitaria, hasta esos instantes no era persona allí especialmente apreciada. Había sido citado en cierta, corta y concreta ocasión por algún alto cargo que no me tenía claro reconocimiento y, en variadas ocasiones, utilizaba su excelente biblioteca para tomar notas para mis indagaciones técnicas, mediante laboriosos permisos, mas nunca accedí a su zona noble. Pero me había imbuido de su tradición de ilustres ministros, especialmente del siglo XIX y principios del XX, cuyos cuadros cuelgan de sus largos y grisáceos pasillos y de las altas paredes en los ancestrales salones, y retenido su sin par crónica legislativa que había estudiado, con intensidad y deleite, en la Facultad de Derecho de la Complutense. Y todo me conmovió. Desde aquel entonces he impreso en mi sentimiento más profundo el viejo caserón de la calle madrileña de San Bernardo. A él retorno con enorme cariño, honesta y desinteresadamente, cuantas veces he sido requerido para hacerlo y subo las escaleras de la entrada principal que un día bajé, en octubre de 1979, dejando allí parte de lo mejor de mi existencia.

Pero ahora me estaba refiriendo a aquél lejano y, sin embargo, siempre en mí presente, desde entonces, mes de marzo de 1978. Cuando ocupé el poco envidiado sillón de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en despacho señero y oscuro que daba a la calle Reyes, creí llegado, a los 31 años, el supremo instante de una vida.

En efecto, había escrito mi tesis doctoral, empleando en ello tres años y medio, desde sus primitivos y vacilantes pasos en 1971; la había defendido públicamente, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, menos de cuatro años antes de mi nombramiento, en junio de 1974, y publicado el siguiente, en el Instituto de Criminología, siempre de Madrid, versando mi investigación sobre el sistema carcelario español, con una dosis comprensible de crítica al respecto, materia que, junto con la pena de muerte, la nueva penología y los delitos políticos, me atraía y a las que dedicaba gran parte de mis trabajos científicos universitarios de aquella época. La teoría quedaba pues razonablemente cumplida.

También creía conocer bastante bien la práctica de algunas de nuestras prisiones por haber tenido recluidos en ellas, cuando ejercía como abogado penalista, muchos clientes procesados o condenados por el TOP y, en menor medida, por las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo; y, en fin, mi querido padre, medalla de oro al mérito penitenciario, que yo conservo con veneración en su raído estuche, todavía ejercía, entre otras ocupaciones médicas, como facultativo de sanidad penitenciaria, desde los lejanos tiempos de su primer destino en la cárcel de Saturrarán (Vizcaya) y la posterior inauguración, como prisión de mujeres, de Yeserías (Madrid), teniendo a su cargo después el laboratorio de biopatología, del que fue fundador, del también madrileño Hospital penitenciario del complejo de Carabanchel. Todo se juntaba. Y desde luego, el consejo decidido, sincero y favorable de mi admirado y permanente maestro, el prof. Enrique Gimbernat, inclinándome claramente a aceptar el importante puesto, cuando le comuniqué –fue de las primeras personas en saberlo– el ofrecimiento que me había sido hecho por Landelino Lavilla y Juan Antonio Ortega, sobre lo que volveré párrafos más adelante.

En aquella etapa en vilo todo despertaba expectación. Puedo asegurar que mi toma de posesión estuvo rodeada de más personas, de cualquier estamento jurídico y universitario, de las que pude sensatamente imaginar, abarrotando el antedespacho del ministro. A tal presencia había que añadir, lógicamente, gran parte de mi familia y la práctica totalidad de los funcionarios destinados en el Ministerio, muchos mandos penitenciarios: unos curiosos, otros convencidos, los terceros esperanzados, así como un número elevadísimo de medios de comunicación. Pero es que todo era así de desproporcionado en esos días. Cada nombramiento, un acontecimiento; máxime cuando de relevancia se trataba y, en este caso, con el añadido, algo morbosos, del precedente de la trágica vacante del alto cargo producida. Recuerdo que para darme ánimos, innecesarios, pues en ello creía firmemente y me ilusionaba con desmedida lo que iba a acometer, tanto el inolvidable y valeroso Teniente General Gutiérrez Mellado –que siempre me llamó “mi héroe” hasta que mucho más tarde falleció en desgracia– accidente de tráfico– como el Ministro, me comentaban, para alejar mi probable preocupación que, como acontecía en la guerra, “las bombas nunca caían en el mismo sitio”, profecía desacertada en mi caso. Pero en esto ni pensaba ni pensé. Cuando le narré esta anécdota a una anciana octogenaria Victoria Kent, por mí invitada, meses más tarde, por primera vez desde su permanente exilio norteamericano, a recorrer su antigua y querida Dirección General, me comentó con lúcida viveza, con su anterior entereza, con su valentía de los primeros días republicanos, que ella hubiera hecho idéntico caso omiso del peligro y del comentario.

En semejante orden de cosas, no es sencillo tampoco olvidar mi primera recepción en el Palacio de Oriente cuando la más alta magistratura del Estado se dirigió, cuando le fuimos presentados, delante de Suárez y Lavilla, a la persona entonces más próxima a mí, que me acompañaba luciendo un protocolario vestido largo negro y, mirándome, la espetó: “¿Es que te has puesto ya de luto por él?”. Las caras de los presentes oscilaron entre el presentimiento, la conmiseración y el desasosiego. Mi gesto se limitó, en primer lugar, a agradecer, inclinando la cabeza, que el Rey me reconociera y me hablara y luego, en todo caso, a afrontar un posible hecho con el que había que contar y que, aún frustrado, me esperaba en una esquina de una calle madrileña unos meses después.

Descubrí en el titular de Justicia, Landelino Lavilla Alsina, un jurista excepcional. Letrado del Consejo de Estado –en la actualidad el más antiguo de los consejeros permanentes– y hoy Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, poseía una cabeza única para acomodar el momento que se vivía a las reformas precisas. Llenaba con su presencia el espacio de su estancia ministerial como yo nunca he vuelto a sentir que aconteciera con otro personaje y, puede creérseme, he visto desenvolverse, a lo largo de los años, a muchos políticos investidos de tan elevada responsabilidad. Íntimamente relacionado con el Presidente, ambos se profesaban un respeto sincero, elevado y mutuo. ¡En cuantas ocasiones se interrumpía mi despacho con él, a última hora de la tarde, por la reiterada llamada de Moncloa! Sólo la discusión del Título VIII del proyecto de Constitución, acerca de las Autonomías, provocó entre ellos un cierto desencuentro leal, recayendo el definitivo encargo en el vicepresidente económico Fernando Abril Martorell. Pero que Adolfo Suárez

nunca olvidó el peso específico, el buen hacer de su gran ministro, lo certifica su propuesta y elección posterior como presidente del Congreso de los Diputados.

La idea asumida por el responsable del departamento era que mi mandato se presentaba como la postrera oportunidad para gobernar las prisiones.

El repunte iniciado por Jesús Haddad se había cortado de la peor manera posible. Hasta tal punto de profundo desánimo había llegado el panorama que, en su reflexión, Lavilla se había autoconcedido y, lo que es peor, recién llegado, me embarcaba a mí en ello, un máximo de seis meses para componer el negativo panorama, que fue la pesada herencia que recibí, de motines, subidas a los tejados, incendios, huelgas de hambre, fugas, autolesiones, ingestión de objetos, grave desorden y, en fin, generalizado desbarajuste de nuestros establecimientos penitenciarios; si en este corto espacio de tiempo nada se arreglaba, me decía con desconsuelo, pasarían los centros desde la secular competencia de su ministerio, que la ostentaba desde el año 1887, a la de Interior. De lo que razonablemente se trataba era de no permitir más que las prisiones siguieran constituyendo un factor global de serio desequilibrio político nacional como hasta entonces lo eran. Que el debate constitucional merecía, con evidencia, una cierta serenidad que, si bien por desgracia no podía alcanzar, lógicamente, a todos los aspectos de la acción de gobierno, no debía atender a nuevos frentes desacostumbrados. Que el problema de las cárceles fuera, así, estrictamente del ministerio de Justicia pero no estatal como acontecía.

El asesinato de Haddad sumió a Landelino Lavilla en la desesperanza y el desencanto. Lo mismo sucedió, quizás más aún, aunque lo manifestó menos, con Juan Antonio Ortega que le había llamado, desde ministerio tecnócrata, a tal deber desconocido, arriesgado y fatalmente trágico. Volver la mirada hacia mi persona estuvo motivado por haberme yo incorporado, como ponente principal y director, a los trabajos redactores del proyecto de Ley General Penitenciaria, brillante ideario del programa electoral de la UCD, a finales de diciembre, en las Navidades de 1977.

En Salamanca recibí, en el despacho de mi maestro, con inmediata anterioridad, a mediados del citado mes, la llamada inesperada y comprometida. Inmóvil, medité por breve tiempo mi cercano futuro con el que me topaba de frente. Sereno y convencido, me desplacé con ilusión a Madrid acto seguido.

En la capital del Tormes, la ciudad de Unamuno y de Dorado, sobreseído mi caso y ya repuesto en la enseñanza, explicaba Derecho penal desde el curso académico pasado, como adjunto interino en la cátedra de mi citado maestro, el prof. Gimbernat Ordeig, que me animó, por vez primera –la segunda sería para aceptar el próximo cargo de Director General– y sin fisuras para el claro empeño. Si mi mencionada tesis, por él dirigida, ya lo he dicho, había versado sobre la exposición y necesidad reformadora de nuestro sistema prisional, esta era la situación que ni pintada de llevarla a la realidad práctica y, además, desde arriba, o sea escribiendo la norma reguladora, cosa que no acontecía todos los días. Era verdad que la oportunidad era excepcional para un jurista y Enrique Gimbernat no permitió que yo desaprovechara la magnífica ocasión; al fin y al cabo, me dijo, comenzaban las vacaciones y para los dos trimestres que quedaban, desempeñan-

do yo las clases prácticas de la asignatura y acumulando su horario, el arreglo docente con otros profesores ayudantes de la materia era posible y fácil.

Fue el momento, compatibilizándolo con el esfuerzo que me exigían las aulas salmantinas, de volver con continuidad al Ministerio, que me abrió así con franqueza sus puertas, y de conocer a fondo su primera planta, sede de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, mi entonces impensable y luego precipitado destino.

La tarea se presentó, en primer lugar, como pendiente de orden. La designación de cuantos fueran a intervenir en las tareas prelegislativas en mí recayó, es cierto que a mi propia solicitud, rechazando comisiones amplias e inoperantes, recordando la frase genial del gran pensador español acerca de las mismas que, más o menos, viene a expresar que “se juntan mucho, joden bastante y paren muy poco”. Le ofrecí al Ministro tiempo y sistema en las reuniones; el me dio conformidad y estímulo, que nunca me faltaron durante mi dedicación. Y me puso un plazo improrrogable: antes del inicio del verano de 1978 era la fecha señalada para que el escueto grupo redactor concluyera los trabajos. Pudo cumplirse sobradamente: en mayo de ese año, ya como Director General de Instituciones Penitenciarias, le hice entrega, “por halago de la fortuna”, como dije parafraseando al egregio codificador Manuel Alonso Martínez, del deseado y preceptivo Anteproyecto.

El subsecretario era, ya lo he dicho, Ortega Díaz-Ambrona, otro personaje que habría de ser tratado aparte, tal era su valía. Sin buscarle, volví con él a encontrarme. Había sido mi profesor de clases prácticas en la asignatura de Filosofía del Derecho, en la cátedra del iusnaturalista Luis Legaz Lacambra, en mi primer curso (1964-1965) de Facultad en la Complutense. Letrado del mismo prestigioso organismo que Lavilla, se sumó a la idea de la redacción legal con verdadero y conocedor entusiasmo. Al fin y al cabo, en lo que a mí respecta, de su llamada partió todo. Dejó hacer y sus intervenciones inteligentes, sus prudentes observaciones, marcaron las reiteradas entrevistas en las que le daba detallada cuenta del rápido avance de los trabajos. En una etapa ajustada presupuestariamente y con muchas más competencias que las actuales, en la que no existían más altos cargos en la cúpula del organigrama del ministerio, posiblemente innecesarios, nunca estuvo su organización mejor servida.

La división sistemática de nuestra futura norma orgánica recogía un modelo original, no tomado miméticamente de legislación comparada alguna, aunque todas fueron con profundidad leídas. Las cercanas referencias, las leyes sueca (1974), italiana (1975) o alemana (1976), no ofrecían identidad con lo que se proyectaba. Se trataba en estas modernas normativas de una recopilación meritoria de preceptos muy cuantiosa, mitad ley, mitad reglamento, que abordaban con demasiado detalle la regulación penitenciaria en su conjunto, de ahí su extensión. Como las conocía bien por haberlas antes fichado, manejado y estudiado, junto con las restantes europeas aplicables, que no eran propias disposiciones autónomas, sino tradicionales partes de su Derecho procesal –como por ejemplo, la francesa– opte por el criterio contrario, o sea por proponer a la mini-comisión lo que luego fue la base de la Ley General Penitenciaria, es decir, unos pocos artículos –apenas resultaron finalmente ochenta– que marcaran las pautas indispensables

de actuación de la Administración y de los propios reclusos, materia que precisaba imprescindiblemente de la técnicamente llamada “reserva de ley”, relegando su necesario y amplio desarrollo para un posterior, convencional y concordante Reglamento.

Esta opinión fue la que prevaleció sin mayores inconvenientes, siendo repartido todo el material disponible y el concreto trabajo entre Jesús Alarcón Bravo, Francisco Bueno Arús (“te necesito, Paco” y, sin dudar, se vino conmigo y se quedó luego durante mi mandato), Enrique Ruíz Vadillo, Joaquín Rodríguez Suárez, Ricardo Zapatero Sagrado, que actuó como secretario, y yo mismo, como ya he especificado en otro doble lugar, con ocasión del Informe General (DGIIPP, 1979) y en el pasado veinte aniversario de la promulgación de la Ley (REP, extra. 1, 1999). No hubo nadie más, aunque posteriormente otros se han atribuido, como propio e indudable mérito, una intervención que nunca tuvieron. Todos los citados, menos uno –que no pudo templar sus nervios tras el asesinato de Haddad– fueron mis posteriores, estupendos e indispensables colaboradores en la Dirección General, siendo mi número dos Paco Bueno.

La tarea estaba muy avanzada, prácticamente concluida una primera lectura, para la Semana Santa de ese mismo año de 1978, quedando el bien avenido y pequeño grupo en volver a reunirnos a la vuelta de vacaciones, sin perjuicio de llevarnos el largo conjunto de folios, todo sistemáticamente encuadernado –no existían entonces los PD– para repasar lo escrito, retocarlo y aprobarlo luego definitivamente, presentándolo a continuación, lo que era preceptivo, para el visto bueno final, a la Sección competente de la Comisión General de Codificación, cumpliendo así con holgura el límite temporal que me había indicado el ministro. La situación prevista cambió radicalmente durante ese escaso período de tiempo por el terrible motivo ya expresado líneas atrás.

III

Nada más tomar posesión del cargo de Director General comprendí que los objetivos eran varios, presentándose, al menos, para procurar lograrlos, tres paralelas direcciones que habrían de tener en cuenta, de modo imprescindible, conjuntándolos, el presente y lo venidero. Por un lado, culminar la labor prelegislativa en la que nos hallábamos inmersos, tarea no solo iniciada sino especialmente adelantada; por otro, pacificar los centros penitenciarios y, después, finalmente, con elemental visión de futuro, articular los cimientos de un sistema avanzado que, careciendo de la provisionalidad del momento, sirviera para el porvenir, como mínimo, a medio plazo. Ello conllevaba además, sin duda, un importante desembolso económico por lo que hizo a la contratación de funcionarios interinos, la mínima adecuación de sueldos de los profesionales –hasta el momento indigno– y a nuevas obras, al que respondió sin ambages un comprensivo Ministerio de Hacienda entonces regido por Fernández Ordóñez. Nunca pude suponer, cuando esto pensaba y comenzaba a acometerse, que la inversión presente en construcción y elementos materiales en los centros, sobre la que volveré, desbordaría cualquier representación que nos hiciéramos entonces, por muy generosa y optimista que fuera.

Por lo que hace al primer aspecto, sencillo era comprender que sin la oposición poco podía hacerse. Que construir un sistema penitenciario actualizado, alejado del rancio que nos regía, necesitaba de su prolija participación y colaboración en cualquier debate que se llevara a cabo. Me acompañó la suerte. Si complicado era el inicial y teórico planteamiento, tuve un ventaja real en la que sin rodeos me apoyé, aprovechándome de mi cercano pasado. Los primeros parlamentos democráticos estaban poblados de amigos y, precisamente, ocupando muchos de los bancos opuestos al gobierno. No tuve problemas en acercarme a sus posiciones, pobladas de matices, ni en explicarles y –¡cuantas veces!– en convencerles con las mías. Se trataba de hacerles partícipes del gran e inusual reto, de incorporarles a la labor redactora; en su caso, de aceptar sus opiniones cuando nada trastocaban de la esencia profunda del proyecto legal e incluso, en este excepcional y escaso supuesto, se les exponía con detalle y coherencia las desventajas de tales propuestas, que podían significar la clara devaluación o, incluso, la desintegración del sistema; como nunca tal por nadie se pretendía, excepto por quienes, automarginados, no contaban, se reconducía todo con eficacia y buenos modos.

Cada cual es su historia y, en ciertas ocasiones vitales, vuelve a hacersele satisfactoriamente presente. Los años de Cuadernos para el Diálogo, mis asistencias como letrado y defensas ante el TOP de muchos de los ahora diputados y sindicalistas, el compañerismo y la amistad labrados durante comportamientos opositores al régimen fenecido o en la propia carrera de Derecho, facilitaron el camino del entendimiento cordial, casi fraternal en muchos de los casos. Los portavoces de los importantes grupos socialista, socialistas de Cataluña y comunista en el Congreso fueron, respectivamente, Javier Sáenz de Cosculluela –luego eficiente ministro con Felipe González–, Rodolfo Guerra y el entrañable Pepe Solé Barberá. El de la UCD, partido que apoyaba al gobierno, el brillante abogado salmantino Alberto Estella Goytre.

Los diputados componentes de la Comisión parlamentaria se ocuparon, de una u otra manera, con extrema dedicación, a la tarea que consideramos común: poner en pié la Ley Penitenciaria. El mérito era redoblado para algunos que conocían los instrumentos de represión franquista, en forma extrema; por ejemplo, Solé Barberá estuvo condenado a pena de muerte. Su aliento me fue especialmente gratificante, como la de otros de sus potentes compañeros comunistas, en especial, Simón Sánchez Montero o mi antiguo cliente ante la Dirección General de Seguridad y el TOP, Enrique (Quique) Curiel, luego diputado y senador por el PSOE –al que joven y siempre necesario para nuestra democracia le alcanzó la muerte hace poco tiempo– que comprendieron perfectamente lo que se estaba realizando y a mi despacho oficial accedían en cuantas ocasiones entendían era preciso para solventar problemas, nunca para creármelos. En este sentido, recuerdo con agradecimiento su impecable comportamiento ante la fuga de la prisión de Ciudad Real, procurada por un inconcebible y arbitrario permiso de salida judicial, de uno de los procesados por los asesinatos de los abogados del despacho laboralista de Atocha, amigos comunes. Mi palabra y explicaciones relativas a la nula colaboración de los “anquilosados entresijos estatales” en la misma, como sostenían, y la defensa, con todos los datos posibles, de la intachable actuación de los funcionarios penitenciarios, comenzando por el buen Director del centro, bastaron para calmar su justa

inquietud no presentando interpelación parlamentaria alguna que, sin duda, hubiera puesto en jaque y en más de un serio aprieto al ministerio.

No hubo propuesta de la Ponencia que no fuera por mí y mi equipo de la Inspección General -encabezado por el citado Jesús Alarcón y por Emilio Tavera Benito, incorporada su experimentada y serena persona al cargo y su clara inteligencia a los trabajos- directamente estudiada, contestada y, en muchas ocasiones, tenida en cuenta. Se habló, por eso, de una norma de todos, aprobada unánimemente por todos y por todos respetada. Su vigencia se ha prolongado, cuando esto escribo, más de treinta y cuatro años, los mismos que tiene de antigüedad. Fue la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, es decir la primera disposición legal de desarrollo constitucional para mi eterno contento y orgullo. El presidente del Congreso, que pronunció las palabras de rigor, referentes al preceptivo envío del documento a la Cámara Alta, era a la sazón un gozoso Landelino Lavilla, mi antiguo ministro y patrocinador del texto legal.

En el Senado su tramitación constituyó un día grande. En el diario de sesiones núm. 15, del 12 de septiembre de 1979, se recoge: “La Cámara aprueba por asentimiento (aclamación) el proyecto de Ley General Penitenciaria, con el texto que fue remitido por el Congreso de los Diputados”, y en párrafo siguiente, algo que pertenece a mi mejor recuerdo: “Los señores Senadores aplauden al Director General de Instituciones Penitenciarias, señor García Valdés, que se encuentra en el palco de invitados”. En las imágenes de televisión se observa como, para siempre agradecido, me llevé las manos, recogidas una sobre la otra, al lado izquierdo del pecho, al corazón.

Por lo que a mí respecta, después de tantos sobresaltos, emociones y alegrías era sencillo comprender que el deber asumido se había agotado. Que, publicada la deseada norma en el BOE de 5 de octubre como Ley 1/1979, Orgánica General Penitenciaria, poco quedaba por hacer, excepto volver a la Universidad para proseguir la carrera docente, preparándome para obtener, años después, la cátedra de Derecho penal, pero enriquecido personalmente con el cúmulo de vivencias procuradas por este magno período. Que “el cheque en blanco” que podía significar para mi propio futuro político lo llevado a cabo, como generosamente me dijo el entonces presidente del Senado, Cecilio Valverde, no iba nunca a cobrarlo ni hacerlo efectivo, pues mi deseo no se orientaba por ese camino. Como le expresó Juan Antonio Ortega a un asombrado Francisco Fernández Ordóñez, nuevo ministro de Justicia, cuando intentó, pasado un tiempo, repescarme para el servicio del Estado, “tu rival es la Facultad y no tienes nada que hacer”; ¡bien lo sabía el que fue mi Subsecretario!, pues había rechazado antes ir con él al ministerio de Educación.

IV

¿Qué es lo que había aprobado el Parlamento? Ni más ni menos que la primera Ley Orgánica de desarrollo constitucional, atinente a la total organización penitenciaria, en sus aspectos formales y materiales, de nuestra historia. El único lejano antecedente, la de 26 de julio de 1849, era disposición eminentemente administrativa de distribución de competencias de los viejos y reconvertidos centros en servicio.

La reducida comisión citada en páginas anteriores combinó tradición y modernidad. Nuestro devenir penitenciario es rico en normas legales valiosísimas que rompieron moldes a favor del correcto trato para con los reclusos, dentro de la habitual pobreza, casi orfandad, de medios económicos disponibles. Que configuraban funcionalmente un sistema interno valorando la dureza objetiva de la estancia en prisión, progresivamente desmilitarizada aunque siempre disciplinada, compensada la necesidad de situarla en un medio cerrado con un trato armónico adaptado, entre otras cosas, a horarios, trabajos, cuidados médicos e higiénicos, culturales o religiosos; y amortiguada con adecuadas relaciones con el exterior, como visitas y comunicaciones, premios por buen comportamiento o acortamientos de condena. Este es el pasado de nuestro ordenamiento, ratificado por la mejor doctrina, muy superior a cualquier otro en este campo. Porque lo que ha primado siempre en nuestras leyes y gobernantes históricos ha sido la plasmación del ideal correccional propio del siglo XIX, aunque es verdad que llevarlo a la práctica ha tenido resultados diversos pero en todos los casos, con exclusión del franquismo de posguerra, útiles y bienintencionados, un evidente avance.

Estos inmejorables precedentes se acomodaron bien al pensamiento de los redactores de la parte referida al régimen (amplio Título II) de la Ley Penitenciaria, en lo que posee de elementos clave para la ordenada y tranquila convivencia interna. Pero antes, la norma se ocupa, en su Título Preliminar, de los principios introductorios y fundamentales, inspiradores de la totalidad del sistema. Y en primer lugar, de sentar el fin primordial de las instituciones penitenciarias: la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad, objetivo discutido científicamente en su momento y, en ocasiones, sin saber ni gracia alguna ridiculizado, pero no por quien esto escribe y en el que siempre creí como orientación irrenunciable. La adecuación al futuro precepto constitucional (art. 25.2), de lo que expresamente me ocupé, quedaba certificada con esta fórmula del art. 1, repetida con posterioridad en el art. 59.1 de la propia Ley al iniciarse la regulación legal del tratamiento, también en otro Título aparte. El cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre Administración y reclusos, es decir el contenido de la denominada relación especial de sujeción, así como el estatuto jurídico de aquéllos, se enuncia de seguido: principio de legalidad, sometimiento al contenido de la condena, prohibición de malos tratos y respeto a la situación procesal de prisión preventiva, entre otras preferentes obligaciones respectivas.

Los establecimientos penitenciarios, marco real de la ejecución, se clasifican en tres categorías: de preventivos, de cumplimiento y especiales. A su vez, estos dos últimos presentan otras subdivisiones y todo ello ocupando el Título I de la Ley.

La más importante separación se refiere a los centros de cumplimiento, enumerados en la disposición orgánica como de primer, segundo y tercer grado, o sea cerrados, ordinarios y abiertos, en correspondencia tratamental con el principio de individualización científica contenido en el art. 72.1. Los centros de jóvenes (Liria, Teruel, Ocaña –cuando se regularizó, ayuno de aspectos disciplinarios– o Madrid) se extendieron, acogiendo en ellos internos de hasta veintiún años y excepcionalmente de hasta veinticinco (art. 9.2), completamente separados de los adultos para tratar de evitar el pernicioso contagio delictivo con los delincuentes endurecidos o reincidentes.

El régimen abierto se configura como el grado final del tratamiento, al que se puede acceder directamente, en todo caso, sin pasar por los anteriores, previo al cuarto y último o libertad condicional; precisamente, a partir de su contemplación normativa, fue impulsado claramente por el Centro Directivo. Se contaba, muy limitadamente, con Alcalá de Henares, Liria y Herrera de la Mancha (granja agrícola). Modestamente, en la medida de las cortas posibilidades, se patrocinaron más secciones abiertas independientes o anejas en los centros de cumplimiento e incluso Alcázar de San Juan y mujeres de Valencia se reconvirtieron en prisiones abiertas. Mas esta potenciación inicial tuvo su auténtico reflejo y desenvolvimiento décadas después. Concretamente, los creativos y vigentes CIS (Centros de Inserción Social), multiplicados en los últimos tiempos por nuestra geografía, en esta ideología tienen su origen. El que el de Córdoba lleve mi nombre es un honor inmerecido, pero gratificante e impercedero, que le debo a la anterior Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Mercedes Gallizo Llamas.

Del mismo modo, el primer grado y los departamentos especiales no pudieron olvidarse. Es cierto que nunca, ni de lejos, alcanzaron –ni alcanzan hoy– el relieve cuantitativo de los numerosos centros y módulos donde se desarrollaba el régimen ordinario o común, pero las prisiones calificadas en el art. 10 de la Ley como merecedoras de superior control interno y definidas por la limitación de actividades en común de los reclusos, eran imprescindibles por mucha prevención, en la mayoría de las veces sin conocimiento de causa, que causarían entonces. De hecho, cuando sucintamente se discutió, en los debates parlamentarios, la conveniencia de su inclusión legal, mantuve la necesidad, sin timidez ni complejos, de tales centros, como literalmente dije, “para cualquier futuro gobierno y para una situación de normalidad”, lo que convenció a los grupos políticos como argumentación sincera, sólida y desinteresada, que no únicamente pensaba en la conveniencia de esa etapa de convulsión sino en la realidad. El orden se aseguraba así por mucho tiempo.

No podía haber sido de otra forma, si lo que verdaderamente pretendía era darme cuenta de la cruda situación. Visitar en menos de dos años más de una treintena de centros –algunos reiteradamente– los más relevantes, de los casi ochenta existentes, de todas las categorías, me hizo conocer a fondo la materia. Y además lo efectué en las peores y más auténticas condiciones posibles: dañados en extremo, quemados por los incendios y parcialmente destruidos por los motines, inservibles como sedes de recuperación para la sociedad de delincuentes condenados. Allí aprendí que, aún reconstruidos, por su propia estructura, eran incompatibles con la reforma que se pretendía. Que las brigadas, galerías de aglomeración y dormitorios colectivos, que convertían los viejos establecimientos penitenciarios desafectados de otros menesteres en típicas estancias de regimientos militares; sus comedores abigarrados o los patios hacinados, no tenían cabida en las modernas concepciones que se imponían. Que aunque en estos departamentos “había mucho ambiente”, como se me quejaban añorantes los internos de Ocaña cuando, desde Madrid, les trasladé a la vieja prisión toledana por imperativo disciplinario, eran territorio conquistado por los más organizados, desalmados –que los había– fuertes y agresivos.

Lo deseable era la celda individual, como venía a recoger, ya desde sus antecedentes, la Ley General Penitenciaria en su art. 19.1, significándose sus dimensiones ideales en los 10,5 metros cuadrados disponibles y habitables. A este local

se debía añadir en los edificios la separación por módulos con todos los servicios utilizables. A la construcción de los nuevos establecimientos, con tales características, se destinaba una cantidad económica muy importante en aquel tiempo, diez mil quinientos millones de pesetas, para erigir trece nuevas prisiones en servicio en corto espacio de tiempo, cuyo legado dejé. Las más costosas de mi época, de la totalidad de las proyectadas, fueron Las Palmas, Herrera (cerrado), Alcalá-Meco (Madrid II), Ocaña II, Nanclares o el nuevo Puerto, rondando los mil millones de la antigua moneda de curso legal cada una de ellas. Hoy, más de tres décadas después, el montante por centro se eleva a la friolera de unos ciento cincuenta millones de euros y el coste diario plaza/preso se sitúa en más de los setenta.

A medida que recorría los establecimientos carcelarios, siempre acompañado de mi competente Subinspector General, el gran Emilio Tavera –que además, como ya he expresado, intervenía con su elevado consejo en las enmiendas parlamentarias a la Ley– y el pertinente y obligado Inspector de zona, no menos insomne, el ánimo decaía. Como acabo de expresar, no encontraba ciertamente ninguno con las más mínimas condiciones de poder llevar a cabo la misión reformadora que el proyecto de nueva Ley les atribuía. Me quedé con sus posibilidades reales, sus identificables olores y sus deprimentes ruidos. Y sin embargo, era lo que teníamos. Se impusieron los retoques. Los arquitectos de la Dirección General, Juan Velasco Viejo y Antonio Gayarre se pusieron manos a la obra.

Los celulares de Burgos, El Dueso, Cartagena, Ocaña o del Puerto se presentaban como infrautilizados, poco menos que cerrados, excepto para escuetas y determinadas misiones disciplinarias, sin entender bien su por qué. Verdad era que su aspecto descuidado, oscuro y recio no aparecía como el mejor, pero no menos cierto también era que su ocupación lograría, en cualquier caso, una superior distribución de la población reclusa erradicado, en la mayor parte de los supuestos, su atribución de castigo puntual. De hecho, muchos internos preferían optar por estos módulos, solicitando que se abrieran, por las incuestionables características de separación y clasificación que ofrecían del resto de sus violentos compañeros de encierro. Tal se hizo, pero al revés. Es decir, aquí se trasladaron –era el tradicionalmente denominado en la jerga carcelaria “régimen de vida mixta”– cuantos preventivos o condenados mostraban una mayor conflictividad o peligrosidad, anticipo del régimen cerrado que vendría a establecer el art. 10 de la Ley Penitenciaria, recuperando estos lugares su útil función primigenia e, incomprensiblemente, desaprovechada.

Precisamente a uno de estos celulares, en concreto al reiterado de Ocaña, por la proximidad a Madrid, pensamos enviar desde el Ministerio, a solicitud de la Presidencia del Gobierno, a los militares y miembros de las fuerzas de seguridad implicados, muy minoritariamente –cosa que entonces no sabíamos– en la bautizada como “operación Galaxia” por reunirse los torpes conspiradores en la cafetería, que ostentaba ese nombre, del barrio madrileño de Argüelles. Bien es cierto que este espinoso asunto tan solo rozó tangencialmente a Prisiones. En efecto, todo quedó en agua de borrajas, en lo referente al traslado acordado, por la investigación llevada a cabo por los servicios de inteligencia, aunque lo que sigo sin entender es cómo algunos de los mandos detectados como responsables, pese a la información secreta recopilada, lograron ascender en su escalafón y otros continuaron desempeñando sus destinos de armas, propiciando el futuro golpe del 23-F de

1981. En todo caso el asunto tuvo sus consecuencias: el Capitán General de Madrid, Gómez de Salazar –luego impecable presidente del Consejo de Guerra en la causa por rebelión por el golpe citado– acometió de inmediato y *ad cautelam*, la edificación de la prisión militar de Meco para lo que solicitó la colaboración de mi Dirección, que le fue prestada sin regateos. Cuando, en ocasión posterior, le pedí, ya desde la Facultad de Derecho, como Decano, su determinante apoyo para facilitar la reconversión del cuartel de Mendigorriá (antiguo Colegio Máximo de jesuitas) de Alcalá de Henares en el que hoy es nuestro nuevo y señorial edificio docente universitario, no vaciló caballerosamente en concedérmelo.

Dentro de los establecimientos especiales, las nuevas prisiones psiquiátricas se mostraban como imprescindibles a la vista de los dos únicos y vetustos centros disponibles: Hospital psiquiátrico de Madrid y psicópatas de Huesca. Era inviable que ambos cumplieran con su cometido, claramente el segundo. Pese a encontrarse bien dirigido, el insoluble problema eran los cortos elementos científicos y las viejas salas disponibles, nada acordes con un específico cuidado de la alteración mental. Su supresión era un compromiso moral que asumí sin vacilación. Sevilla y Fontcalent (Alicante) serían sus modernos relevos para las décadas siguientes.

Los ochenta centros penitenciarios en servicio en la actualidad proceden, sin duda, de las orientaciones éticas y estéticas de entonces: renovación absoluta de locales, destierro de los modelos arquitectónicos decimonónicos, bautizados tradicionalmente como radiales o de “poste de telégrafo”; edificación alejada de las poblaciones, protegidas en su entorno; doble contorno de vigilancia perimetral, construcción en horizontal y, en fin, establecimiento polivalente modelo-tipo modular. Las escasas prisiones de antigua concepción, todavía en servicio, están abocadas, salvo tal vez contadas excepciones, a correr la misma suerte.

V

El ya citado Título II de la Ley General Penitenciaria, el del régimen penitenciario, cuenta –ya lo he insinuado– con una ordenación que es mezcla de elementos clásicos y otros nuevos. Los primeros se refieren a cuanto de regulación laboral, asistencial, educacional o de relaciones convencionales con el exterior tienen lugar, aunque con un lenguaje adecuado a nuestros tiempos. En este sentido, es de reseñar la exigencia de remuneración por el trabajo, equiparable a la del libre; la adaptación del modelo de cogestión, también extendida a otras actividades como las educativas, recreativas, alimenticias, culturales o deportivas; o la innovación, tachada con cautela por algunos como de “muy revolucionaria”, pero finalmente aceptada, de instituir la prestación por desempleo. No menor novedad surge con fuerza al tratar de las visitas íntimas y, desde luego, al establecer los permisos de salida. En esta línea de rotunda modernidad ya se había sentado la posibilidad de la existencia –entonces casi de ciencia ficción– de centros mixtos de hombres y mujeres (art. 16 a).

La uniformidad en el vestido era algo tradicional en los centros presentándose como unida a su historia. El uniforme de paño en los hombres y las batas en las mujeres a todos igualaba y a nadie distinguía. Esa era precisamente su natu-

raleza, su pretensión y su misión. Únicamente los preventivos estaban autorizados a usar, si eran presentables, sus propias ropas. El art. 20 de la Ley vino a mejorar la situación y a superar claramente la norma antepasada. El empleo de las propias prendas para todos los reclusos es un paso más en la extensión del respeto hacia las personas. El mismo garantismo se reguló en lo referente a los registros, cacheos y requisas de internos y celdas. El horario diurno de vida en las prisiones se adecuó a las ocho horas de previo descanso nocturno.

La asistencia hospitalaria era materia conflictiva en este período. Las profusas autolesiones, unas reivindicativas otras simplemente miméticas, desbordaban su curación en las pequeñas enfermerías de los centros y no era factible el continuo traslado e ingreso, desde cualquier punto de España, en el Hospital Penitenciario de Madrid, único existente, pensado para intervenciones más complicadas, medianas y largas estancias sanitarias o enfermedades consabidas. La Ley atendió al problema en su integridad. Su art. 36.2 aceptó la posibilidad del tratamiento médico o quirúrgico, en casos de necesidad o urgencia, en centros hospitalarios externos de la Seguridad Social e, incluso, privados, con vigilancia policial. Hoy los vigentes y modernos acuerdos interministeriales han solventado el tema definitivamente.

En lo que se refiere al sistema disciplinario, desterrada la secular celda de castigo, los plazos de cumplimiento ininterrumpido de las sanciones de aislamiento se acortan y adecuan a lo razonable. Mi experiencia me hizo reflexionar al respecto y suprimir tajantemente la situación inhumana. Conocí, especialmente como abogado penalista, interesándome por ello en mis primeros días como Director General, la cifra de doscientos días impuestos de corrección en celdas y ciertas de éstas construidas en piedra formando un todo indisolublemente unido con el suelo de la estancia (Ocaña) o emplazadas en los húmedos sótanos de los establecimientos, algunas como verdaderos fosos subterráneos (Carabanchel, Modelo de Valencia, etc.), que rotundamente chocaban con la reforma que se procuraba y preconizaba. Ordenar el cierre inmediato de estos locales no bastaba. Había que erradicar todo apoyo legal pertinente de los mismos. El texto dispositivo (art. 43.4) describe unos locales de sanción de semejantes características a las celdas ordinarias, coherentes con la dirección tomada, sometidos los castigados a vigilancia médica diaria. Cuando fui invitado a la clausura definitiva de la prisión madrileña de Carabanchel, a finales del año 1998, durante el mandato del Partido Popular (PP), con Mayor Oreja como ministro del Interior, que había asumido la clásica competencia de Justicia y Ángel Yuste, Director General de Instituciones Penitenciarias, que hoy –como Churchill al Almirantazgo– ha retornado al cargo, como Secretario General, ocho años después, volví a encontrarme con el viejo corredor de “celdas bajas” tan clausurado como yo lo dejé, ahora casi inaccesible. Por cierto, cuando en aquellas horas pregunté, en el pasillo de acceso a una de las viejas y rotas galerías, a un veterano y querido mando del establecimiento, ya alto cargo del Centro Directivo y medalla penitenciaria, hoy jubilado, si quedaba algún servicio de caballeros, para poder utilizar el mismo, me contestó convencido: “¿Quiere hacerlo aquí mismo? ¡Vd. puede m... donde quiera!”.

A los funcionarios de instituciones penitenciarias quiero dedicarles ahora un sentido párrafo. Siempre dije que sin la comprensión y, en muchos supuestos, la fe de los mismos nada de lo bueno llevado a cabo hubiera acontecido. Es verdad

que me rodeé de los mejores. Mi mérito al respecto, si alguno tuve en esta etapa, fue el saber atraerme a un estamento criticado y, a veces, injustamente denigrado. Creí en ellos, compartí sus preocupaciones, me entregué a su causa, les sustituí cuando fue preciso, les defendí sin empacho cuando correspondía y les hice, con éxito, claros partícipes y protagonistas de la reforma en curso que así hicieron también suya. Luché por prestigiar un cuerpo al que todavía hoy me siento igual de cercano. Como demostración palpable: la réplica de la medalla de oro al mérito penitenciario, la máxima condecoración reglamentaria que en el momento de mi marcha me fue concedida, la exhibo en el ojal de mi chaqueta –y, cuando procede, su original en mi traje académico– en todo lugar y ocasión, anteponiéndola a cuantas poseo.

Los permisos de salida, apoyados sin discusión por la totalidad de los legisladores parlamentarios, me causaron problemas al ponerlos en marcha por Órdenes Circulares previas que pertenecen a mi acerbo más querido. Algún que otro juez o magistrado de lugares que no olvido y ahora guardo, equidistantes entre sí en el mapa de España, y que ejercían la jurisdicción encerrados en su urna de cristal, al margen de la realidad, añorantes del pasado, me interpellaron al respecto, especialmente si, por desgracia, la fuga del recluso durante la licencia temporal tenía lugar, y trataron de inculparme por el delito de infidelidad en la custodia de presos –a lo que se opuso tajantemente el Fiscal General, Juan Manuel Fanjúl– sin perjuicio además de la preceptiva y correspondiente queja indignada elevada al Ministro, convenientemente archivada por éste sin contemplaciones y sin molestarse en contestarla.

Con independencia de este tema, hablando de otras dificultades menores y fastidios anecdóticos –los serios eran evidentemente otros– en mi camino, también recuerdo el procurado por cierto Gobernador Civil que se indignó, y así lo hizo llegar por trámite oficial, por partida doble, a Justicia e Interior, por no acudir a cumplimentarle con ocasión de una de mis intensas visitas a las prisiones de su territorio. No imaginaba que cuando yo viajaba de inspección, no estaba para turismo, recepciones ni festejos frívolos y le manifesté que si él era “el representante del gobierno” –como me dijo desairadamente por teléfono– “yo era gobierno” y le despedí sin mayor miramiento. No volví a tener noticias suyas y, desde luego, regresé otras veces a su provincia por razón del cargo y le presté la misma poca atención de la que era merecedor. En todo caso, él cesó antes que yo.

El tratamiento se regula en todo un Título aparte (el III) de la Ley, lo que ya he brevemente mencionado, marchamo de su independencia. Jesús Alarcón Bravo lo redactó con sabiduría, atendiendo a sus aspectos clínicos y a la intervención de las ciencias de la conducta. Psicólogo del cuerpo técnico de Instituciones Penitenciarias, número uno de su escalafón, precursor del mismo en nuestras prisiones desde que creó, doce años antes, en 1967, el Gabinete psicológico del Centro de detención de hombres de Madrid (Carabanchel), antecedente de la Central de Observación, luego ocupó, con sin igual lealtad, capacidad y dedicación, la Inspección General durante mi mandato.

A diferencia de cuanta legislación comparada podía presentarse, donde el tratamiento se articulaba mezclado y confundido con los diversos aspectos reglamentales, aquél se ofrecía con rasgos autónomos y, algo muy determinante, al que

se adaptaba y supeditaba el régimen (art. 71.1). A esta nota se añadía otra singular particularidad: su carácter de participación voluntaria en él para los condenados (art. 4.2), configurándose, a lo sumo, como un deber de colaboración sin sanción. Su esencia era la de un contenido denominado por la ciencia como “mínimo”, en el sentido de procurar obtener en el recluso tratado la modesta capacidad de llevar en el futuro una vida sin delito y subvenir a sus necesidades, como proclama literal y literariamente el art. 59.2 de la Ley, es decir no lograr en aquél una total aceptación íntima a los valores sociales en los que podía perfectamente no creer o sentirse rechazado. La posible intervención de instituciones o asociaciones extra-penitenciarias también se contempla (art. 69.2), cosa que ha proliferado hasta límites insospechados en la actualidad.

Acabo con la creación de la figura del juez de vigilancia. Fue, sin duda, uno de los hallazgos más celebrados, por demandados, de la Ley General Penitenciaria. Se tuvieron en cuenta sus homónimos franceses e italianos, ampliamente desarrollados en sus respectivas normas, si bien su plasmación en nuestra disposición orgánica tuvo una orientación más completa. Garante de la función de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, se introduce en nuestro Derecho con competencias de naturaleza unas típicamente penitenciarias y otras penológicas, atendiendo así tanto a lo referente a la aprobación de los beneficios y acortamientos de condena o conocimiento de traslados excepcionales, cuanto a la resolución de quejas y recursos interpuestos por los reclusos o supervisión de los criterios disciplinarios y de clasificación establecidos en instancia por la Administración, hasta entonces juez y parte, única competente al respecto. Nunca desenvuelto el funcionamiento de la institución en norma procesal alguna, pese a los más que aceptables intentos habidos con carácter de anteproyecto, los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, la constitución de los Juzgados de Vigilancia, formados, además de por el titular, por el representante del Ministerio Fiscal y el resto del personal preciso; y la disposición transitoria 5ª de la Ley Orgánica correspondiente, hicieron el resto hasta el día de hoy.

PARTE II

“ESTUDIOS DOCTRINALES”

Vicenta Cervelló Donderis

Universitat de València

La pena de localización permanente en centro penitenciario

A la memoria de Francisco Bueno Arús.

1. ANTECEDENTES: LA PENA DE ARRESTO DE FIN DE SEMANA.

La historia de la pena de localización permanente ha sido circular ya que en 1995 con el nombre de arresto de fin de semana se cumplía en centro penitenciario, en 2003 se le cambió el nombre por el de pena de localización permanente y se suprimió su cumplimiento penitenciario y en 2010, conservando el nombre de localización permanente, recupera de nuevo la posibilidad de cumplimiento penitenciario. Parece que los problemas prácticos planteados en sus inicios y las críticas recibidas por la doctrina no han sido un impedimento para reintroducir una figura fallida y contradictoria, y por ello sólo recordando estos antecedentes se puede comprender mejor el rechazo frontal a la vuelta de una prisión de tan corta duración.

El CP de 1995 incorporó en su art. 35 al arresto fin de semana como pena privativa de libertad, lo que le dotaba de una naturaleza idéntica a la de la pena de prisión, si bien con características propias ya que a diferencia de aquella, el internamiento no era continuado, sino que se cumplía de manera discontinua. Su finalidad era facilitar la inserción social a través de una sanción que no separara completamente de la sociedad y especialmente de los vínculos familiares y sociales, situándole como sustituto idóneo de las penas cortas de prisión, con el propósito de evitar sus mayores inconvenientes como no evitar el contagio criminógeno pese a su brevedad, ni permitir el tratamiento precisamente por la misma razón. Por ello la finalidad de la pena era sólo permitir una prisión discontinua, pero sin renunciar a su cumplimiento en los centros penitenciarios. Dicha regulación se completaba con su Reglamento de ejecución regulado por el RD 690/1996 de 26 de Abril, la Circular DGIP 8/1996 de 12 de Junio y de forma supletoria con la Ley General Penitenciaria (LOGP) y el Reglamento Penitenciario (RP).

Los términos de su cumplimiento indicaban que se cumpliría por regla general los fines de semana, viernes, sábados o domingos salvo que las circunstan-

cias aconsejaran cumplirlo en días distintos, para lo cual se necesitaba autorización del Tribunal, oír al Ministerio Fiscal y acuerdo del reo; tales circunstancias podían ser motivos de trabajo, familiares, de desplazamiento o de cualquier otro tipo similar que indicara que era más favorable para el reo cumplirla en días no festivos.

El Código Penal establecía el lugar de su cumplimiento, pero el resto de circunstancias de su ejecución se remitían al Reglamento de desarrollo donde se regulaba el plan de ejecución, los aspectos de régimen tales como las entradas y salidas, los derechos y deberes. De todo ello resultaba una regulación insatisfactoria ya que algunos de estos aspectos deberían haber sido regulados en el Código Penal por ser Ley Orgánica, en lugar de remitirlo para su desarrollo en sede reglamentaria.

Como lugar de cumplimiento, el Código Penal señalaba preferentemente el Establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado, en cuyo caso se cumplía en el Centro de Inserción Social o sección abierta, como señalaba el art. 163.1 RP, no siendo esta posibilidad de cumplimiento en los Centros de Inserción Social muy bien recibida al no ser lugar apropiado, ya que la carencia de espacio forzaba su cumplimiento en las celdas que quedaban vacías por los internos de tercer grado que salían de permiso de fin de semana, la lejanía de los centros penitenciarios dificultaba el desplazamiento, y con ello los fines de no interrupción de la inserción laboral o familiar, y además, el cumplimiento de esta pena por sujetos reincidentes que la cumplían junto a otras penas, desvirtuaba su cumplimiento en dichos centros abiertos.¹

Para mantener la proximidad del centro por su finalidad de evitar la lejanía del lugar de residencia, se establecía que si no había Establecimiento penitenciario en el partido judicial donde residiera el penado, el arresto de fin de semana se cumpliría en los depósitos municipales de detenidos, lo que acabó generando múltiples problemas por la absoluta falta de medios para este cometido.

La previsión de la modalidad de cumplimiento en depósitos municipales, se derivaba de la Disposición Final Quinta de la Ley reguladora de las bases de Régimen Local de 2 de Abril de 1985 que establecía que los municipios cabeza de partido judicial en los que no existiera Establecimiento penitenciario alguno asumirían, en régimen de competencia delegada, la ejecución del servicio de detenidos a disposición judicial, correspondiendo la custodia de dichos detenidos a la Policía Municipal en funciones de Policía judicial. Para ello era necesario que no hubiera Centro penitenciario en el partido judicial donde residiera el penado, que lo autorizara el Juez o Tribunal con informe del Ministerio Fiscal, que aceptara el condenado y que las condiciones del depósito lo permitieran.

El cumplimiento de esta pena en los depósitos municipales, y con ello el traslado de su cumplimiento a la Administración local, provocó dos problemas en particular, el primero por la carencia de medios materiales adecuados en dichos depósitos para alojar a los penados, lo que hacía imposible su cumplimiento, y el

¹ Esta es la causa principal de su fracaso señalada por Téllez Aguilera, A. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid 2005 pág. 74.

segundo por la falta de preparación adecuada y específica de sus funcionarios para gestionar su condena, lo que unido a la falta de regulación reglamentaria, impedía que éstos supieran cómo actuar en figuras propias de la ejecución penitenciaria como registros, sanciones u horarios.

Del primer problema se hizo eco el Informe del Defensor del Pueblo “*Situación penitenciaria y depósitos municipales de detenidos 1988-1996*” en el que se destacaba como principales problemas la dejadez de la Administración penitenciaria en la instrucción a los municipios para la gestión de los depósitos de detenidos; la elevada carga económica que suponía para los Ayuntamientos la dotación y equipamiento de los depósitos; y las malas condiciones de las instalaciones de los depósitos municipales situados a veces en el propio Ayuntamiento o en la sede de la Policía Local, lo que suponía celdas muy reducidas en sótanos sin ventilación, luz natural suficiente, calefacción, ni agua corriente, falta de servicio médico, así como todo tipo de condiciones de seguridad adecuadas.

De esta manera ante la imposibilidad de su cumplimiento en los depósitos municipales, sólo quedaba acudir a los centros penitenciarios, para lo cual se acordó aprobar la construcción de nuevos Centros de Inserción Social, con independencia de que se retomara la idea de su cumplimiento en el propio domicilio como en su día ya contempló el Proyecto de Código Penal de 1980² y había también propuesto el Consejo General del Poder Judicial.

El segundo problema se intentó paliar con el compromiso de asesoramiento técnico a los encargados de los depósitos municipales y con la aprobación del Reglamento de ejecución que aclaró algunas circunstancias de ejecución, si bien no siempre con la suficiente claridad y acierto.³

En la reforma del Código Penal operada por la L.O.15/2003 de 25 de Noviembre, el arresto fin de semana se suprimió, y en su lugar se reguló la pena de localización permanente, que si bien mejoró en relación al lugar de cumplimiento por permitir su cumplimiento sólo en domicilio o en lugar señalado por el Juez, ya indicaba un uso muy limitado al estar prevista sólo para conductas constitutivas de faltas y con una duración máxima de doce días, lo que suponía una vuelta al uso de la prevención general para endurecer las penas⁴. Dicha situación cambió posteriormente cuando con una nueva reforma penal en 2010, si bien creció el protagonismo de la pena de localización permanente y se aumentó su extensión hasta seis meses, se recuperó la posibilidad de nuevo de su cumplimiento en centro penitenciario, lo que presenta una situación muy similar a la anteriormente descrita.

² El inconveniente es que se contemplaba por imposibilidad de medios y no por razones de tratamiento, como sería más adecuado, art. 42 Proyecto de CP de 1980.

³ Entre las previsiones más discutibles relativas a su ejecución destacaba su cumplimiento en régimen de aislamiento y entre las más complejas su cumplimiento simultáneo con otras penas más graves que la relegaban al final del resto del cumplimiento.

⁴ Con ello, en muchos casos, lo que hasta ese momento se castigaba con arresto fin de semana pasaba a castigarse de nuevo con prisión de corta duración, algo sumamente rechazable como señala Vázquez González, C. “La reforma del sistema de penas por L.O.15/2003 (especial referencia a la supresión de la pena de arresto fin de semana y sus sustitución por la nueva pena de localización permanente” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2 (2004), pág. 532.

2. COMPETENCIAS PENITENCIARIAS EN LAS PENAS ALTERNATIVAS.

2.1. Aspectos generales.

Desde la incorporación en el Código penal de 1995 de las primeras alternativas a la pena de prisión (arresto fin de semana, luego localización permanente, y trabajo en beneficio de la comunidad) y el desarrollo de la sustitución y suspensión de la pena con la posibilidad de aplicación de reglas de conducta, en los últimos años se ha producido una verdadera inflación de ejecución penal no penitenciaria que ha permitido desarrollar por fin el cumplimiento y ejecución de penas diferentes a la prisión y con ello abrir un gran campo de intervención y actuación penal, pero también penitenciaria, porque en su mayoría estas competencias han ido quedando bajo el amparo de órganos vinculados a la ejecución penitenciaria.

Anteriormente esta labor, si bien era escasa, la realizaban los servicios sociales penitenciarios⁵, pero el RD 840/2011 de 17 de Junio *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas*, en su art. 4 establece que los servicios de gestión de penas y medidas alternativas son las unidades administrativas multidisciplinares dependientes de la Administración penitenciaria que tienen encomendada la tarea de ejecución de las medidas y penas alternativas a la privación de libertad.

De esta manera los servicios de gestión de penas y medidas alternativas sustituyen a los anteriores servicios sociales penitenciarios, a los que absorben, y dependen orgánica y funcionalmente de los Centros de Inserción Social, o en su defecto, de los centros penitenciarios, destacando entre sus competencias más relevantes las siguientes de contenido penitenciario:

a) se encargan de la elaboración del plan de ejecución, determinación de la actividad a realizar y desarrollo de los talleres o programas formativos de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad.

b) realizan el plan de intervención y seguimiento en los supuestos de sustitución y suspensión de la pena que vayan acompañados como reglas de conducta de la realización de programas formativos y demás deberes impuestos por el Juez.

c) elaboran el plan de ejecución de la localización permanente en centro penitenciario.

Como consecuencia de todo ello se ha producido un efecto positivo como es la entrada por fin de los programas de tratamiento en figuras en medio abierto, a veces aprovechando los propios medios penitenciarios, pero también en las últimas reformas se percibe algo tremendamente negativo como es la paulatina administrativización, que ha desjudicializado estas figuras, reduciendo el papel del Juez de Vigilancia a un mero espectador de la labor de Instituciones Penitenciarias.

⁵ Ya establecían esta competencia tanto el RD 515/2005 de 6 de Mayo, como la Instrucción 13/2005 DGIP que se ocupaban de la localización permanente incorporada en la reforma del CP de 2003.

2.2. La administrativización de la localización permanente penitenciaria.

Una vez recibida la sentencia que establezca el cumplimiento penitenciario de la localización permanente, la Administración Penitenciaria debe realizar el plan de ejecución y comunicarlo al órgano encargado de la ejecución, que será el Tribunal sentenciador o Juzgado de ejecutorias, pese a lo cual el plan será de inmediata ejecución, es decir no ha de esperar la autorización judicial, como sucedía antes, sino que son los propios órganos administrativos los que lo elaboran y aprueban, siendo un signo de esta nueva tendencia administrativizadora⁶ de algunas penas que se están sustrayendo al necesario control judicial previo. Las razones alegadas para este cambio se han apoyado en la ralentización que provocaba la espera de la previa autorización judicial, pero ello supone una vulneración del principio de legalidad ya que son los Jueces y Tribunales los que deben determinar la clase, cantidad, contenido y circunstancias de la pena que imponen, con arreglo al art. 3.2 del Código Penal que establece el control de legalidad en la ejecución, sin que deban quedar las circunstancias de ejecución al arbitrio de la Administración Penitenciaria, cuya función es de organización administrativa, y no de decisión punitiva.

Este papel pasivo del órgano judicial encargado de la ejecución se repite en los casos en los que el condenado se opone al plan de ejecución, ya que sólo se señala que se informe al Juez a los efectos oportunos, sin determinar con claridad las consecuencias de dicha oposición.

Para interpretar tales extremos desde un punto de vista garantista, en el primer supuesto se debe entender que el Juez podrá en todo caso acordar la suspensión o modificación del plan de ejecución⁷, si lo considera oportuno, sin perjuicio de la inmediata ejecución que se señala reglamentariamente, y en el segundo, deberá también atender a las razones de la oposición del condenado al mismo, para modificarlo o mantenerlo en los términos decididos por la Administración.

De esta manera el análisis de la pena de localización permanente exige un riguroso examen de su contenido que permita aflorar los aspectos más abiertos de su regulación, y por tanto con mayores posibilidades de quedar al arbitrio de la Administración Penitenciaria, con el fin de enfatizar la necesidad del control judicial sobre la ejecución penal para dar cumplimiento al mandato constitucional recogido claramente en el art. 117.3 CE.

3. LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE PENITENCIARIA.

3.1. Regulación.

La L.O.5/2010 de 22 de Junio de reforma del Código Penal se caracterizó por su naturaleza de endurecimiento punitivo, destacando entre sus novedades la

⁶ El Informe del CGPJ al texto del Proyecto de Reglamento señala la administrativización como la principal característica de este nuevo modelo de organización e intervención.

⁷ Nistal Burón, J. "La pena de localización permanente de cumplimiento en centro penitenciario. Su difícil papel de alternativa real a las penas cortas de prisión" Diario La Ley n° 7869 30 Mayo 2012, pág. 5.

posibilidad de cumplir la localización permanente en centro penitenciario, lo que suponía un gran revés a su finalidad de servir de alternativa a la pena de prisión de corta duración y un inexplicable retorno a una modalidad de cumplimiento criticada por la doctrina y de demostrada ineficacia para los efectos preventivos del Derecho Penal.

La finalidad inicial de esta reforma, sin embargo, no era tanto modificar la modalidad de cumplimiento de esta pena por razones político criminales o punitivas, ya que de hecho se le otorgaba mayor protagonismo, e incluso se incorporaba la posibilidad de su control electrónico, sino más bien, como señala la Exposición de Motivos, dar una respuesta más contundente para “combatir con mayor rigor la reiteración de faltas de hurto que generan una especial inseguridad ciudadana”, lo que se incorporó en la tramitación parlamentaria para este concreto supuesto delictivo.⁸

Por ello es curioso e incluso contradictorio⁹ que en la misma Exposición de Motivos de la reforma de 2010 se manifieste lo siguiente:

“En esta línea de evolución de la respuesta jurídico-penal hacia fórmulas más operativas y mejor adaptadas a las actuales necesidades y demandas sociales, la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español ha motivado que en esta reforma se haya optado por otorgar un mayor protagonismo a la pena de localización permanente. Con este objetivo, se le confiere una mayor extensión y contenido, si bien se ha pensado que inicialmente, aunque con vocación de futuras ampliaciones, su ámbito de aplicación se reduzca al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad” para acabar manifestando a continuación que cuando la localización permanente está prevista como pena principal, puede ser el instrumento adecuado para combatir con mayor rigor y eficacia los supuestos de reiteración de faltas que han generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos, es decir lo que se plantea como un instrumento alternativo óptimo de la privación de libertad de corta duración, acaba derivando en su mayor inconveniente como es precisamente permitir estancias extremadamente breves en prisión.

De esta manera, en virtud del art. 37.1 CP, como excepción a la regla general de cumplir la pena de localización permanente en domicilio o lugar determinado fijado por el Juez, se permite su cumplimiento en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado los sábados, domingos y días festivos, siempre que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable. De esta regulación se desprende que es una posibilidad que debe elegir el Juez en la misma sentencia¹⁰ en función de la reiteración delictiva, no algo preceptivo, que sólo cabe en la pena de localización per-

⁸ González Tascón, M. “La pena de localización permanente”, en Comentarios a la reforma penal de 2010. Dirs. J. Álvarez García/J.L. González Cussac. Valencia 2010, pág 96.

⁹ Torres Rosell, N. en “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios”, Dir. G. Quintero Olivares. Navarra 2010, pág 93.

¹⁰ Cuando el cumplimiento es penitenciario debe ir señalado obligatoriamente en la sentencia, a diferencia del cumplimiento domiciliario o en lugar diferente que puede ser recogido en auto posterior, precisamente por la complejidad que causa en ocasiones su determinación.

manente como pena principal, no como sustitutiva de la prisión ni como cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y además sólo en los casos en los que lo permita el Código Penal expresamente, lo que de momento ocurre sólo en la falta de hurto regulada en el art. 623.1, dando con ello con una pena de corta duración para el delincuente reincidente, que obvia sus efectos criminógenos y se apoya en su papel de mera descarga punitiva.¹¹

El Reglamento de desarrollo de esta pena se regula en el RD 840/2011 de 17 de Junio *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas*, si bien de una manera insuficiente ya que apenas recoge algunos aspectos generales relativos al ingreso y a las normas básicas de la estancia. Por ello en todo lo no previsto en el mismo se aplicará subsidiariamente la LOGP y el RP, siempre que no se opongan a la naturaleza de esta pena, ni a sus condiciones de cumplimiento, lo que en ocasiones será difícil de conciliar.

Es también llamativo de este reglamento de ejecución, como su propio nombre indica, que no es que regula el aspecto penitenciario de la localización permanente, sino que sólo recoge este contenido, ignorando por completo la ejecución de esta pena en el domicilio o lugar indicado por el Juez¹², algo inexplicable y necesitado de urgente subsanación.¹³

Finalmente la Instrucción SGIP 11/2011 de 7 de Julio se ocupa de los establecimientos donde se puede cumplir, del plan de ejecución y del régimen penitenciario, pero también sin extenderse demasiado, pese a la trascendencia que supone haber recuperado una privación de libertad de corta duración y su difícil compatibilidad con el enunciado constitucional de reinserción social.

De esta manera a continuación se analizan las circunstancias de ejecución de esta nueva pena privativa de libertad que se enfrenta a la difícil conciliación entre los periodos breves de privación de libertad derivados de conductas de escasa gravedad, no sólo con el principio de intervención mínima que debe relegar la prisión a los hechos más graves, sino también con la finalidad de Instituciones Penitenciarias de orientar su actividad al objetivo de reeducación y reinserción social.

3.2. Forma de cumplimiento.

Como la reforma del CP de 2003 había suprimido el cumplimiento penitenciario de la localización permanente, ninguno de los dos reglamentos de ejecución de la localización permanente posteriores a esta fecha, RD 515/2005 de 5 de

¹¹ Torres Rosell, N. "Contenido y fines de la pena de localización permanente" *In Dret* 1/2012, pág. 17.

¹² En el Proyecto de Reglamento también se asignaba a la Administración Penitenciaria la competencia del cumplimiento a través de medios electrónicos, concretamente al centro penitenciario más cercano al domicilio del penado, y con ello de la realización de su plan de ejecución, sin embargo en el texto finalmente aprobado limita expresamente su competencia a los casos en los que se haya acordado el cumplimiento en centro penitenciario.

¹³ Torres Rosell, N. "Contenido y fines de la pena de localización permanente" *In Dret* 1/2012, pág. 17.

Mayo y RD 1849/2009 de 4 de Diciembre se dedican al contenido penitenciario de esta pena porque todavía no se había regulado dicha posibilidad que apareció en 2010, con la salvedad de que el RD 515/2005 asignara la competencia de elaborar el plan de ejecución al establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del penado, siendo necesario para ello la previa entrevista con los servicios sociales penitenciarios, que el Juez o Tribunal sentenciador lo aprobara, y que el seguimiento de la pena también correspondiera al establecimiento penitenciario.

En la regulación actual, las circunstancias de ejecución de la pena de localización permanente vienen escasamente recogidas en el Código Penal, que se limita a señalar que su cumplimiento no penitenciario será ininterrumpido, salvo que a solicitud del reo se permita su cumplimiento no continuado o en fines de semana y que se podrá hacer uso de medios mecánicos o electrónicos para su control, por ello se esperaba con anhelo la regulación reglamentaria del mismo para comprobar si se caía en los mismos errores de la anterior regulación del arresto de fin de semana, o por el contrario, eran objeto de mejora.

Tal espera no ha resuelto muchas de las dudas existentes, ya que en lo que se refiere a la forma de cumplimiento, se limita a señalar que se cumplirá en el régimen general del establecimiento, lo que es una alusión indirecta al régimen ordinario, sin más referencia que la posibilidad de estar al menos cuatro horas fuera de la celda que se le asigne, que tienen prohibidas las comunicaciones, visitas y paquetes y que pueden disponer, a su costa, de un reproductor de música o radio en su celda, de libros, prensa y revistas impresas de pública circulación. La Instrucción SGIP 11/2011 de 7 de Julio además, limita las llamadas telefónicas a importantes y comprobados motivos, siendo costeadas por la Administración penitenciaria, y permite el acceso y uso del economato durante el horario de paseo.

Queda por tanto fuera de toda regulación el contenido real de la pena, salvo que se entienda que a excepción de las cuatro horas de estancia obligatoria fuera de la celda y sin aclarar si habrá o no actividades de tratamiento, algo difícil en fin de semana, que el interno no tiene más opción que permanecer en el centro, lo que convierte esta pena en un régimen casi celular, algo que se podría evitar si permitiera al menos la realización de programas, actividades o reglas de conducta, como ya se hacía anteriormente en los arrestos de fin de semana. En un estudio realizado en 1999 en la Central Penitenciaria de Observación sobre 149 internos condenados a arresto fin de semana se comprobó que dedicaban el 58,4% de su tiempo a las horas de paseo, el 30,9% a ver la televisión y el 10,7% a acudir a la Biblioteca, con lo cual se ratifica el cuestionamiento del carácter resocializador de esta pena.¹⁴

Pieza indispensable del cumplimiento de la pena de localización permanente es el plan de ejecución, que como señala la Instrucción 11/2011 SGIP de 7 de Julio dedicada en exclusiva a la pena de localización permanente en centro penitenciario, sirve básicamente para realizar una liquidación de condena que determine el

¹⁴ Téllez Aguilera, A./Romero Reinares, A./Murciego Pérez, M. «El arresto de fin de semana. Estudio jurídico, social y psicológico», en *Estudios e investigaciones de la Central Penitenciaria de Observación*, Madrid. Ministerio del Interior. 2001, pág. 144.

calendario de cumplimiento con la fecha de inicio, las fechas concretas de cumplimiento si no vienen determinadas en la sentencia, y el centro de cumplimiento donde se va a cumplir la pena, para lo cual se ha de disponer de la sentencia y de los datos personales necesarios para determinar el mismo, hasta el punto de que después de haber pasado tres meses después de la solicitud al órgano jurisdiccional de dicha información, si no se ha recibido, se archivará el procedimiento.

Como se puede observar no hay mención alguna en el plan de ejecución a cualquier tipo de intervención rehabilitadora, probablemente por su escasa duración, ya que si el penado va a estar un mínimo de cuatro días y un máximo de doce, ¿qué plan se puede hacer de dicha fugaz estancia?¹⁵

El cumplimiento penitenciario de la localización permanente será en sábados, domingos y días festivos, lo que ha de entenderse de manera consecutiva, pese a que la Instrucción 11/2011 SGIP de 7 de Julio permita que la Administración Penitenciaria pueda decidir algo distinto, sin aclarar cuáles son los motivos que puedan llevar a ello, que lógicamente deberían ser siempre por circunstancias personales que beneficien al penado¹⁶, y con necesidad de previa audiencia del mismo para ello. Dicho cumplimiento general en días festivos difícilmente reduce los efectos desocializadores de esta pena, pese a que lo afirme la Exposición de Motivos¹⁷, por ello parece más bien una forma de aprovechar las salidas de fin de semana, aunque se vaya a cumplir en el departamento de ingresos y no en el CIS, como antes ocurría con el arresto de fin de semana.

El horario de ingreso será entre las 9 horas y las 10 horas del sábado o festivo inmediatamente anterior y durará ininterrumpidamente hasta las 21 horas del domingo o día festivo inmediatamente posterior, rechazándose ingresos posteriores a dichos horarios o a penados que no presenten un estado psicofísico compatible con el cumplimiento de la pena.

En caso de ser varias las penas que se tengan que cumplir se hará el plan de ejecución de todas ellas para cumplirlas de forma sucesiva, comenzando por la que tenga el plazo de prescripción más perentorio, y al final del cumplimiento, el centro penitenciario elaborará el informe final que será enviado al órgano judicial competente para la ejecución. Teniendo en cuenta que la pena de localización permanente en centro penitenciario para las faltas de hurto con reiteración delictiva tiene una duración máxima de doce días, habrá que estar a las reglas concursales para determinar, en su caso, su duración máxima acumulada.

Llama especialmente la atención la desvinculación que hay de su incumplimiento, primero se dice que si no se envía información sobre el domicilio se archiva, más adelante que si el penado no comparece para cumplir se informa al órgano jurisdiccional, y lo mismo sucede si se rechaza el plan de ejecución, lo que da la impresión de que el legislador ha volcado todas sus fuerzas en la regulación de esta pena, pero no está demasiado preocupado por su cumplimiento.

¹⁵ Manzanares Samaniego, J.L. "La localización permanente", *Diario La Ley* nº 7399, pág 6 incluso consideraba excesivo realizar un plan de ejecución para pasar unos días, cuando el cumplimiento era en el domicilio pero con esta misma duración.

¹⁶ Mapelli Cafarena, B. Las consecuencias jurídicas del delito. 5ª Ed. Navarra 2011, pág. 113.

¹⁷ González Tascón. M. op. cit. pág. 96.

3.3. Lugar de cumplimiento.

En la regulación de la localización permanente en el art. 37 CP se establece como regla general que se cumplirá en el domicilio del penado o lugar determinado por el Juez¹⁸, en la sentencia o posterior auto motivado, lo que en su incorporación en la reforma de 2003 excluía los centros penitenciarios y los depósitos municipales, precisamente para evitar los efectos perjudiciales de los ingresos carcelarios¹⁹; en este sentido la Circular FGE 2/2004 rechazaba tal posibilidad de cumplimiento penitenciario al entender que *“desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radicaba en que la privación de libertad corta se ejecutara en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que la ejecución no afectara a su vida familiar y laboral”* y también se manifestaba en el Informe del CGPJ de 26 de Marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica que expresamente señalaba que *“la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana que se suprime es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario”*.

Este planteamiento evidentemente ha pasado a segundo plano en el legislador actual al permitir de nuevo el cumplimiento penitenciario, pese a la contradicción que conlleva con su origen y esencia de sanción alternativa a la prisión²⁰.

En la determinación del lugar de cumplimiento de esta nueva modalidad de la localización permanente, como señala el art. 2.5 del RD 840/2011 de 17 de Junio, establecimientos penitenciarios son exclusivamente los centros de la Administración Penitenciaria destinados al cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad, lo que no incluye los depósitos de detenidos que inexplicablemente todavía contemplaba el Proyecto de Reglamento y que era apoyado por el Informe del CGPJ por su menor penosidad y su contribución a evitar la saturación de los establecimientos penitenciarios, algo incomprensible por los nefastos resultados que se habían producido con la regulación anterior.

En la decisión imperativa del centro más próximo al domicilio ya no se requiere la voluntariedad del penado²¹, como sucedía con el arresto de fin de semana, donde la exigencia de aceptar el centro más próximo al domicilio se debía a que en ocasiones la cercanía del lugar de residencia podía entenderse como contraproducente para su reinserción o sencillamente chocar con la salvaguarda de su intimidad. Actualmente la Instrucción 11/2011 SGIP de 7 de Julio establece que la Administración Penitenciaria ofertará un listado de establecimientos donde

¹⁸ Esto puede ser adecuado en los supuestos de cumplimiento de la regla de alejamiento en los que el agresor no pueda coincidir con la víctima o en los que no disponga de domicilio propio.

¹⁹ Boldova Pasamar, M.A. en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Gracia Martín, L / Boldova Pasamar, M.A./ Alastuey Dobón, C. (Coord. Gracia Martín, L.) 4ª Edición, Valencia 2012, pág. 39.

²⁰ Mapelli Cafarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª Ed. Navarra 2011, pág. 111.

²¹ En el RD 515/2005 de 6 de Mayo que desarrollaba la regulación del arresto fin de semana se daba audiencia al penado para elegir el centro.

cumplir la pena de localización permanente, y decidirá el centro de cumplimiento teniendo en cuenta la proximidad del domicilio del penado, así como otros criterios como la distribución geográfica, las características de los establecimientos, la forma específica de cumplimiento de esta pena y la existencia o no de departamentos de hombres y mujeres. El listado es bastante amplio y recoge todas las Comunidades Autónomas, excluyendo expresamente los Centros de Inserción Social por ser establecimientos destinados al régimen abierto o semiabierto, lo que refuerza el carácter cerrado de esta modalidad de localización permanente, y con ello su carácter meramente aflictivo, inocuidador y punitivo.

El lugar de cumplimiento dentro del centro penitenciario será preferentemente el departamento de ingresos, en celda individual o compartida, donde recibirá la visita del médico en las primeras 24 h. de su ingreso como establece el art. 214 RP. Esta alusión a la celda individual o compartida también es novedosa, ya que en la regulación del anterior arresto fin de semana, precisamente el cumplimiento en celda individual y en régimen de aislamiento, fue duramente criticado por mucho que se justificara por la necesaria separación absoluta del resto de penados²².

3.4. Derechos y deberes.

El RD 840/2011 de 17 de Junio *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas*, establece una relación de derechos y deberes muy limitada para la localización permanente en centro penitenciario, de hecho son más las restricciones que los derechos reconocidos, ya que se prohíbe todo tipo de contacto con el exterior: visitas, comunicaciones y paquetes, a excepción de la posibilidad de disponer de radio, reproductor de música, prensa o revistas, y no se recoge ningún derecho específico y adaptado a la modalidad de cumplimiento, con lo cual habrá que estar a la aplicación de todos los reconocidos por la LOGP, pese a que alguno de ellos será de difícil disfrute.

Esta primera limitación permite plantearse la duda de si un Real Decreto puede contradecir los derechos que otorga la LOGP a las penas privativas de libertad por la vulneración que conlleva del principio de legalidad, que incluso se repite en la Instrucción 11/2011 SGIP de 7 de Julio que permite llamadas por importantes y comprobados motivos, cuando ello debería recogerlo el Reglamento de desarrollo.

Un derecho especialmente importante es el derecho a la reinserción social, que encuentra varios inconvenientes ya que en primer lugar no está previsto realizar ningún tipo de clasificación penitenciaria, lo que supone una vulneración del art. 72 de la LOGP que establece que las penas privativas de libertad se cumplirán

²² Su inclusión en el Reglamento de desarrollo, su oposición a los fines de reinserción social y la coincidencia terminológica con la sanción de aislamiento fueron los argumentos más utilizados en las críticas recibidas. Cervelló Donderis, V. *Derecho Penitenciario*, 1ª Edición Valencia 2001, pág. 278.

según el sistema de individualización científica separado en grados, además al no ser clasificados no pueden acceder al tercer grado ni a la libertad condicional, lo que no sólo contradice el art. 90 CP que la contempla para todas las penas privativas de libertad, sino que convierte esta pena en una modalidad de cumplimiento íntegro.

Tampoco está previsto que participen en ningún tipo de actividad de tratamiento, lo que convierte esta pena en una mera detención desprovista de cualquier contenido reeducativo y rehabilitador.

El derecho a celda individual, no respetado en general para el resto de reclusos, se materializa en la mención en el RD 840/2011 de 17 de Junio a que el condenado será ingresado en la celda que se le asigne, lo que concreta la Instrucción 11/2011 SGIP de 7 de Julio en que puede ser celda individual o compartida pero siempre con penados que cumplan esta pena, ya que esta pena al menos se esfuerza en evitar la convivencia con otro tipo de internos, aunque precisamente en el departamento de ingresos puede haber todo tipo de internos.

El derecho a estar en el establecimiento más próximo al domicilio lo reconoce el art. 37 CP, el art. 13 del RD 840/2011 de 17 de Junio matiza que si hay varios establecimientos penitenciarios en la misma localidad, decida la Administración penitenciaria en cuál de ellos se va a cumplir, y finalmente, la Instrucción 11/2011 SGIP de 7 de Julio ya exige aunar el criterio de la proximidad con otros como la distribución geográfica, características de los establecimientos, forma específica de cumplimiento y existencia o no de departamentos de hombres y mujeres, con lo cual la proximidad del domicilio pierde su protagonismo para ser valorada junto a otros criterios de organización interna penitenciaria.

Por último en relación a las pertenencias de los internos, todos los enseres y objetos retenidos se le devuelven en cada salida, para impedir los depósitos de pertenencias de internos que están fuera del recinto carcelario.

En cuanto a los deberes, se recuerda en el RD 840/2011 de 17 de Junio, que el penado deberá respetar las normas de régimen interior y deberá mantener un buen comportamiento y acatar las instrucciones y órdenes que reciba. No se recoge expresamente la sumisión al régimen disciplinario recogido en la legislación penitenciaria, como en su día sí ocurría con el arresto fin de semana, lo que además de vulnerar la necesaria seguridad jurídica puede presentar grandes problemas derivados de la discontinuidad del cumplimiento, por ejemplo será difícil cumplir los plazos del procedimiento si se considera que sólo son hábiles los fines de semana, o incluso no se podrán cumplir algunas sanciones, como la limitación de comunicaciones o privación de permisos de salida, sencillamente porque no los tienen.

Un segundo deber expresamente mencionado es el de mantener en buen estado la celda y efectuar las labores de limpieza, higiene y aseo antes de desalojarla, lo que como se puede comprobar incide más en la necesidad de dejar la celda en condiciones para un eventual posterior morador, que en la obligación de colaborar en la limpieza general del establecimiento, como sucede en el resto de casos, ello es debido a que este cumplimiento interrumpido es previsible que obligue a compartir las celdas para fines diversos.

4. CONCLUSIONES.

Puede parecer extemporáneo reflexionar sobre la pena de localización permanente en centro penitenciario en un momento en el que el Proyecto de reforma de Código Penal presentado en Octubre de 2012, sin modificar el contenido de la pena de localización permanente, prescinde de esta pena en las infracciones leves “por ser más gravosas para el condenado y presentar problemas en su ejecución”, por ello es precisamente esta afirmación recogida en la Exposición de Motivos, la que justifica este análisis para comprobar la falta de una política criminal seria que arrastra la legislación punitiva española desde hace dos décadas, al no cesar de introducir y suprimir figuras de manera atropellada y sin la necesaria reflexión sobre un sistema sancionador acorde al texto constitucional.

En este sentido la regulación actual de la pena de localización permanente que permite su cumplimiento en centro penitenciario, contradice el enunciado constitucional que obliga a orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, al haber cedido el legislador ante la prevención general positiva que aprovecha estas pequeñas descargas punitivas para una supuesta demanda de protección ante la inseguridad ciudadana, despreciando el claro efecto criminógeno de las penas cortas de prisión.

Es además un contrasentido que una figura creada originalmente para evitar las penas cortas de prisión, en el marco de las alternativas penales, acabe cumpliéndose asimismo como pena corta de prisión, tan corta que no pasa de doce días de duración, sin olvidar que el propio art. 71 del Código Penal recoge su compromiso de prohibición, al obligar a sustituir toda pena inferior a tres meses de prisión. Una alternativa a la prisión no puede cumplirse en la prisión, teniendo en cuenta además que una de las formas más negativas de la prisión, es precisamente la de corta duración.

El cumplimiento de esta pena da lugar a numerosas contradicciones, ya que ¿cómo se explica que penas más largas de prisión se puedan cumplir en semilibertad si se accede a tercer grado y ésta tan breve se cumpla en prisión?, ¿qué sentido tiene, cuando coincida con otras penas de prisión, que por la unidad de ejecución se cumpla al final, cuando incluso puede que haya prescrito? o ¿qué utilidad tratamental o intimidatoria puede tener un encierro tan breve, y cómo se puede evitar el factor criminógeno de toda pena corta de prisión?

Las cifras no nos indican que haya sido una pena demasiado impuesta, ya que son muy pocos los casos en los que se ha cumplido, quizá por la indeterminación de la reiteración delictiva o quizá por el rechazo judicial a la misma.

No obstante ante el gran despropósito legislativo que supone su regulación en el art. 37 del Código Penal, las propuestas deben ir dirigidas tanto a solventar la situación actual como a plantear alternativas de *lege ferenda*.

En relación a la situación actual, en los casos en los que se haya optado por la aplicación del cumplimiento penitenciario, y teniendo en cuenta que es una opción judicial y por tanto sin imperativo legal, la pena de localización permanente como privativa de libertad que es, debería ser suspendida a pesar de sus dificultades, ya que de lo contrario el ingreso en prisión no va a permitir la clasificación y con ello se empuja al cumplimiento íntegro de la condena sin posibili-

dad de atemperar la privación de libertad; en segundo lugar, si no se ha suspendido la pena y por tanto se produce el ingreso en prisión, debería ofrecerse al interno la participación en algún tipo de actividad con el necesario respeto a la separación de otros condenados, ya que de lo contrario se asemeja más a una detención en centro policial que a una privación de libertad propiamente dicha.

En cuanto a las propuestas de lege ferenda, se debe descartar el cumplimiento de la pena de localización permanente tanto en centro penitenciario, por su nulo efecto resocializador, como en el domicilio por los numerosos problemas que genera en cuanto a la posibilidad o no de salidas a la calle, su excesiva duración o el sometimiento al régimen disciplinario, y optar por el desarrollo y mejora del uso de los medios de control electrónico complementados con la imposición de reglas de conducta, ya que de esta manera se atiende la doble finalidad de restricción de la libertad de movimientos pero sin privación de libertad, pero dotado de un contenido rehabilitador como es el seguimiento de reglas de conducta que pueden consistir en una mayor restricción en la libertad de movimientos, o en facilitar la realización de programas de tratamiento, de reparación a las víctimas o de utilidad social.

Luis Fernández Arévalo

Fiscal de Vigilancia Penitenciaria y Extranjería de Sevilla

Ejecución de la expulsión judicial sustitutiva y pluralidad de causas penadas y en su caso preventivas penitenciariamente activas

PREÁMBULO.

La personalidad y la figura pública y privada de don Francisco BUENO ARÚS son tan polifacéticas que sería difícil abarcar las diferentes áreas donde se proyectó: familia, amistad, estudio, asesoría, gestión, docencia, academia, universidad, publicaciones, conferencias, bibliografía, iniciativas legislativas...

Sin embargo, su pensamiento y actividad siempre pretendió tomar como punto de referencia una premisa, tanto en su proyección penitenciarista como en todas las demás facetas de su actuación pública: *el Derecho es, y debe ser, una herramienta al servicio del ser humano, y no al revés*. Rehuyó todo “*diletantismo*” jurídico, sin renunciar jamás al rigor de la vigencia del Estado de Derecho, al que siempre sirvió, si bien –y sé que esta apostilla le hará sonreír donde se encuentre–, inspirado en cierta tendencia de iconoclastia nacida de su sentido de la ironía y de crítica a todo lo que resultara hueco y fariseo.

Hay una faceta que no debe olvidarse y que me siento en el deber de recordar: su papel formador y asesor de la jurisdicción penitenciaria, a la que tanto dedicó y amó, en sus nacimiento y en su crecimiento y desarrollo. Las conclusiones de los Jueces de Vigilancia penitenciaria, los criterios conjuntos de actuación, su sistematización, son algo impensable sin su presencia respetuosa y respetada, siempre magistral y tutora. La formación de los jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria de los años 80, 90 y de principios del siglo XXI está inexorablemente atada a su persona.

Sirvan estas palabras de emocionado recuerdo y agradecimiento al Maestro.

1. MATERIALIZACIÓN DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA PENAL INDIVIDUAL.

1.1. La situación legal anterior a la LO 19/2003.

Hasta el año 2003 no se contempló ninguna regulación específica que abordara la ejecución de la expulsión judicial sustitutiva. La redacción del art. 89 CP –tanto su redacción originaria, como la introducida por la LO 8/2000, de 22 de abril, o la introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre– no contemplaba disposición alguna reguladora de la ejecución de la expulsión judicial sustitutiva, lo que suscitaba un problema de soluciones complejas. A diferencia de la detallada regulación contemplada en la normativa administrativa de extranjería –LOEX y RELOEX– en relación con el modo de llevar a efecto la expulsión gubernativa, donde se contemplaba la posibilidad de detención e internamiento –arts. 62 a 64 LOE–, el Código Penal nada había establecido al respecto.

En consecuencia, debían proyectarse las normas contenidas en el sistema general de ejecución, que determinaban que correspondía la tarea de hacer ejecutar lo juzgado al Juez o Tribunal que dictó la sentencia en primera instancia –art. 984 a 986 LECr–, y que *“corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno”* –art. 990-II LECrim.

Las dificultades de la ejecución de la expulsión judicial se iniciaban a partir de ese punto, respecto de la que nada se regulaba, pudiendo afirmarse en defecto de legislación explícita y directa que el modelo de ejecución de la expulsión judicial debería partir de dos premisas: la primera, que si el reo estuviera preso debería mantenerse la situación personal, requiriéndose a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación para que activase las medidas necesarias en orden a materializar la expulsión; y la segunda, que si el reo estuviera en libertad podría acordarse el internamiento, ya fuere en Centro Penitenciario, ya en un CIE, con un plazo de internamiento temporalmente limitado, que en ningún caso podría exceder de 40 días establecido en la legislación de extranjería como límite válido para entender o no materializable la expulsión –plazo que actualmente se ha elevado como es sabido a 60 días por la reforma de la LOE de 2009–.

1.2. La solución de la Ley Orgánica 19/2003.

La cuestión comenzó a resolverse legislativamente en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, que contenía una Disposición Adicional, la 17ª, sobre comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros. En concreto, su párrafo primero establecía –y mantiene su vigencia– que *“los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivar, si*

procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador.” Y a renglón seguido, su párrafo segundo estableció que “igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.”

Esto es, para la ejecución de la expulsión se contemplaban los siguientes trámites:

En primer lugar, que el Tribunal debería comunicar a la Autoridad Gubernativa la sentencia en las que se hubiera acordado la expulsión. Aunque no lo dijera, esto debería articularse a través de la oportuna comunicación a la Brigada –Provincial o Local– o Grupo de Extranjería territorialmente competente, librando la oportuna orden de detención si el reo estuviera en libertad, cuando habiéndose citado al reo una vez adquirida firmeza la sentencia éste no compareciere.

En segundo lugar, el Tribunal –que no la sentencia, como erróneamente dispone el texto legal–, ordenaría el internamiento del reo y la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. Ello no obstante, la Circular FGE 2/2006 admitió la posibilidad del emplazamiento para cumplimiento voluntario por el reo dentro de un plazo máximo de 72 horas,

Y finalmente, tras el internamiento en su caso, y el inicio de la ejecución de la pena, la autoridad gubernativa debería hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impidiera, que debería ser comunicada a la autoridad judicial. Dicho plazo representaba un plazo inferior al de los 40 días que originariamente marcaban el límite máximo del internamiento, que tras la reforma de la LOEX introducida por LO 2/2009 pasó a ser de 60 días.

De lo anterior se desprendía que transcurrido este plazo de 30 días sin haberse materializado la expulsión, habría de entenderse salvo causas excepcionales justificadas que la expulsión no sería materializable, con lo que regiría el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas. Pero conviene subrayar que la imposibilidad de materialización de la expulsión en el plazo de 30 días no conllevaba ni entonces ni conlleva actualmente de una manera automatizada la imposibilidad de ejecución de la expulsión, pues se salvaba y se sigue exceptuando el supuesto de causas justificadas que la impidan, debe entenderse en ese plazo, pero no posteriormente.

1.3. La situación tras la reforma del Art. 89 CP introducida por LO 5/2010, de 22 de junio.

La reforma de la LO 5/2010 introdujo la novedad de incluir en sede del art. 89 CP una norma específica sobre las medidas de ejecución de la expulsión, pero lo hizo con una curiosa técnica definitoria de qué hacer si el reo no estuviere privado de libertad, silenciando qué hacer cuando sí lo estuviere.

1º. El supuesto de que el penado no se encuentre privado de libertad. A este respecto, el art. 89.6-I CP señala que *“cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.”*

En relación con este precepto ello quiere decir que cabe el internamiento cautelar en CIEx por plazo de 60 días, lo que en la práctica no deja sin efecto la previsión de la Circular FGE 2/2006 del cumplimiento voluntario, pues los términos utilizados son facultativos –*“podrá acordar”*–, y en puridad dejan abierta la posibilidad de aplicación de la Disposición Adicional 17ª de la LO 19/2003 a criterio del Juez o Tribunal. Lógicamente, subsiste el mandamiento de expulsión dirigido a la Autoridad gubernativa a través de las Brigadas y Grupos de Extranjería, que disponen de un plazo máximo de 60 días para la materialización, y caso de imposibilidad entrará en juego el art. 89.6-II CP, conforme al cual *“en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.”*

2º. El supuesto de que el penado se encuentre privado de libertad. A este respecto por exclusión entra en juego ante el silencio del art. 89 CP la Disposición Adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, ya examinado, con vigencia de los pasos ya examinados, a saber:

En primer lugar, comunicación por el Tribunal a la Autoridad gubernativa de la sentencia que acuerda la expulsión, y aunque se silencia, orden o mandamiento de materialización, con expresión del lugar de internamiento.

En segundo lugar, mandamiento de penado con eventual liquidación judicial de condena por un plazo de 30 días periodo durante el cual la autoridad gubernativa puede materializar la expulsión; transcurrido este plazo, salvo causas excepcionales debidamente justificadas que la expulsión no es materializable, con lo que regirá el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas.

A este respecto, llama poderosamente la atención el desconocimiento de la previsión contenida en la DA 17ª de la LO 19/2003 en la STC 140/2012, de 30 de julio, al cuestionar y declarar inconstitucional la prórroga de la prisión provisional del acusado hasta la mitad del tiempo de la condena impuesta, que era de prisión y multa, habiéndose sustituido la prisión por expulsión. Al analizar si la

adopción de la prisión provisional con fundamento en el art. 503.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, cumplió con las exigencias constitucionales de ajustarse a los fines constitucionalmente admisibles, y con el canon de motivación reforzada exigible. La STC advierte que la sentencia y el auto de prórroga razonaron la individualización de la pena, pero objeta que “*la Audiencia Provincial de Valencia no pondera, como le fue solicitado por el recurrente, el hecho de que la pena efectiva impuesta por la Sentencia fuera la expulsión del territorio nacional y que, en consecuencia, la prórroga de la prisión provisional excediera el marco de las penas privativas de libertad a las que queda circunscrita por el art. 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal.*” Este pasaje merece severas críticas, ya que en primer lugar la expulsión no es una pena; en segundo lugar, porque la pena de prisión aparece en el fallo condenatorio de la sentencia como medida penal que se sustituye, pero que se antepone a la expulsión; y finalmente, y para colmo, si el reo está preso como le sucedía al recurrente, la expulsión no es lo primero que se materializa, pues “*en estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución **dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad** o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión.*” Así, en los casos de recursos, la pena de prisión sí aparece señalada en la sentencia y precedería a la expulsión que la sustituya; y caso de firmeza la pena de prisión será lo primero que se ejecuta, antes que la expulsión misma, según DA 17^a-II lo 18/2003, si el penado está privado de libertad, y así lo corrobora la dicción literal del art. 89.6-I CP –“*cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad **en ejecución de la pena impuesta***”.

2. IMPOSIBILIDAD DE MATERIALIZACIÓN DE LAS EXPULSIONES JUDICIALES SUSTITUTIVAS.

Conforme al art. 89.6-II CP, “*en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.*”

Desaparece el equívoco representado por la redacción anterior del art. 89 CP, que disponía que en estos casos se procedería al cumplimiento de la pena, suscitando el problema de si la expresión “cumplimiento” implicaba necesariamente el cumplimiento material de la pena en un centro penitenciario; la respuesta afirmativa podría concluirse del uso del propio término de cumplimiento, reservado generalmente en el sistema tradicional de ejecución de penas a lo que constituye la actividad penitenciaria derivada del internamiento del sentenciado en un centro penitenciario.

No obstante, la respuesta debía entenderse necesaria e inequívocamente como negativa, ya que por cumplimiento debemos entender en este precepto concreto el régimen general de ejecución: si la materialización de la expulsión no ha tenido lugar, la negativa de acceso al sistema general de suspensiones y al propio de

sustituciones comunes del art. 88 CP constituiría una desigualdad injustificable, al menos respecto de las penas que no excedan de dos años de prisión. El Tribunal Constitucional había sancionado ya esa interpretación en su ATC 132/2006, de 4 de abril, al establecer que *“el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España”*.

3. EL CONCURSO DE PENAS.

Examinado el sistema de ejecución de la expulsión judicial sustitutiva como medida penal a título individual, el problema se agrava en los supuestos de concurso de expulsión judicial con otras penas y de medidas penales privativas de libertad, y aun con ciertas penas privativas de derecho, como el caso de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Examinaremos primero la posibilidad de concurso de penas privativas de libertad, y en segundo lugar el concurso de pena y medida cautelar de prisión preventiva, lo que presupone necesariamente el examen si quiera sea somero de las reglas generales del concurso de penas.

Respecto de los supuestos de concurrencia con penas de trabajo en beneficio de la comunidad pendientes de cumplimiento, prescindiremos de un análisis individualizado, si bien conviene dejar expresa constancia de que rigiendo las reglas generales de ejecución, ni cabe su suspensión ni su sustitución, lo que haría aconsejable una reforma legislativa que contemplara la renuncia a su ejecución en supuestos de concurrencia con medidas de expulsión.

En lo que atañe a su concurrencia con causas penales en fase activa de tramitación sin sentencia, evidentemente la cuestión es resuelta a través del cauce del art. 57.7.A) LOEX.

3.1. Principios de cumplimiento simultáneo y de cumplimiento sucesivo.

La problemática del concurso real de penas toma como premisa inicial de solución la vigencia de dos principios: el de cumplimiento simultáneo y el de cumplimiento sucesivo.

El principio de cumplimiento simultáneo aparece definido en el art. 73 CP: *“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”*. Esta posibilidad cabe generalmente en penas heterogéneas, y así la posibilidad de cumplimiento simultáneo de penas privativas de libertad y de penas privativas de derecho queda abierta, e incluso avalada legalmente en el art. 57.1-II CP para el caso de las penas de alejamiento en sus diversas modalidades cuando son impuestas como accesorias a ciertos delitos en caso de concurso con penas de prisión.

Pero como no es posible el cumplimiento simultáneo de dos o más penas de prisión –aunque sin duda todos los penados en quienes se diera esta situación de pluralidad de condenas lo verían no sólo con simpatía, sino como algo muy deseable–, entra en juego el principio de cumplimiento sucesivo, que aparece enunciado en el art. 75 CP, conforme al cual “*cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.*”

3.2. La refundición material de condenas.

El cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad es así la regla, pero no deja de suscitar problemas prácticos, que nacen del hecho de que siendo el cumplimiento de la pena causa de extinción de la responsabilidad criminal –art. 130 CP–, la llegada del término de cumplimiento de una pena de prisión extingue la responsabilidad respectiva determinando el inicio de cumplimiento material de la siguiente pena de prisión, en los términos del art. 75 CP y de la observancia y vigencia de las respectivas liquidaciones o cómputos judiciales de condena. El tema se complica pues la concesión de beneficios penitenciarios –permisos de salida, en determinados casos el acceso al tercer grado, y finalmente la propia concesión de libertad condicional– viene condicionado por unos requisitos entre los que destaca el cronológico derivado de un determinado cálculo de la fase de cumplimiento de penas. Así, 1/4 los permisos, 1/2 el tercer grado en caso de aplicación del periodo de seguridad, 3/4 y en su caso 2/3 y 1/2 la libertad condicional. La existencia de estos cálculos temporales determinan la existencia de unos cómputos parciales que imponen una unidad de ejecución de las distintas penas privativas de libertad, pues de no contemplarse, el cumplimiento sucesivo de las penas determinarían su repercusión individualizada en cada una de las penas de prisión liquidadas. Por otro lado, la posibilidad de supervenencia sucesiva de penas determina problemas prácticos de aplicarse mecánicamente la previsión de cumplimiento sucesivo según orden de gravedad, ya que la recepción de mandatos de ejecución de penas de prisión de cuantía mayor que las existentes obligaría a constantes reajustes en los que las leyes no han determinado si debe paralizarse el cumplimiento de una pena anterior de inferior cuantía para dar paso a la anterior, ni si el tiempo ya cumplido de la primera debe transferirse o no a la segunda o sucesiva. Para resolver estos problemas la práctica penitenciaria ha impulsado la creación de la figura conocida como refundición material de penas o de condenas.

3.2.1. El enlace administrativo y judicial de condenas.

La refundición material de penas o de condenas toma como premisa la supervenencia de segunda y sucesivas responsabilidades, cuyo cómputo inicial respectivo se enlaza como siguiente al día del término de la responsabilidad precedente. Las liquidaciones judiciales toman así como día inicial el siguiente al del término virtual de la responsabilidad precedente, según comunicación de la Dirección del Centro Penitenciario. Esta fase preliminar parte de la pluralidad de penas individualmente consideradas.

3.2.2. La refundición material de las penas propiamente dichas.

Seguidamente, la Oficina de Gestión del Centro Penitenciario correspondiente elabora un proyecto de refundición que toma como día inicial del cómputo el de la primera pena, y como término final el de la última, expresando los períodos de prisión preventiva abonables, que se eleva al Juzgado de Vigilancia penitenciaria para su aprobación, acompañado de la documentación adverativa correspondiente –los correlativos mandamientos de penados, testimonios de sentencias y liquidaciones judiciales de condena, básicamente.

El Juzgado de Vigilancia penitenciaria es competente para su aprobación en los términos del art. 76.1 y 2.a) LOGP, y previo informe del Fiscal, aprobará en su caso el proyecto de refundición en virtud de auto motivado, remitiendo los correspondientes testimonios a la Dirección del Centro Penitenciario y a los correspondientes Juzgados y Tribunales sentenciadores para su constancia e incorporación a las Ejecutorias de su razón. El auto será recurrible en los términos de la DA 5ª LOPJ, siendo susceptible de apelación conforme al apartado 2, por ser materia de ejecución de penas.

La regulación en que se apoya esta figura de ejecución penal y penitenciaria toma por base el art. 193 RP, que dispone que *“para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: 2ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total”*. En relación con este precepto conviene significar que la previsión puede ser criticada por la insuficiencia de su rango normativo, ya que en la práctica viene a corregir lo establecido en los arts. 75 y 130.2 CP, y además por cuanto los efectos de su aplicación trascienden de los simples efectos de la libertad condicional para extenderse a evitar el licenciamiento de cada pena conforme a la liquidación inicial de condena judicialmente aprobada por el Juez o Tribunal sentenciador, y por surtir efectos además de en materia de libertad condicional a efectos de permisos; en cambio, no surte efectos en orden a eventual período de seguridad en materia de clasificación sobre la totalidad de las penas. Un sector actualmente minoritario excluye la refundición en caso de penas sobrevenidas tras revocación de libertad condicional, ya que revocada la libertad condicional, debe cumplirse el periodo pendiente de la pena o de las penas sobre las que se concedió el beneficio –art. 93 CP–, por lo que la refundición de penas sobrevenidas vedaría el acceso de las mismas a una eventual concesión de la libertad condicional.

El Tribunal Constitucional ha examinado esta figura en ATC 274/97, de 16 de julio, con relación al *derecho a la tutela judicial efectiva* consagrada en el art. 24.1 CE. Establece que la decisión de rectificación de una refundición adoptada por el JVP, y ratificada por la Audiencia Provincial, no atenta a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, porque la resolución aprobando una refundición de condena no es, por su propia naturaleza, intangible. Las refundiciones de condenas no son inamovibles; están sometidas a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los que el afectado es condenado

(aumento de la duración) o la adquisición de beneficios penitenciarios (disminución). Siendo ello así, es evidente que no producen los efectos de la cosa juzgada, en cuyo respeto se encuentra el fundamento de la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE, y la imposibilidad, desde su perspectiva, de modificación de toda decisión judicial que ha adquirido firmeza.

3.3. La fijación del máximo de cumplimiento efectivo de la condena como excepción al principio de cumplimiento sucesivo hasta cumplir la suma aritmética: Art. 76.1 CP.

La fijación del máximo de cumplimiento de condena no es una excepción al cumplimiento sucesivo, pero sí al cumplimiento sucesivo hasta el cumplimiento de la suma aritmética de penas. Aparece en el art. 76.1 CP que establece que *“no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

- a) De veinticinco años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años.*
- b) De treinta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.*
- c) De cuarenta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años.*
- d) De cuarenta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XVII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años”.*

En relación con este precepto hay que señalar:

En primer lugar, que el máximo de cumplimiento efectivo de condena constituye una regla especial respecto del principio de cumplimiento sucesivo de las penas, que conlleva una reducción de su suma aritmética conforme a reglas de derecho: sea el triple de la más grave, o subsidiariamente y de ser más favorable, un límite legal que puede ser general (20 años) o especiales (25, 30 ó 40).

En segundo lugar, que conforme a la llamada doctrina *Parot*, sentada por la STS 197/2006, de 28 de febrero, y otras sucesivas, el triple o el límite legal no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario, con lo que se desdice de la jurisprudencia anterior que afirmaba que la mal llamada acumulación o refundición judicial de condenas determinaba la existencia

de una nueva pena que venía a sustituir a las anteriores. La dicción literal de esta regla en los sucesivos textos normativos no deja dudas: las penas se cumplen sucesivamente, hasta alcanzar el máximo, quedando extinguidas las que procedan una vez que las ya cumplidas hayan alcanzado dicho máximo, tal como dice el art. 76 CP. Así, pierde todo su sentido la denominación tradicional de refundición, pues refundir quiere decir volver a fundir, esto es, reconvertir en unidad una pluralidad de entes que originariamente fueron unidad, siendo lo cierto que jamás preexistió una unidad; en la decisión de fijación de un máximo de cumplimiento, ni las penas originarias son de origen una sola, ni la decisión de fijación del máximo las transmuta en una pena única, sino que en virtud de reglas de derecho se establece un término que determina la extinción de responsabilidades criminales concurrentes. Como atinadamente señala la STS 197/2006, al criticar el uso de esta terminología, *«aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho»*.

El art. 76.2 CP señala que *«la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo»*.

4. LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE MEDIDAS PENALES.

Ahora ya se puede abordar la problemática de la concurrencia de la expulsión con penas privativas de libertad. Como punto de partida común debemos recordar una premisa, que fue acertadamente formulada en la conclusión Décimo Sexta de la Circular FGE 5/2011, de 2 de noviembre, conforme a la cual cuando concurren diferentes resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario, la pena sustituida por la expulsión pierde su naturaleza deviniendo heterogénea e imposible de refundir con las restantes penas de prisión por las que hubiera sido condenado. En consecuencia, para poder proceder a la ejecución de una expulsión habrá que aguardarse al cumplimiento de las penas refundidas o, en su caso, a la sustitución de aquellas de conformidad con el apartado 5 del artículo 89 CP (expulsión parcial de la condena). De aquí se desprenden varias conclusiones:

1ª.- La doctrina indicada admite que las expulsiones judiciales no devienen en de imposible materialización por el hecho de que deban aguardar al cumplimiento de penas privativas de libertad.

2ª.- Para proceder a su materialización deberán aguardar al cumplimiento material de las penas de prisión activándose si fuere factible su sustitución parcial. A ello podríamos añadir la anudación a la eventual salida del penado por razón de libertad condicional con autorización de salida de España.

3ª.- Haciendo una precisión terminológica a lo anterior, la ejecución de tales expulsiones debe permanecer activada, con independencia de que su materializa-

ción quede aplazada. Al igual que el cómputo de la segunda pena de prisión queda aplazado, en casos de pluralidad, pero la sentencia se está ejecutando, dada la vigencia de un mandato de retención y custodia previo al propio inicio de su cumplimiento material.

4.1. Expulsión acordada por un Tribunal en supuestos de refundición material de penas o de condenas.

La atribución competencial del incidente de refundición material de penas o de condenas al Juez de Vigilancia no permite concluir de lege data la absorción de su competencia para acordar una expulsión sustitutiva total, pues dicha resolución es instrumental como se ha visto al efecto de posibilitar una unidad de ejecución penitenciaria y procesal en cuanto al acceso a beneficios penitenciarios y penales –permisos de salida, eventual acceso a tercer grado y libertad condicional– durante el cumplimiento de la pena de prisión.

Así pues, actualmente la competencia de expulsión judicial sustitutiva en fase de ejecución es inequívocamente una competencia del Juez o Tribunal sentenciador que deberá ejercerse en los casos de penas de prisión refundidas causa por causa, por el Tribunal competente para la ejecución de la sentencia.

Derivadamente de lo anterior, la resolución de la aplicación de la expulsión sustitutiva corresponde al Juzgado o Tribunal que la acordó en su respectiva Ejecutoria.

Si la resolución del incidente sustitutivo es denegatoria de la sustitución o declarativa de la imposibilidad de su ejecución no se suscitan problemas, aplicándose las reglas generales.

Pero por el contrario, sí se suscitan problemas cuando el auto acuerda la sustitución, y analizaremos los pasos que seguidamente deberían proceder, acomodados todos a la premisa antes indicada enunciada en la conclusión decimosexta de la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, ya examinada.

4.1.1. Remisión de testimonios por el Tribunal que acuerda la sustitución.

En este caso, el auto que acuerda la expulsión sustitutiva debe acordar la remisión de los siguientes testimonios:

En primer lugar a la Dirección del Centro Penitenciario para su incorporación al expediente, con mandamiento de libertad diferido al momento en que la Policía proceda a su excarcelación para materializar la expulsión.

En segundo lugar, a la Brigada o Grupo de Extranjería del territorio donde se ubique el Centro Penitenciario, con mandamiento de materialización de la expulsión.

Y en tercer lugar, si ya le constara la existencia de otras causas penadas penitenciarmente activas, parece aconsejable la remisión de testimonio al o a los Tribunales sentenciadores cuyas penas esté extinguiendo actualmente el penado, a los efectos de su constancia.

4.1.2. Actuaciones de Instituciones Penitenciarias.

La cuestión es abordada en la Orden de Servicio de 22 de mayo de 2012 de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de aplicación en los Centros Penitenciarios dependientes de la SGIP. Dicha Orden de Servicio lleva por rúbrica o título indicaciones relativas a la gestión de penados extranjeros. Señala en su punto 3.1ª que “*en el juego de la ejecución de la expulsión sustitutiva (art. 89.6 CP), la DA 173 LO 19/2003 –que parte de la privación de libertad– dispone que en el plazo de los 30 días siguientes a ordenarse, la expulsión deberá materializarse, salvo causas impositivas justificadas que se comunicarán al Tribunal. Tal sucede en el caso de que acordada una expulsión sustitutiva, existan causas penales activas. Para este caso:*

En primer lugar, se deberá comunicar por la Dirección del Centro al Tribunal que acordó la expulsión el extremo impositivo de la expulsión inmediata, dimanante de la existencia de causas penales activas concurrentes, acompañando informe de situación penal. En el mismo escrito se comunicará que en virtud de la sustitución queda sin efecto el cumplimiento de la pena sustituida, y que el penado queda retenido para ser expulsado una vez se acuerde la expulsión sustitutiva en las restantes causas penadas, o en su defecto sea excarcelado por razón de libertad definitiva o por razón de libertad condicional por dichas causas, en la que se propondría como regla de conducta su disfrute en su país de origen.

4.1.3. Conocimiento por el Tribunal que acordó la expulsión sustitutiva de la existencia de causas penales impositivas de la materialización y de la decisión paralizativa del cómputo: resoluciones factibles.

Conocido por el Tribunal el hecho de existencia de causas penales penadas penitenciariamente activas que impiden la materialización, lo que le puede venir por dación de cuenta de la Brigada o Grupo de Extranjería y además necesariamente por parte de la Dirección del Centro Penitenciario de destino del penado expulsado –pero respecto del que no se ha materializado la expulsión por vigencia de liquidaciones judiciales de penas en cumplimiento– la Institución Penitenciaria, como hemos visto, debe comunicar el extremo impositivo al Tribunal, haciendo constar que el cómputo de la pena sustituida queda paralizado, a la espera de poder materializar la resolución repatriativa articulándola con las decisiones que deberán adoptar los restantes tribunales, o vinculada a una libertad del reo, sean por licenciamiento de las restantes penas, o sea por razón de libertad condicional condicionada a regreso al país de origen.

El Tribunal tiene dos opciones: entender de imposible cumplimiento su expulsión, y ordenar el cumplimiento de la pena en los términos del art. 89.6-II CP, o por el contrario estar a la solución activada por Instituciones Penitenciarias, considerando que la repatriación es perfectamente posible, bien que queda aplazada a resoluciones complementarias de los restantes Tribunales o a la libertad –“salvo causas justificadas”, DA 17 LO 19/2003 *dixit*.

A estas dos posibles soluciones se refiere la Orden de Servicio de Instituciones Penitenciarias: “*Si el Tribunal no accede y ordena el cumplimiento de la pena, se*

procederá conforme al procedimiento general de varias condenas todas ellas a cumplir.

En segundo lugar, si el Tribunal accede a lo solicitado:

o/ Se participará la decisión a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, a la que se deberá comunicar con antelación suficiente la fecha de licenciamiento o la fecha de efectos de libertad condicional para que se gestione plan de viaje que posibilite la materialización efectiva.

o/ Se comunicará por la Dirección del Centro al Tribunal que impuso la pena no sustituida la resolución judicial en que se acordó la expulsión, adjuntando copia de la misma, y de la solicitud del reo en su caso, a fin de que se valore por dicho órgano judicial la substitución de la pena impuesta por expulsión, sea íntegra o parcial, y para el caso de que la pena fuere de seis años o superior, que se participe al Ministerio Fiscal a fin de que inste en su caso si procede la expulsión parcial en los términos del art. 89.5 CP.

Si existen terceras y sucesivas responsabilidades, se actuará conforme al procedimiento expuesto.”

Aunque no se exprese, la Dirección del Centro deberá en este caso elevar al Juzgado de Vigilancia penitenciaria nuevo proyecto en su caso de refundición de condenas.

4.2. Expulsión acordada por un Tribunal en supuestos de fijación de máximo de cumplimiento, o mal llamada refundición jurídica o acumulación de penas o de condenas.

Tras la afirmación de la doctrina *Parot*, como se ha visto, el triple o el límite legal no se convirtió en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario, con lo que se desdice de la jurisprudencia anterior que afirmaba la existencia de una nueva pena substitutiva de las anteriores. Las penas se cumplen sucesivamente, hasta alcanzar el máximo, quedando extinguidas las que procedan una vez que las ya cumplidas hayan alcanzado dicho máximo, tal como dice el art. 76 CP.

La decisión de expulsión corresponde, así, a cada Tribunal sentenciador, que deben poner en conocimiento la resolución adoptada al Tribunal que fijó el máximo para que lo tenga presente y en su caso repercuta en nueva liquidación, rigiendo lo anteriormente expuesto.

4.3. La expulsión en caso de concurrencia de pena y prisión preventiva.

4.3.1. Remisión de testimonios por el Tribunal sentenciador que acuerda la substitución.

En este caso, el auto que la acuerde debe acordar la remisión de los siguientes testimonios:

En primer lugar a la Dirección del Centro Penitenciario para su incorporación al expediente, con mandamiento de libertad diferido al momento en que la Policía proceda a su excarcelación para materializar la expulsión.

En segundo lugar, a la Brigada o Grupo de Extranjería del territorio donde se ubique el Centro Penitenciario, con mandamiento de materialización de la expulsión.

4.3.2. Actuaciones de Instituciones Penitenciarias.

La cuestión es abordada en la Orden de Servicio de 22 de mayo de 2012 de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, indicaciones relativas a la gestión de penados extranjeros. Señala en su punto 3.2^a, bajo título de supuesto de concurrencia de expulsión sustitutiva con causas preventivas, lo siguiente:

En este caso, ha de tenerse en cuenta tanto la regulación de la ejecución de la expulsión sustitutiva, antes citada, como la prevista sobre el incidente de autorización judicial de la expulsión en los arts. 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería y 247 de su Reglamento.

En primer lugar, se deberá comunicar por la Dirección del Centro al Tribunal que acordó la expulsión el extremo impositivo de la expulsión inmediata, dimanante de la existencia de causas penales preventivas activas concurrentes –acompañando informe de situación procesal y penal– y que, salvo que disponga lo contrario, la pena continuará su cómputo hasta que se obtenga la oportuna autorización judicial de materialización de la expulsión por parte del Tribunal a cuya disposición se encuentra preso el reo.

En segundo lugar, la Dirección del Centro participará la cuestión a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, con acompañamiento de resoluciones judiciales de expulsión sustitutiva acordadas y resumen de situación procesal y penal, instando a que se active el incidente del art. 57.7.a) de la LO 4/2000 y se autorice la expulsión por la autoridad judicial correspondiente.

Manuel Gallego Díaz

Profesor Ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Tratamiento penitenciario y voluntariedad

1. EL MODELO REHABILITADOR Y TRATAMENTAL DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO ESPAÑOL.

El ordenamiento penitenciario español se adscribe decididamente, aunque con las cautelas introducidas por el Tribunal Constitucional¹, al modelo rehabilitador, consecuencia de la opción adoptada en la Constitución Española (art. 25.2) sobre la finalidad de la pena. Este precepto constitucional consagra un mandato irrenunciable para la Administración penitenciaria de orientar la ejecución de las penas privativas de libertad a la reeducación y inserción social, por lo que no se puede condicionar la resocialización a planteamientos políticos ni económicos. Lo contrario sería condenar a los internos al amedrentamiento y al puro castigo². Por ello la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) establece en el artículo 1 que “las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y inserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad”, aunque sin olvidar “la retención y custodia de detenidos, presos y penados”. Y para lograr esta finalidad de reeducación e inserción social, la LOGP, nacida –como sus homólogas alemana e italiana– todavía en una época de cierto fervor resocializador³ que pensaba que el tratamiento podía ser la solución para todos los problemas del delincuente, le dedica todo el título III haciendo de él eje vertebrador de toda la actividad penitenciaria.

¹ Véase Francisco RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 245.

² Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Laura RODRÍGUEZ ZÚÑIGA (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca-Editorial Colex, Madrid, 2001, pág. 350.

³ Cuando en 1979 se aprueba la LOGP “la ideología del tratamiento” como eje de la ejecución penitenciaria ya es objeto de numerosas críticas y entra en una fase de decadencia (Carmen JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, pág. 115).

Según el art. 59.2 LOGP con el tratamiento se “pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”. De acuerdo con el apartado 1 de este mismo artículo “el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” y conforme al art. 62 a) LOGP “estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno”.

2. VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO.

Para poder garantizar un mínimo de eficacia en su aplicación según las exigencias propias de las ciencias del comportamiento, y sobre todo por razones del debido respeto a los derechos del interno no afectados por la condena, el tratamiento no puede imponerse coactivamente, sino que es preciso que el interno acepte libremente someterse a él pues exige la cooperación voluntaria del sujeto tratado. El tratamiento, al igual que los distintos métodos y actividades que comporta, ha de tener un carácter necesariamente voluntario y, en consecuencia, el interno ha de poder rechazarlos válidamente. La imposición del tratamiento, aparte de atentar contra el principio de respeto a la personalidad de los internos consagrado en el art. 3 de la LOGP, supone ya su propio fracaso⁴.

Según este planteamiento, dominante en la doctrina y en parte también en el Derecho comparado, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, por lo que la primera regla –señalan FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN– que debe presidir la intervención penitenciaria es lograr la concienciación de su necesidad y su aceptación por parte del interno, pues todo el diseño de la programación tratamental resultará inútil si finalmente no se cuenta con la conformidad del penado, ya que el tratamiento es un derecho del interno, pero no un deber al que éste deba sujetarse⁵.

Pero para que sea voluntario el tratamiento no basta con que el interno consienta o dé su aceptación para colaborar en su planificación y desarrollo, sino que además es necesario que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse conse-

⁴ Véase José Luis MANZANARES SAMANIEGO, en Manuel Cobo del Rosal (dir.) y Miguel Bajo Fernández (coords.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 933.

⁵ Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO y Javier NISTAL BURÓN, *Manual de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 557-558. En el mismo sentido Francisco MUÑOZ CONDE (“La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7 (1979), pág. 102), para quien el deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona.

cuencias desfavorables ni ventajas para él en la ejecución de la pena. En consecuencia, habrá que tener en consideración no solo la caracterización del tratamiento que sobre este extremo pueda efectuar el ordenamiento jurídico sino sobre todo las consecuencias jurídicas que se puedan seguir tanto de su aceptación como de su rechazo o negativa a colaborar⁶.

3. FALTA DE CLARIDAD DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO ESPAÑOL.

Pero el ordenamiento penitenciario español no se caracteriza en esta cuestión precisamente por su claridad hasta el punto que su ambigüedad ha llevado a algún sector de la doctrina a hablar del tratamiento incluso como un deber del interno. No obstante, aunque el artículo 62 LOGP no incluya la condición de la voluntariedad entre los principios que han de inspirar el tratamiento, a lo largo de la Ley –y sobre todo en el Reglamento Penitenciario de 1996 (RP)– parece abrirse paso, con algunos matices, la conclusión de que el tratamiento no puede serle impuesto al interno de modo coactivo.

El artículo 4 LOGP, después de enunciar en el apartado 1 los deberes de los internos, en su apartado 2 impone a la Administración penitenciaria la obligación de (“se procurará”) “fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”⁷. En principio, pues, la ley en modo alguno incluye entre los deberes que recaen sobre los internos el de someterse al tratamiento. La intervención clínico-terapéutica en la que consiste según los métodos previstos en la LOGP no puede ser nunca una imposición coactiva, sino que ha de limitarse a un ofrecimiento de la Administración al interno que este necesariamente tendrá que aceptar de forma voluntaria. El deber no corresponde, pues, al interno sino a la Administración penitenciaria a la que se dirige el mandato de su fomento y estimulación entre los internos.

Por su parte, en la misma línea, el artículo 61.1 LOGP establece que “se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos”. Es verdad que esta colaboración puede ser voluntaria u obligatoria, pero, como indica TAMARIT SUMALLA, el segundo apartado aporta un poderoso argumento a favor de la voluntariedad al establecer que “serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su pro-

⁶ Borja MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1983, pág. 267.

⁷ “Una incorrecta redacción –considera MAPELLI CAFFARENA– permite entender que dichas técnicas no son las que dan contenido al tratamiento, sino las que deben emplearse para “fomentar” la participación del interno. De ser así la libre aceptación del tratamiento queda completamente neutralizada ya que entonces son las técnicas las que motivarán la colaboración y no la voluntad del penado. Pero tampoco es satisfactoria la solución contraria porque si se habla de fomentar, es lógico pensar que se establezcan cuáles han de ser los sistemas o medios por los que se va a procurar ese impulso a participar para que podamos deducir de ello la virtualidad de la libre aceptación de la terapia” (Borja MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pág. 267).

pio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo”⁸. En cambio, en opinión de MANZANARES SAMANIEGO, estamos ante un precepto superfluo, pues nada nuevo aporta a la declaración del apartado 1. Según este autor, su justificación –nunca completa– sólo puede venir mediante la distinción, más o menos sutil e innecesaria, entre la voluntariedad del sometido a tratamiento y la libertad de colaboración en sus manifestaciones concretas. El mismo principio quedaría así proclamado a dos niveles distintos. En ambos, la voluntariedad es requisito indispensable, pero admite “fomento” (número 1º) o “estímulo” (número 2º)⁹.

Esta insistencia en el fomento y estimulación del interés y colaboración del interno en su propio tratamiento hace suponer que en principio el tratamiento no puede ser algo impuesto, sino que precisa de la voluntariedad. Fomentar es motivar, no obligar, ni que la renuncia al tratamiento tenga efectos negativos sobre la vida del interno dentro de la cárcel¹⁰. Es estimular el interés del interno para que encuentre razones que le determinen a aceptar someterse al tratamiento. Para ello será necesario que el interno tenga conocimiento de los resultados de la exploración de cada especialista, salvo de aquellos que los principios de deontología profesional aconsejen no comunicarle, y será informado de las alternativas y medios de tratamiento disponibles y de posible aplicación a su caso¹¹. Por ello el artículo 112.2 RP dispone que con el fin de estimular la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento “el profesional del Equipo Técnico encargado de su seguimiento le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y de los medios y plazos más adecuados para conseguirlos”.

Pero en todo caso, como señala TAMARIT SUMALLA, el art. 61 LOGP, constituye “una norma desgraciada tanto en su redacción como en su contenido, surgida como consecuencia de una enmienda que pretendía evitar el carácter de norma imperativa hacia el interno que tenía el Anteproyecto, pero sin que consiguiera la consagración legal de la idea de voluntariedad, hasta el punto de que, como se verá más adelante, se ha permitido a algunos autores afirmar la existencia de un deber de colaboración por parte del penado.”¹²

Según sugiere MANZANARES SAMANIEGO, “la misma forma utilizada en el artículo 61 –“colaborará”– “encierra unas connotaciones coercitivas que sólo pueden –y deben– eliminarse mediante una interpretación conjunta de todos los preceptos legales relativos al tratamiento”. E incluso este mismo autor se pregunta si la voluntariedad en el tratamiento no se verá constreñida, aunque sea indirectamente, por las técnicas de fomento y estimulación que establece la Ley¹³. Efectivamente, la estimulación o incentivación de la participación del interno en

⁸ Josep-María TAMARIT SUMALLA, en Josep-María TAMARIT SUMALLA, Ramón GARCÍA ALBERO, Francisco SAPENA GRAU y María-José RODRÍGUEZ PUERTA, *Curso de Derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2005, pág. 259.

⁹ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol. II, cit., págs. 938-939.

¹⁰ Véase Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 317.

¹¹ Carlos MIR PUIG, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2012, pág. 69.

¹² TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 259.

¹³ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., págs. 933-934.

la planificación y ejecución del tratamiento puede dar lugar a coacciones indirectas si su aceptación por el interno obedece a las recompensas y los beneficios penitenciarios que pueda llevar consigo, con lo que en la práctica la voluntariedad del tratamiento puede tener poca vigencia¹⁴.

Además quedan en el ordenamiento penitenciario español, al igual que en el alemán, algunas manifestaciones que se compadecen mal con la voluntariedad del tratamiento y permitirían en cierto sentido conceptuarle como obligatorio. A este respecto, en opinión de Francisco RACIONERO, habría que mencionar las actividades laborales, ya que el art. 26 LOGP dispone que “el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento”; el art. 5.2 g) RP que, al definir los deberes del interno, considera como uno de ellos “participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad”, lo cual se refiere a la realización de actividades del tratamiento prescrito al interno; la obligación de diseñar el programa individualizado de tratamiento (art. 20.2 RP); el principio de coordinación del régimen y el tratamiento (art. 73.3 RP); la consideración de actividad básica en la vida del Centro del trabajo y la formación (art. 76.3 RP); la contemplación en el horario de todas las actividades (art. 77) y, sobre todo, los requisitos para acceder a la libertad condicional anticipada (desarrollo continuado de “actividades culturales u ocupacionales”) (art. 205 RP) y al indulto particular (“participación en las actividades de reeducación y inserción social” (art. 206.1.c) RP). Todas estas manifestaciones constriñen, o por lo menos matizan intensamente, el carácter estrictamente voluntario del tratamiento o hacen surgir dudas sobre su voluntariedad¹⁵. Es lo que sucede también con el artículo 51.2 LOGP, a cuyo tenor las comunicaciones pueden verse restringidas por razones, entre otras, “de interés de tratamiento”. En buena lógica, como señala MANZANARES SAMANIEGO, “si el someterse a tratamiento es voluntario, lo será igualmente someterse o no a cada modalidad o a cada manifestación del mismo”¹⁶.

La presencia en nuestro ordenamiento penitenciario de estas manifestaciones contrarias al principio de voluntariedad del tratamiento ha llevado a algunos autores a considerar que la colaboración del interno en el tratamiento constituye un deber para él. Por ejemplo, para ALARCÓN BRAVO¹⁷ o GARRIDO GUZMÁN¹⁸ se trata de un deber jurídico sin sanción a diferencia de lo que sucede con el régimen donde habrá lugar a las correspondientes sanciones disciplinarias. Pero esta noción de un deber no exigible –señala MANZANARES– cuyo incumplimiento no es sancionable por vía alguna resulta poco convincente¹⁹. Para BUENO ARÚS se trata, en cambio, de un deber con consecuencias jurídicas. Sostiene este autor,

¹⁴ Véase Laura RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., págs. 318-319.

¹⁵ Francisco RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., págs. 245-246.

¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., págs. 938-939.

¹⁷ Jesús ALARCÓN BRAVO, “El tratamiento penitenciario”, en *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, págs. 30-31.

¹⁸ Luis GARRIDO GUZMÁN, *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, págs. 295-296.

¹⁹ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., pág. 933.

a partir del término colaboración (“colaborará”) a que se refiere el artículo 61.1 LOGP que existe una cierta obligatoriedad del interno a participar en el tratamiento, ya que su rechazo llevará consigo, si no sanciones disciplinarias, sí la pérdida de determinados beneficios penitenciarios (clasificación de grados, prisión abierta, libertad condicional...), con la consecuencia de que la prisión podría representar para él una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia judicial²⁰.

Para MAPELLI este planteamiento no puede ser aceptado de ninguna forma. En primer lugar, porque al tratado, al privarle de beneficios, no se le puede castigar más que al que no está necesitado de tratamiento. En segundo lugar, la ejecución de la pena del que no necesita tratamiento también está afectada por la resocialización de modo que no puede convertirse en una mera retención. En tercer lugar, porque la sentencia judicial entendida como sanción abarca tanto a los reclusos que rechazan el tratamiento como a aquellos que lo aceptan. Y, en cuarto lugar, porque el fomento del consentimiento entendido en los términos establecidos por Bueno Arús no dejaría de ser una falacia encargada de encubrir el tratamiento impuesto. “En el ámbito penitenciario –concluye MAPELLI– donde existe una situación de no libertad cualquier beneficio no recibido tiene la misma naturaleza que una pena. Si el que se acepte o no el tratamiento condiciona el traslado a un centro de régimen abierto, no alcanzamos entonces a comprender en qué términos se concibe la libertad para aceptar aquél. De estas reflexiones se deduce que si la ley ha optado por la fórmula “se fomentará” es necesario que este precepto se complemente con otro en el que se establezcan los límites de ese fomento para de esta forma poder averiguar si realmente existe o no libre colaboración del recluso”²¹.

Mayor claridad en la línea de la voluntariedad del tratamiento ofrece el artículo 112 RP. Después de insistir en su apartado 1 en la necesidad de estimular la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento, en el apartado 3 dispone 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”²². Con todo, este precepto, al no establecer explícitamente la posibilidad de rechazar cualquier método de tratamiento, supone un retroceso en la vía del reconocimiento de la voluntariedad del tratamiento respecto de su concordante art. 239.3 RP de 1981 que disponía que “el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado de tratamiento”. A pesar de que en este precepto del anterior RP se evitaba también la referencia al rechazo global al tratamiento, se incluía no obstante el de cualquier método de tratamiento. El art. 112.3 RP vigente se limita a

²⁰ Francisco BUENO ARÚS, “Notas sobre la Ley General Penitenciaria” en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, 1978, págs. 115-116.

²¹ MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pág.268.

²² La práctica en realidad es muy otra, pues, como pone de manifiesto Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la renuncia explícita al tratamiento o el incumplimiento deliberado de los métodos del tratamiento tienen efectos en el régimen penitenciario y en las posibilidades de libertad del interno (*Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 318).

hacer referencia únicamente al rechazo o no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad. Y es que, como atinadamente considera TAMARIT, ello sigue siendo coherente con la concepción idealista plasmada en la Ley, que pone tal énfasis en el tratamiento que efectúa una ordenación del régimen penitenciario a partir de la clasificación en grados (operación vinculada absolutamente al tratamiento), sin plantearse la posibilidad de que exista algún interno que no sea objeto de tratamiento²³.

Más claro todavía en la línea del reconocimiento de la voluntariedad del tratamiento resulta el artículo 117.5 RP al establecer que “la participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión”. No obstante este precepto se refiere únicamente a las medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado.

Este repaso por el ordenamiento penitenciario español, cuajado al mismo tiempo de avances y retrocesos, evidencia su falta de claridad respecto de la voluntariedad del tratamiento. Como apunta Laura ZÚÑIGA los legisladores han regulado lo que en la práctica venía sucediendo: “una clara influencia del sistema disciplinario y las actividades regimentales, en la evolución o regresión en el grado del tratamiento o, dicho de otra manera, la renuncia explícita al tratamiento o el incumplimiento deliberado de los métodos del tratamiento tienen efectos en el régimen penitenciario y en las posibilidades de libertad del recluso”²⁴.

En conclusión, a pesar de las ambigüedades, reticencias y faltas de claridad se puede atisbar en el ordenamiento penitenciario español un pronunciamiento a favor de la no imposición del tratamiento, por lo que no puede ser contemplado como un deber del interno, sino como un derecho suyo que la Administración penitenciaria ha de proporcionar y fomentar. Como ya se ha expresado, ello no impide la presencia de algunas manifestaciones contrarias a la voluntariedad del tratamiento. Con todo queda claro que del rechazo del tratamiento no pueden deducirse consecuencias perjudiciales o desfavorables para el interno tanto en lo referente al ámbito disciplinario y regimental como a la regresión de grado. La única excepción clara a esta voluntariedad vendría determinada por la enseñanza obligatoria, común a todos los ciudadanos, pues según el art. 122.2 RP los cursos que deberá realizar el interno “tendrán carácter obligatorio sólo cuando los internos carezcan de los conocimientos propios de la formación de las enseñanzas básicas”. Aunque, como señala RACIONERO “es muy difícil de asumir –y aceptar en sede judicial– que la infracción de este deber educativo pueda tener como consecuencia una sanción”²⁵.

Mayores problemas presenta la existencia de coacciones indirectas que pueden suponer la pérdida o el disfrute por parte del interno de determinadas ventajas o beneficios si se deciden a optar por rechazar el tratamiento. Aunque no se deriven de ello sanciones disciplinarias, de hecho existen consecuencias y efectos por

²³ TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 259.

²⁴ Laura ZÚÑIGA, *Manual de Derecho penitenciario*, cit., pág. 318.

²⁵ Francisco RACIONERO, *Derecho penitenciario y privación de libertad*, cit., pág. 245.

la no participación en el tratamiento. En este punto el ordenamiento penitenciario español se pronuncia en principio de forma distinta respecto al rechazo del tratamiento en relación con la clasificación y el acceso a los beneficios penitenciarios. Si del rechazo o la no aceptación del tratamiento, aunque no hubiera lugar a la imposición de sanciones, el interno pudiera verse efectivamente privado del derecho a progresar en grado o a acceder a los beneficios penitenciarios habría que concluir que el tratamiento no es tan voluntario como la propia legislación parece expresar²⁶.

4. VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO Y CLASIFICACIÓN.

“Las penas privativas de libertad, según dispone el artículo 72.1 LOGP, se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados”. Este sistema de ejecución de las penas privativas de libertad constituye una modalidad del sistema progresivo basado en el tratamiento penitenciario y la clasificación en grados, pero se caracteriza por su flexibilidad toda vez que permite al penado ser clasificado en cualquiera de los grados previstos en la ley, excepto en el último de la libertad condicional –y en el tercero con algunas restricciones–, sin necesidad de tener que pasar por todos y cada uno de ellos y permanecer un mínimo o un máximo de tiempo en cada uno. En función de la evolución de la personalidad del interno y de sus avances o retrocesos en el tratamiento prescrito se producirán procesos de progresión o regresión en el sistema. Por otro lado, de acuerdo con cada uno de los grados de tratamiento en que el interno sea clasificado será destinado al establecimiento determinado que corresponda según al primero, segundo o tercer grado con un particular régimen de vida en cuanto a salidas, comunicaciones, horas de patio o permisos en los términos establecidos en el RP.

El sistema de individualización científica y la clasificación en grados están sujetos al principio de revisión periódica, pues según el art. 72.4 LOGP “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. Por eso, aparte de la clasificación que inicialmente corresponda al interno, el artículo 65.4 LOGP, reproducido a la vez por el artículo 105.1 RP, establece que “cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para considerar su anterior clasificación...”, salvo para la modalidad de primer grado que será cada tres meses (art. 98.2 RP). Estas ulteriores clasificaciones van a depender ya directamente de la evolución del interno en el tratamiento y así dispone el art. 65.1 LOGP que esta evolución “determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 65 LOGP para la evolución en el tratamiento y lo dispuesto en el artículo 63 para la clasificación inicial el proce-

²⁶ Vicenta CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho penitenciario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 223.

so clasificador debe tener su principal asiento en la personalidad del interno, es decir, en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actividades del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad²⁷. Si, como señala MANZANARES, la clasificación se hace –en palabras del propio artículo 63– “para la individualización del tratamiento”, y si este se dirige a la reeducación y reinserción social del penado, pretendiendo que sea una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades (art. 59, 1 y 2 LOGP), ha de concluirse que lo que realmente interesa es la personalidad del reo. Todo lo demás solo servirá –al menos en principio– como síntomas o medios de conocimiento de dicha personalidad. Cuando el artículo 63 sitúa junto a la personalidad el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, olvida que, en buena técnica, esos últimos factores solo deben contar en tanto nos permitan conocer la personalidad del penado, y más exactamente el aspecto de la misma que conecta con el comportamiento criminal. El artículo 65.2 LOGP –reproducido esencialmente por el art. 106.2 RP– lo entiende de esa forma al disponer que “la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva”, añadiendo que la modificación, “se manifestará en la conducta global del interno”. Dicha conducta juega en la progresión en grado el mismo papel sintomático o medial que en la clasificación inicial, que comienza precisamente con “la adecuada observación de cada penado” (art. 63 LOGP)²⁸.

El artículo 65.3 LOGP, que es objeto de ulterior desarrollo por el art. 106.3 RP, mantiene igual criterio, aunque con otras palabras, para la regresión de grado, pues esta procederá “cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad”. También la formulación general en cuanto a nuevas clasificaciones –artículo 65.1 LOGP– se mantiene en esa línea, por cuanto dependen de “la evolución en el tratamiento”, lo que nos reconduce, fundamentalmente, a la evolución de la personalidad²⁹.

En opinión de MANZANARES SAMANIEGO el texto del artículo 63 LOGP merece severas críticas, por cuanto su tenor literal ni se ajusta a las coordinadas del sistema de individualización científica, en el que la clasificación se inserta, ni responde a las previsiones del artículo 65 sobre progresiones y regresiones de grado. Con todo, estima que precisamente el carácter previo o instrumental que tiene la clasificación respecto al tratamiento, la naturaleza y posición que este ocupa en todo nuestro ordenamiento penitenciario y el examen conjunto de este artículo 63 con el 65 permiten una satisfactoria interpretación correctora del primero de ellos³⁰.

Es evidente que esta vinculación entre tratamiento y clasificación puede suponer una restricción importante para el interno dejando en entredicho la voluntariedad del tratamiento en el sentido de que si no acepta someterse a él

²⁷ Véase TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 260.

²⁸ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol.2º, cit., págs. 952-953.

²⁹ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios...*, cit., págs. 953.

³⁰ MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios...*, cit., pág. 952.

va a quedar al margen de los beneficios que suponga la progresión en grado. Pero a este respecto tanto el art. 239 del anterior RP³¹ como el art. 112 del vigente han contribuido a desvincular progresivamente tratamiento y clasificación³². En este sentido el art. 112.3 RP 1996 establece 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”. Es decir, que el rechazo o la no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, aparte de no dar lugar a consecuencias disciplinares ni regimentales, no supondrá tampoco regresión alguna de grado. Pero ¿podrá privar al interno de la progresión en grado? En modo alguno. El apartado 4 de este mismo artículo del RP añade a continuación 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”. Y a mayor abundamiento el art. 106.4 RP, referente tanto a la progresión como a la regresión de grado, establece que “cuando el interno no participe en un 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”. Queda claro, pues, que el tratamiento es tan solo un mero instrumento, y no el único, para estudiar la personalidad del interno que constituye la base de su clasificación. Para llevar a cabo esta es posible, pues, acudir a otros medios legítimos distintos de las técnicas, métodos y actividades propios del tratamiento, como son la observación directa y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos, así como el uso de los datos documentales existentes.

Ello es lógico porque en otro caso la ejecución de la pena al margen de la clasificación con la consiguiente exclusión de las consecuencias positivas que conlleva (permisos, comunicaciones, etc.) quedaría convertida en pura retención con olvido de la exigencia de la orientación de la pena a la reeducación y reinserción y la voluntariedad del tratamiento quedaría seriamente constreñida privando al interno del derecho que tiene, si se dan las condiciones para ello, a ser progresado en grado aunque rechace o no acepte el tratamiento³³.

En conclusión, la no participación del interno en el tratamiento, ya sea por no estar indicado o por no haberlo aceptado, no solo no permite efectos o consecuencias negativas para el interno como las sanciones de carácter disciplinario o la regresión de grado sino que ni siquiera le priva del derecho a la progresión en grado con todas las ventajas o beneficios que ella conlleva. En definitiva, ni

³¹ El artículo 239.3 RP de 1981 establecía que “el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinares, regimentales ni de regresión de grado. La clasificación se realizará, en estos casos, en último término mediante observación directa del comportamiento y utilización de los datos documentales existentes”.

³² Véase TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., págs. 259.260.

³³ Véase JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 152.

excluye al penado del sistema de clasificación ni exige a la Administración del deber de la programación individual ni redefinición del programa³⁴. Todos los estudios que hayan de hacerse –a efectos de clasificación, regresión y progresión, permisos, libertad condicional, etc.– se realizarán mediante observación directa de su comportamiento, informes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con él, sobre los documentos que obren en su expediente o por cualquier otro medio legítimo³⁵.

5. VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO Y BENEFICIOS PENITENCIARIOS.³⁶

Nada se dice, en cambio, ni en la LOGP ni en el RP respecto del rechazo o no aceptación del tratamiento en relación con el acceso a los beneficios penitenciarios en los que desempeñan un papel importante las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción, es decir, el tratamiento. Pero, como se verá después, es dudoso que el rechazo del tratamiento por parte del interno o su no participación en él por no estar indicado pueda impedir su acceso a los beneficios penitenciarios. Si fuera así, la pena se convertiría en mera retención o custodia, dejando de estar orientada al fin de la reeducación y reinserción social, y en el supuesto de que fuera el mismo interno quien no aceptara someterse al tratamiento este aparecería como algo impuesto para poder salir antes en libertad³⁷. Con buen criterio B. MAPELLI rechaza esta conclusión ya que la ejecución de la pena también se halla afectada por el mandato constitucional de la resocialización respecto a los no sometidos a tratamiento y no dejaría de ser absurdo y carecería de justificación privar de beneficios penitenciarios por el hecho de no necesitar ningún tipo de terapia. En el ámbito penitenciario, donde existe una situación de no libertad, cualquier beneficio no recibido tiene la misma naturaleza que una pena³⁸. En sentido parecido se pronuncia C. JUANATEY al considerar que el mero hecho de rechazar el tratamiento impida ya la concesión de posibles beneficios penitenciarios y todavía lo es mucho más que se condicione, en abstracto y con carácter general, la concesión de beneficios a que el interno se someta a determinados programas de tratamiento. En su opinión “la Ley, en este punto, debería introducir ciertos matices a efectos de no limitar la concepción de la “voluntariedad” del tratamiento a tan estrecho margen”³⁹.

³⁴ Véase Luis FERNÁNDEZ ARÉVALO y Javier NISTAL BURÓN, *Manual de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., cit., pág. 560.

³⁵ Véase RACIONERO, *Derecho Penitenciario...*, cit., pág. 246.

³⁶ Véase Manuel GALLEGO DÍAZ, “Los beneficios penitenciarios y el tratamiento”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXIV, 2011, págs. 253-292.

³⁷ Véase Julio FERNÁNDEZ GARCÍA., en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 379. En buenos principios, sostiene MANZANARES SAMANIEGO, 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*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pág. 46).

³⁸ MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., págs. 267-268.

³⁹ C. JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho penitenciario*, cit., pág. 152.

Al radicar su razón de ser en la orientación de la pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social según el mandato constitucional (art. 25.2 CE), los beneficios penitenciarios se asientan formalmente sobre la consideración del aprovechamiento del tratamiento penitenciario del interno y sobre una prognosis favorable acerca de sus posibilidades de llevar una vida en libertad respetuosa con la ley vinculándose su concesión, en consecuencia, a una actitud positiva del interno al tratamiento manifestada en una evolución favorable de su personalidad⁴⁰. En este sentido el artículo 203 RP establece 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”. Y consiguientemente el artículo 204 RP dispone que “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”. En definitiva, como considera Mercedes GARCÍA ARÁN⁴¹, se trata de entender los beneficios, en coherencia con la declaración del artículo 25.2 CE, como casos de renuncia a la retribución o a la prevención general frente a criterios de prevención especial por entenderse que la aplicación de la pena en toda su extensión no es necesaria por aconsejarlo así la evolución favorable del recluso, o bien, calificarlos como medidas realistas adoptadas por simples razones de utilidad práctica para el mejor funcionamiento del aparato penitenciario. Ha de observarse que la solicitud del indulto particular del artículo 206 RP, en cuanto beneficio penitenciario, participa también de este planteamiento de no necesidad del cumplimiento del resto de la pena por razones de prevención especial, aunque ello no se aviene bien con el fundamento del indulto que radica en razones de utilidad política o en consideraciones de injusticia de la pena impuesta⁴².

De acuerdo con este planteamiento resulta evidente que los beneficios penitenciarios tienen que estar vinculados de alguna manera al tratamiento penitenciario, pues, según el artículo 59 LOGP, este “consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados”. En este punto es clara la diferencia respecto a la antigua redención de penas por el trabajo. Ya, en general, en la progresión y regresión de grado, propios del régimen de individualización científica, se tiene en cuenta la evolución del penado 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”. Y más en concreto, para la con-

⁴⁰ Véase Mercedes GARCÍA ARÁN, “Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, núm. 1, págs. 110-112 y 119.

⁴¹ Mercedes GARCÍA ARÁN, “Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida”, cit., págs. 110-111 y 118-119.

⁴² Véase Heriberto ASENCIO CANTISÁN, “La redención de penas por el trabajo: su desaparición y sustitución”, en *Papers d'Estudis i Formació*, núm. especial (abril 1987), pág. 90.

cesión 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 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. Por su parte, el adelantamiento cualificado o extraordinario previsto en el apartado 2 del artículo 91 CP requiere que “el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”. Y el artículo 206 RP, para la solicitud del indulto particular, además de la buena conducta y el desempeño de una actividad laboral normal, en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad, exige también la participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

Así, pues, aunque entre los requisitos para la concesión de los beneficios penitenciarios figure la buena conducta, priman las ideas de reeducación y reinserción social, ya que el núcleo de las exigencias viene determinado en función de los ideales resocializadores por la colaboración en tareas de esta naturaleza o la participación en alguna actividad tratamental que posibilite un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁴³. Este condicionamiento a la participación en actividades de reeducación y reinserción social en la concesión de beneficios penitenciarios plantea necesariamente las cuestiones de la voluntariedad o no necesidad del tratamiento, por un lado, o las mismas carencias o limitaciones del tratamiento, por otro, pues en estos casos a quien rechazara el tratamiento o no estuviera sometido al mismo por no estar indicado o por inexistencia del mismo en el centro penitenciario no se le podría reducir el tiempo efectivo de condena y llegaría a cumplir más tiempo de condena que aquel otro que hubiera participado en actividades de tratamiento.

Como ya se ha indicado, el tratamiento y las actividades que comporta han de ser en principio voluntarios y, en consecuencia, el interno puede rechazarlos válidamente. Es decir, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, lo cual exige que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse ventajas ni consecuencias desfavorables para el penado en la ejecución de la pena. Sin embargo, como también ha quedado establecido, el ordenamiento penitenciario español dista mucho de ser claro a este respecto. Y, en concreto, el artículo 112.3 y 4 RP nada determina expresamente respecto del acceso a los beneficios penitenciarios. Pero con independencia de ello, la realidad penitenciaria, según indican RODRÍGUEZ ALONSO y RODRÍGUEZ AVILÉS, nos muestra que la mayoría de los internos ni aceptan voluntariamente el tratamiento ni lo rechazan abiertamente; simplemente pasan de él, entendiéndolo, desde un punto de vista utilitarista,

⁴³ Véase José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Individualización científica y libertad condicional*, cit., págs. 445-446; Julio FERNÁNDEZ GARCÍA, en *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., pág. 379. La Instrucción 3/2004, de 29 de diciembre de la DGIP sobre sistema de evaluación e incentivación de las actividades de los internos declara que “la participación en Programas de Tratamiento y Actividades que lo componen alcanza gran trascendencia, por imperativo legal, para la obtención de beneficios penitenciarios”.

como acatamiento y sumisión a las normas regimentales, esperando alcanzar todas las ventajas posibles en lo referente a la progresión en grado, los permisos de salida, la libertad condicional o los beneficios penitenciarios⁴⁴.

El peligro que surge de todas estas situaciones es que en la práctica la ejecución de la pena de prisión discurra por otras vías ajenas a la reinserción social del penado, pues los elementos valorativos para clasificar a un interno, por una parte, y otorgarle la libertad condicional y los beneficios penitenciarios, por otra, en buena medida quedan satisfechos con la mera observancia de una buena conducta penitenciaria, a pesar de que los artículos 90.1 CP y 205 RP exijan también respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por desgracia, el sistema de individualización científica sigue siendo en buena medida bastante premial y poco objetivo. La referencia a la buena conducta, por ejemplo, incluye un ingrediente ajeno a este sistema⁴⁵, 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 “prisionizado”, al que asume la cultura carcelaria, al tiempo que se utiliza la libertad condicional y los beneficios penitenciarios como elementos pacificadores y de gobernabilidad en el interior de los centros penitenciarios. En la misma línea premial se pronuncia el RP al incluir los beneficios penitenciarios entre los incentivos a la participación en las actividades de tratamiento⁴⁶. Pero, como ya ha sido indicado, 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 y la realización de determinadas actividades, sino también, y sobre todo, su evolución desde la perspectiva de la reeducación y reinserción social atendiendo a una evaluación seria y científica de su futura trayectoria de conducta⁴⁷.

Por otra parte, como ya se ha visto, tampoco las legislaciones penal y penitenciaria se refieren, entre sus requisitos, específicamente al tratamiento a los efectos de la concesión de los beneficios penitenciarios refiriéndose a actividades de reeducación y reinserción social en general. A estas actividades de carácter laboral, cultural u ocupacional se refieren también los Capítulos III, IV y V del Título V del RP, dedicado al tratamiento hasta el punto de disponer el propio artículo 153.2 RP que “los reclusos que desarrollen trabajos ocupacionales podrán

⁴⁴ Antonio RODRÍGUEZ ALONSO y Juan Antonio RODRÍGUEZ AVILÉS, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 4ª ed., Comares, Granada, 2011, pág. 260.

⁴⁵ Véase J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *Individualización científica y libertad condicional*, cit., pág. 45.

⁴⁶ “El seguimiento con aprovechamiento de las actividades educativas y formativas y, en general, de todas a las que se refiere el artículo anterior se estimularán mediante los beneficios penitenciarios y recompensas que procedan” (art. 119.1 RP).

⁴⁷ Véase Heriberto ASECIO CANTISÁN, “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 al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pág. 534).

recibir incentivos, recompensas o beneficios penitenciarios por la realización de su trabajo”. Es solo en el adelantamiento extraordinario o cualificado de la libertad condicional donde se exige expresamente “la participación efectiva y favorable en programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso” alternativamente a la participación en programas de reparación a las víctimas (art. 91.2 CP), requisito que, como recuerda B. MAPELLI, puede ocasionar agravios comparativos injustificables cuando tales programas no existen en el centro o cuando no sean necesarios por tratarse de un delito sin víctima y ajeno a las drogas⁴⁸.

Salvo en este supuesto de adelantamiento extraordinario de la libertad condicional –y solo en parte, ya que se ofrece la alternativa de la participación en programas de reparación a las víctimas– para el acceso a los beneficios penitenciarios bastaría, pues, además de la observancia de la buena conducta, con la participación en las distintas actividades –laborales, culturales u ocupacionales– que se oferten en el centro en que se encuentre internado el penado sin necesidad de que estén integradas en un programa individualizado de tratamiento aceptado por el recluso⁴⁹. En este sentido el artículo 131.1 RP establece que “se programarán las actividades culturales, deportivas y de apoyo más adecuadas para conseguir el desarrollo integral de los internos” pudiendo estos incluso proponer las que deseen realizar, actividades que se destinarán al mayor número posible de internos (apartados 2 y 3 del mismo precepto). No obstante, a pesar de lo dispuesto en este artículo, estas actividades, cuya oferta varía mucho de unos centros a otros, pueden ser sumamente reducidas en algunos de ellos y con frecuencia quedan paralizadas o interrumpidas en determinados periodos del año.

Además se ha de tener en cuenta que estas mismas actividades pueden tener incluso la condición de regimentales, pues, según dispone el artículo 24 LOGP, en su párrafo primero, con la finalidad de tratar de evitar la ociosidad de los internos, “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. Todas estas actividades, al margen de si forman parte o no de un programa individualizado de tratamiento, constituyen un instrumento para poder emitir un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social. A estos efectos el artículo 131.5 RP dispone que “se formará una cartilla donde figurarán todas las actuaciones formativas, laborales, socioculturales y deportivas que hayan realizado los internos”.

Sólo en relación con determinados delitos sería necesario para poder acceder a los beneficios penitenciarios la participación en determinados programas específicos de tratamiento, pues únicamente una actuación especializada, realizada con éxito y aprovechamiento, podría incidir en la etiología del delito y en la reinserción social del interno, como es el caso de los drogodependientes o delincuentes sexuales. Únicamente en estos casos estaría justificada la denegación del acceso a los beneficios penitenciarios por no participación en un programa individua-

⁴⁸ MAPELLI, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., cit., pág. 200.

⁴⁹ Véase C. JUANATEY DORADO, *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., págs. 129-130.

lizado de tratamiento, pues sin esa actuación especializada sería imposible poder valorar la evolución positiva del interno en la línea de su reinserción social. En este sentido el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga de 17 de febrero de 2009 desestimó la pretensión de tramitación del indulto, por no participación en programas de reeducación y reinserción social en delito contra la salud pública⁵⁰.

Pero, como ya ha sido indicado, lo decisivo desde el punto de vista de la prevención especial en la que se asientan los beneficios penitenciarios es la evolución efectiva del interno en la línea de la reeducación y reinserción social, es decir, los resultados del tratamiento –o, mejor dicho, de las actividades de reeducación y reinserción social en sentido amplio– en orden a poder formular un pronóstico individualizado y favorable respecto del futuro comportamiento del sujeto en libertad. Si no se tiene en cuenta esta evolución positiva los beneficios penitenciarios perderían su razón de ser y se estarían asimilando sin más a las recompensas que tienen más que ver con el régimen y el buen orden dentro del centro que con la resocialización. Además, como sostiene MANZANARES, solo habrá verdadera voluntariedad cuando los beneficios previstos se obtengan en consideración a la evolución y avance obtenidos en el proceso resocializador, como consecuencia de la aplicación del tratamiento, no cuando las ventajas provengan sin más de la propia participación en el mismo⁵¹.

Estas actividades de reeducación y reinserción, aunque formalmente puedan constituir actividades de régimen y no formen parte de ningún programa individualizado de tratamiento, pueden operar también como un instrumento que permita emitir un pronóstico favorable e individualizado de reinserción social.

A través de esta vía debería quedar abierto el acceso a los beneficios penitenciarios para aquellos internos que no estén sometidos a ningún tratamiento, bien porque no venga indicado o no haya necesidad de él, bien porque se haya concluido o bien porque el interno no haya aceptado someterse a él, ya que en estos casos su no disfrute les colocaría en peor posición pese a no venir ya indicada por razones de prevención especial la continuación del cumplimiento de la pena o del internamiento en un centro penitenciario. En todo caso sería deseable que el artículo 112.3 RP se refiriera expresamente a que el rechazo del tratamiento no debería carecer solo de consecuencias disciplinarias, regimentales o de regresión de grado, sino también de consecuencias respecto del acceso a los beneficios penitenciarios dejando así también abierta la puerta a la aplicación de su apartado 4 en estos supuestos: “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”.

⁵⁰ “En cuanto a la situación penitenciaria –se dice en el Auto–, de la información obrante en autos se infiere que, efectivamente, el interno ha colaborado, de manera destacada, en determinados puestos de trabajo productivo y actividades auxiliares del departamento con informe favorable de los encargados del departamento, sin embargo, no consta en autos que el interno haya participado, con éxito y provecho, en las concretas actividades de reeducación y reinserción social programadas para los delitos contra la salud pública cometidos que, por las razones expuestas en el epígrafe anterior, han de ser consideradas prioritarias”.

⁵¹ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *Individualización científica y libertad condicional*, cit., págs. 135-136.

6. CONCLUSIÓN FINAL: UNA VOLUNTARIEDAD IMPERFECTA.

Aunque el artículo 62 LOGP no incluya la voluntariedad entre los principios que inspiran el tratamiento, a lo largo de la Ley –y más aún del Reglamento Penitenciario– se abre paso la idea de que el tratamiento no puede serle impuesto al interno de modo coactivo. A pesar de las contradicciones, dudas y falta de claridad que sobre este punto manifiesta el ordenamiento penitenciario español el tratamiento en modo alguno constituye un deber del interno que necesariamente este tenga que acatar, sino que más bien se limita a un ofrecimiento de la Administración penitenciaria que el penado necesariamente tendrá que aceptar o rechazar de forma voluntaria. En consecuencia, corresponde a la Administración penitenciaria fomentar e impulsar en el interno el tratamiento y las actividades que comporta, de modo que se genere en él una actitud favorable que le permita colaborar y participar en su planificación y ejecución. El Título III LOGP, dedicado por entero al tratamiento, insiste en este fomento y estímulo de la colaboración voluntaria por parte del penado. Y en esa misma línea el RP de 1996 ha ido aún más allá al considerar como derecho de los internos “el derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo” (art. 4.2 d) RP) y cuya participación en ellos puede ser revocada por decisión voluntaria del interno (art. 117.5 RP). En definitiva, el tratamiento constituye tan sólo un medio o instrumento ofrecido al interno por las instituciones penitenciarias para ir avanzando por la vía de su reinserción social configurándose como un derecho del interno cuya colaboración han de fomentar las instituciones penitenciarias (arts. 4.2 y 61 LOGP y 112 RP). En este sentido el tratamiento ha de ser aceptado y consentido por el interno, sin que de su aceptación o rechazo, por otro lado, pueda seguirse ventaja ni consecuencia alguna desfavorable⁵².

Este es también el planteamiento mayoritario de la doctrina. En ese sentido MUÑOZ CONDE considera que el tratamiento “es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente”, de manera que el deber de someterse a tratamiento implicaría “una especie de manipulación de las personas, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores”⁵³. Como consideran RORÍGUEZ ALONSO Y RODRÍGUEZ AVILÉS, el tratamiento deja de ser una exigencia impuesta por la Administración para convertirse en un interés personal que el penado podrá o no aceptar, pero siempre de forma voluntaria, y sin que por ello se deriven para él, en caso de rechazo, consecuencias disciplinarias⁵⁴. Basta para afirmar la voluntariedad del tratamiento, argumenta TAMARIT, con acudir a la naturaleza de derecho que tiene el principio de resocialización reconocido en el art. 25-2 CE, enten-

⁵² Véase Borja MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pág. 267.

⁵³ F. MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., págs.102. En la misma línea se pronuncia Antonio GARCÍA-PABLOS, “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XXXII (1979), pág. 683.

⁵⁴ Antonio RODRÍGUEZ ALONSO y José Antonio RODRÍGUEZ AVILÉS, *Lecciones de Derecho penitenciario*, cit., págs. 255-256.

dido como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10-1 CE), que convierte en inconstitucional la posibilidad de un tratamiento coactivo⁵⁵.

La voluntariedad del tratamiento exige que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse ventajas ni consecuencias desfavorables para el penado en la ejecución de la pena. En este sentido el ordenamiento penitenciario español, aparte de reconocer la revocación por decisión voluntaria del interno en la participación del programa de tratamiento (art. 117.5 RP), dispone que de su rechazo o no aceptación por el penado no se siguen consecuencias perjudiciales o negativas para él, ya se trate de sanciones disciplinarias, de restricciones regimentales o de regresión de grado (arts. 112.3 RP), así como que tampoco se impide la progresión en grado (art. 106.4 RP). En cambio, nada se dice expresamente sobre otras consecuencias favorables o positivas que pudieran seguirse para el penado de la participación o colaboración en el tratamiento en cuyo caso el acceso o disfrute de las mismas pudieran considerarse como constricciones al tratamiento que lógicamente vendrían a poner en duda la auténtica voluntariedad del mismo. Este sería el caso del acceso a los beneficios penitenciarios, institución que indudablemente se encuentra vinculada al tratamiento. Pero, como se ha puesto de manifiesto, no hay razones tampoco para negar su concesión o disfrute al margen de un programa individualizado de tratamiento, ya que, por una parte, las actividades de reeducación y reinserción que se requieren (laborales, culturales u ocupacionales) no necesariamente tienen que formar parte de un programa de ese tipo y, de otra, porque en todo caso, de acuerdo con una interpretación teleológica que atienda a la razón de ser de la institución, no basta la mera participación en dichas actividades, sino que en todo caso ha de poder constatar en el penado una evolución favorable en la línea de su reinserción social.

La única excepción clara o explícita a la voluntariedad del tratamiento viene determinada por la educación obligatoria (art. 122.2 RP), común a todos los ciudadanos, pero “sólo cuando los internos carezcan de los conocimientos propios de la formación de las enseñanzas básicas”, lo que, como indica CERVELLÓ, no ha de entenderse como una concesión al empleo de medios coactivos para conseguir dicho propósito, sino a la motivación y al estímulo para la participación del interno⁵⁶.

Quedan, no obstante, algunas manifestaciones que pueden hacer surgir dudas sobre la auténtica voluntariedad del tratamiento. A este respecto cabe referirse, por ejemplo, a la restricción de las comunicaciones por razones, entre otras, “de interés del tratamiento” (art. 51.2 LOGP) o al deber de los internos a “participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación en libertad” (art. 5.2 g) RP), que constituyen actividades del tratamiento prescrito al interno. Su incumplimiento no está sancionado disciplinariamente, pero la no participación en el tratamiento puede tener de hecho efectos negativos en la medida en que conlleve la dificultad o imposibilidad de progresar en grado o acceder a los beneficios penitenciarios⁵⁷. Como señala el RACIONERO, en la práctica de las Juntas de Tratamiento no es, en absoluto,

⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, *Curso de Derecho penitenciario*, cit., pág. 260.

⁵⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho penitenciario*, cit., pág. 223.

⁵⁷ Véase Julián Carlos RÍOS MARTÍN, en Francisco BUENO ARÚS (coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, Colex, Madrid, 2005, hay 2ª edición, págs. 488-489.

infrecuente la invocación de la “variable” –no incluida, desde luego, en ningún texto– de “no participa en actividades de tratamiento”, como un desvalor en trance de proposición de permisos de salida, libertad condicional, cumplimiento en centro extrapenitenciario, etc.⁵⁸.

En la medida en que algunas manifestaciones constriñen, o por lo menos matizan intensamente o ponen en duda, el carácter estrictamente voluntario del tratamiento, ha podido hablarse de una voluntariedad limitada⁵⁹ o de un sistema de cuasiobligatoriedad⁶⁰, aunque más propiamente habría que hablar de una voluntariedad imperfecta. De hecho la voluntariedad no puede ser perfecta en tanto las actividades de régimen o la buena conducta puedan repercutir en los permisos de salida o en las comunicaciones, que forman parte del tratamiento, así como en los beneficios penitenciarios⁶¹. La práctica de atender a la buena conducta desligada de la evolución favorable del interno en la línea de su resocialización lleva consigo indirectamente la no voluntariedad del tratamiento al suponer una coacción indirecta. No obstante –considera MANZANARES– la voluntariedad del tratamiento es compatible con la organización de aquellas actividades que se orienten a facilitar –dentro del marco normativo– la reeducación y reinserción social, pero ello a condición de que la participación misma en dichas actividades no suponga como inmediata moneda de cambio una mejora regimental o un acortamiento o vaciado de la pena. Cosa muy distinta es que con la aceleración de la progresión, sobre la base real de la evolución positiva de la personalidad, se obtengan las naturales ventajas regimentales o se desemboque en la libertad condicional⁶².

Como señala Laura ZÚÑIGA, en la práctica la voluntariedad del tratamiento tiene poca vigencia. Quizás porque la cárcel no puede dejar de ser lo que es: un lugar de disciplinamiento, donde el control y la seguridad interna son difíciles de mantener. Quizás porque no hay otra manera de fomentar la participación de los penados en el tratamiento, que con el refuerzo premio-castigo. Lo cierto es que los límites del fin de resocialización y de la centralidad del tratamiento se observan precisamente en este tema, en la difícil salida a la disyuntiva régimen (disciplina) *versus* tratamiento (voluntariedad)⁶³.

En esta línea el ordenamiento penitenciario español ha venido a aumentar la confusión o ambigüedad existente en algunas manifestaciones de la distinción y relación entre régimen y tratamiento. Al haber incorporado el RP 1996 un concepto de tratamiento distinto –más amplio y formativo– del que profesa la LOGP y, en consecuencia, una mayor difusión y porosidad entre régimen y tratamiento, las actividades de régimen pueden tener al mismo tiempo la consideración de actividades de tratamiento y lo que en principio tendría que ser un derecho constituye al mismo tiempo un deber del interno. Así, por ejemplo, según el artículo 4.2 i) RP es un derecho del interno participar en las actividades del centro, mientras que según el art. 5.2 es también un deber participar en las actividades formativas,

⁵⁸ Francisco RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., pág. 246.

⁵⁹ JUANATEY DORADO, *Derecho penitenciario*, cit., págs. 129-130.

⁶⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho penitenciario*, cit., págs. 318-319.

⁶¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *ob.cit.*, pág. 349.

⁶² MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2º, cit., pág. 938.

⁶³ Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, en *Manual de Derecho penitenciario*, cit., pág. 318.

educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad. Se trata evidentemente de actividades de régimen, por un lado, y de actividades propias del tratamiento, por otro. Pero luego resulta además que ambas, según el RP, forman parte del tratamiento. “No defiendo –considera RACIONERO– que la abstención del interno o su pasividad ante las ofertas de formación y tratamiento que se le puedan hacer sean un elemento positivo; lo que afirmo es que la calificación de esta actividad o conjunto de actividades penitenciarias como voluntarias es sólo una declaración formal que no se corresponde plenamente con la realidad o se corresponde solo en el sentido de que aquella abstención o pasividad no pueden ser objeto de sanción disciplinaria”⁶⁴.

⁶⁴ F. RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., pág. 246.

César Herrero Herrero

Doctor en Derecho, Graduado Superior en Criminología,
Licenciado en Ciencias Policiales y de Seguridad,
Facultativo Jurista del Ministerio del Interior (Jubilado),
Profesor de Derecho Penal y Criminología.

Derecho Penitenciario recuperador y Criminología clínica, demanda lógica del Estado Social y Democrático de Derecho (*)

() En homenaje al Profesor y Alto Funcionario del Estado,
Francisco BUENO ARÚS, recientemente fallecido, con quien muchas cosas
compartí, siendo la primera la amistad.*

I. INTRODUCCIÓN.

Partimos, desde luego, en el presente estudio, de que hemos de entender por **Derecho Penitenciario**: *El conjunto sistemático de normas jurídicas, destinadas a regular el cumplimiento o ejecución de las penas (o, en su caso, medidas de seguridad), sobre todo las referentes a las de privación de libertad, por parte del condenado a las mismas, e impuestas en virtud de sentencia legítima.*¹ Es decir, que, con respecto al Derecho Penitenciario, estamos moviéndonos en el campo del “*deber ser*”, de contenidos de conocimiento que, a su vez, tienen que ser cumplimentados, imperativamente, por parte de sus destinatarios.

Que el concepto de **Criminología Clínica** lo definimos como: *Conjunto de conocimientos científicos multidisciplinarios, unificados por una orientación común: la de ser aplicados al delincuente individual, con el fin de indagar, con método gnoseológicamente riguroso, el origen y constancia de su comportamiento criminal, haciendo posible, con ello, la programación bien fundada y el*

¹ Sobre el concepto de Derecho Penitenciario puede verse C. GARCÍA VALDÉS: “*Derecho penitenciario español. Notas sistemáticas*”, en Vol. Col. “*Lecciones de Derecho Penitenciario*”, Edic. de Universidad de Alcalá de Henares, 1985, pp. 31 y ss. O del mismo autor: “*Derecho Penitenciario*”, en su obra: “*Escritos (1982-1989)*”, Edic. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 9 y ss.

*ofrecimiento, en su caso, de un tratamiento personalizado, destinado a su rehabilitación y reinserción social.*²

Y no hace falta decir que la Criminología Clínica, como cualquier otra rama criminológica, accede, de forma muy prevalente, a esos conocimientos a través de metodología empírica. Por tanto, situándose dentro del campo *del ser, de cómo es* (no como debiera ser) la realidad sometida a estudio.

¿Por qué tratamos de relacionar entonces, aquí, dicha rama del Derecho Penal con la Criminología Clínica, ciencia empírica y, por lo mismo, en plano distinto a la ciencia normativa, correspondiente al Derecho? ¿Es que no puede llevarse a cabo la precitada ejecución penal sin acudir a la Criminología? Concretamente, ¿a la Criminología Clínica? Es obvio que sí. Desafortunadamente, de hecho así suele hacerse. Además, de forma muy generalizada. Pero digamos, también, que ello no es algo lógico desde los postulados de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho. Como, precisamente, son en teoría, “*ex iuridica Constitutione*”, una gran parte de los Estados democráticos de Occidente. Aunque luego veremos por qué éstos, a la hora de la práctica, han venido desviándose, en este extremo, de su pretendido objetivo (o propósito) primigenio: la verdadera resocialización del delincuente por medio, sobre todo, del Tratamiento penitenciario. Éste, con las características que pronto apuntaremos.

Para esclarecer lo que acabamos de afirmar, vamos a desarrollar los siguientes apartados:

– *Los auténticos postulados inspiradores del Estado Social y Democrático de Derecho. Su natural proyección en el tratamiento de las personas penalmente transgresoras.*

– *Doctrina mayoritaria y legislación receptora del Derecho Penitenciario, en cuanto acogedor de la Criminología Clínica como vehículo conductor del Tratamiento penitenciario individualizado, científico, voluntario y rehabilitador.*

– *La presencia de voces doctrinarias, portadoras de antropologías de cuño colectivista y enemigas, por ello, de pautas penitenciarias criminológico-clínicas.*

– *La llegada a escena de corrientes criminológicas informadas en una concepción de la delincuencia y del delincuente como fenómenos sociales de riesgo damnificador (las llamadas criminologías de “la elección razonable” y de la “vida cotidiana”).*

– *Postmodernismo y Criminología. Sobre todo, con relación a la Criminología Clínica.*

– *La invencida resistencia y continuidad del Derecho Penitenciario resocializador y de la Criminología Clínica. Especial referencia a la actual orientación penitenciaria informada en “funcionalismos fundamentalmente cognitivistas” y similares.*

² Aunque nosotros creemos satisfactoria la definición ofrecida en texto, soy consciente de que existen muchas y variadas nociones de Criminología Clínica. Pueden recordarse, por ejemplo, las acepciones formuladas por autores como: José Ingenieros, B. Di Tullio, E. De Greeff, Olaf Kinberg, Marvin E. Wolfgang y Franco Ferracuti, J. Pinatel, Marco Strano, G. L. Ponti, L. Rodríguez Manzanera... (Ver, a este respecto, C. HERRERO HERRERO: “*Tratado de Criminología Clínica*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 37 y ss.).

II. LOS AUTÉNTICOS POSTULADOS INSPIRADORES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. SU NATURAL PROYECCIÓN SOBRE LAS PERSONAS PENALMENTE TRANSGRESORAS.

a) **Consideraciones generales.**

Las profundas reacciones adversas y los amplios vacíos que siempre engendran los movimientos políticos, sociales, económicos y culturales, cuando se inclinan hacia los extremos, ocasionan, casi siempre, la presencia de fenómenos de la misma naturaleza de signo diferente. Y la insatisfacción de ellos crea la necesidad, entre sus pacientes, **de volver al equilibrio.**

Lo acabado de señalar ocurrió, desde luego, con la aparición, a partir de la Segunda Guerra Mundial, del Estado Social y Democrático de Derecho. ¿Por qué? Porque esta categoría de Estado fue, y es fruto, de la necesidad dialéctica, por una parte, de enmendar las ausencias excesivas de los Estados **ultraliberales** (“Estados-Policía”) en vertientes sociopolíticas básicas. Y, por otra, de hacer frente, al mismo tiempo, a concepciones teórico-operativas antagónicas a éstas, encarnadas por los modelos de Estado totalitariamente intervencionistas. Donde, como es sabido, el Estado ha de primar, con exceso, tanto sobre lo social como sobre lo personal, llegando, en sus extremos, hasta invadir, de modo monopolístico, el estar y el actuar de la sociedad y de las personas. En todo caso, en la vida real, lo colectivo ha sido y sigue siendo, para él, el elemento vertebrador, y único, de la realidad y actividad sociopolítica.

De hecho, ambos modelos (ultraliberales y colectivistas), por razones diversas, han venido comportándose siempre, cuando cuajan en Estados, con abuso y arbitrariedad en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los primeros, monopolizando, casi en exclusiva, el orden público, descuidan las necesidades elementales de las personas. Los segundos, pretextando atender a esas necesidades, conculcan, por sistema, la libertad y libertades de los ciudadanos.

Por eso, no hace mucho tiempo, escribíamos sobre estos extremos en nuestra obra *“Política Criminal Integradora”*: “No es suficiente con las pretensiones, sin más, de satisfacer las necesidades materiales, o culturales básicas, de la sociedad. Ni con tratar de evitar los abusos de los poderosos y las puras reglas del mercado y de la competencia, imponiendo igualitarismos sociales. Es imprescindible considerar y llegar de verdad a reconocer que el verdadero protagonista, en la sociedad y en el Estado, ha de ser el ser humano como persona, respetando siempre sus derechos como tales y su dignidad. Olvidar esto hace desembocar, a la postre, en su esclavitud. Sin olvidar, tampoco, que la insatisfacción de las premencionadas necesidades hace imposible el ejercicio real de cualquiera de sus imprescindibles derechos.

A armonizar, en efecto, esas dos exigencias vinieron los llamados **Estados Democráticos y Sociales de Derecho.**³

A estos Estados se refiere J. B. DUROSELLE, confirmando: “Existe, pues, una antinomia fundamental entre el “campo socialista”, que considera que sólo la

³ C. HERRERO HERRERO: *“Política Criminal Integradora”*, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 59-60.

doctrina marxista-leninista permite un verdadero progreso en beneficio de todos y que su expansión bien vale la privación de libertad, y el “campo occidental”, que desea el progreso, pero sin sacrificar jamás la libertad.”⁴

Todo esto, ¿por qué? Porque, en estos Estados, escarmentados sus propulsores y regidores por las hecatombes bélicas y las correlativas depuraciones humanas, próximas en el tiempo a ellos, entendieron que era menester cimentar los postulados de los Estados referidos en “**concepciones personalistas**”, sobre el hombre. Exigencias que ya habían resonado, como advertencia, para evitar prácticas deshumanizadoras y nihilistas en décadas precedentes. Sobre todo, desde proposiciones elaboradas en círculos de *inspiración cristiana* (ahora, en plano no institucional) y desde otras informadas en la “*Filosofía de la Existencia*” (*existencialismo constructivo*).

Con respecto a las alternativas u opciones de inspiración cristiana, era transparente la formulada por E. MOUNIER, cuando ofrecía la necesidad de abrazar una “civilización personalista”, como levadura transformadora, de las nuevas sociedades y de las formas de Estado a ellas exigibles.

¿Y qué había de entenderse, entonces, por *civilización personalista*? “Una *civilización personalista* –escribía el anterior pensador– es una civilización cuyas estructuras y espíritu están orientadas al acogimiento como persona de cada uno de los individuos que la componen. Las colectividades naturales se las conoce aquí en su realidad y en su finalidad propia, diferente de la simple suma de intereses individuales y superior a los intereses del individuo entendido materialmente. Su fin último es éste: colocar a cada persona en la situación de poder vivir como persona, es decir, con la posibilidad de acceder a un máximo de iniciativa, de responsabilidad, de vida espiritual.”⁵

En relación con las concepciones informadas en la “*Filosofía de la Existencia*”, son conocidas, a este respecto, las orientaciones de Carl JASPERS y, sobre todo, de Martin BUBER (resonante fue la obra de éste: “*Yo y Tú*” [*Ich und Du*])).⁶

Efectivamente, en esta última línea, va a ser el ser humano, en acepción estricta de persona, el referente central, cardinal, de la estructura sociopolítica, económica y cultural, de los Estados de referencia. Oponiendo, en todo momento, frente a fascismos, marxismos, o cualesquiera otros modelos de totalitarismo, tablas precisas de Derechos Fundamentales, inherentes al hombre (de

⁴ J. B. DUROSELLE: “*Europa de 1815 a nuestros días. Vida política y relaciones internacionales*”, Edit. Labor, Barcelona, 1978, pp. 109-110.

⁵ E. MOUNIER: “*Manifeste au service du personalisme*”, en *Oeuvres*, Edit. Seuil, Paris, 1961. Ver, también, su obra: “*Revolución personalista y comunitaria*”; edit. Zero, Madrid, 1975, pp. 63 y ss.

⁶ Traducida al inglés con idéntico título: “*I and Thou*”, Edimbourg, 1937. En la perspectiva del texto, habla Paul ROUBICZEK en su estudio sobre “El existencialismo” (Editorial Labor, traducción de J. M. GARCÍA DE LA MORA, Barcelona, 1970, p.134): “Martin Buber escoge las relaciones personales, y su elección se muestra especialmente fructífera. También hemos dicho que una de las señales más prometedoras que se observan en la Filosofía de hoy es la de que algunas formas del existencialismo ponen en el centro de sus lucubraciones no una mente abstracta que considere el universo, sino al hombre entre los hombres. Esto debería ser una tendencia conatural del existencialismo, pero algunos existencialistas, según hemos visto en el capítulo precedente, vuelven a aislar al hombre; otros, como Jaspers, atienden también al problema de la comunicación, pero nadie con tanto éxito como Buber.”

todo hombre) y, por lo mismo, inviolables. En este clima nacen, precisamente, las **“Declaraciones de Derechos”** supranacionales y las **modernas Constituciones** de las democracias europeas. Ellas possibilitaban, además, hacer inasumibles las tentaciones de aceptar el denominado *positivismo jurídico*, que tantos males había acarreado y estaba acarreado al mismo Continente europeo.

Así, se propugnaba la convicción y el imperativo de situar a tales derechos en centros de referencia para la actividad política y para la interpretación del restante ordenamiento jurídico. Como ética **metajurídica**, que todos (incluidos, por supuesto, todos los Poderes del Estado, en sus específicas funciones) habrían de respetar.⁷ He aquí por qué, la mayoría de tales Constituciones, vigentes en dichos Estados, eran encabezadas con los referidos derechos, a los que, de forma privilegiada, se les blindaba además, como garantía de cumplimiento, penal y procesalmente. (Es el caso, por ejemplo, de la misma Constitución Española. (V. gr., arts. 9; 24; 53; 55; 161...)). Sin olvidarse, tampoco, que también al hombre, por propia naturaleza, ha de exigírsele responsabilidad ante deberes que, como reverso de sus derechos, imprescindiblemente, ha de cumplir. Porque de no ser así, tampoco sería posible la convivencia en paz y justicia. Por ello, la misma Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), en su penúltimo artículo, el 29 (plenamente vigente), venía a exponer:

*“Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática...”*⁸

En la misma línea, nuestra actual Carta Magna recogía y recoge: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*⁹

Porque el ciudadano tiene también deberes, tampoco los Estados Sociales y Democráticos de derecho renuncian a elaborar Códigos penales y de otra manera sancionatorios, en orden a tratar de garantizar, aun coactivamente, el cumplimiento de los mismos. Si bien, se exige a sí mismo, aún en los posibles supuestos de sanción, respetar los derechos de referencia. Vamos a verlo a continuación.

⁷ Sobre esta orientación de los Derechos Humanos o Fundamentales, puede verse, por ejemplo, A. E. PÉREZ LUÑO: “Los Derechos fundamentales”, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 25 y ss.; E. MESTRE DELGADO: “La exigencia de ejercicio legítimo de un Derecho y las causas supraleales de Justificación penal”, Edisofer, Madrid, 2001, sobre todo, pp. 12 y ss.

⁸ Puede verse texto de esta Declaración Universal en L. SÁNCHEZ AGESTA: “*Documentos constitucionales y Textos políticos*”, Editora Nacional, Madrid, 1982, pp. 297 y ss.

⁹ Constitución Española de 1978, art. 10.1.

b) Proyección de las reflexiones precedentes sobre las personas penalmente transgresoras.

¿Qué significación específica tienen las precedentes exigencias con respecto al Derecho Penitenciario?

Hemos de empezar diciendo que es preciso, para percibir tal significado, servirnos del concepto, más amplio, de Política Criminal. Porque la Política Criminal, en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, debe abarcar, al menos, tres grandes vertientes:

- Su relación indispensable con la política general.
- Su relación con el sistema penal.
- Su relación con la asistencia postpenitenciaria.

El **Derecho Penitenciario** ha de estar incluido sobre todo, desde la perspectiva que a nosotros nos interesa ahora, **dentro del marco del Sistema penal**. No puede olvidarse, en efecto, que el *Derecho penitenciario*, como es sabido, constituye una de las tres ramas que integran el Derecho penal “*in genere*” (**Derecho penal sustantivo, Derecho procesal penal y Derecho penitenciario**). Si bien, aquí y ahora, vamos a abordar tan sólo, no obstante, el sector jurídico de ejecución de penas, haciendo, eso sí, una previa y breve alusión a las otras dos ramas jurídico-penales.

Pues bien. En buena lógica con las premisas establecidas más arriba, atribuidas a los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, a éstos se les exige un **Derecho penal sustantivo**, animado, al menos, por los principios siguientes: **Principio de legalidad, principio de responsabilidad personal, principio de Derecho penal de hechos (no de presunciones legales o factuales, abominadas por el principio básico de presunción de inocencia), principio de culpabilidad, principio de respeto absoluto a la dignidad de la persona, relacionado con el principio de humanidad penal, principio de proporcionalidad, principio de igualdad, principio de intervención mínima, principio de tutela penal sólo de determinados bienes y valores, principio de no tutela penal privilegiada, principio de no incriminación de hechos íntimos, principio de tutela de la víctima de la infracción, principio de acortamiento razonable de las penas, principio de reinserción social...**

Este mismo Derecho sitúa la *finalidad de las penas*, sin ignorar su sentido conatural (intimidación e inevitable aflicción), en un principio constructivo de política criminal: el consistente en hacer posible la **reeducción y reinserción social del penado**.¹⁰ Siempre, en libre opción de éste.

En el **Derecho Procesal-Penal**, ha de regir, de forma estricta, el principio “*nulla poena sine processu praevio*”, legalmente predeterminado y bajo la direc-

¹⁰ Este es el sentido de las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” (Ginebra, 1955). Así, por ejemplo, en su n. 58, viene a decir que: “El fin y justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.” (Uso texto de la edición preparada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias”, Madrid, s/f.).

ción, “*ab initio*”, de la jurisdicción penal competente (juez natural...) y desarrollado con respeto pleno a los derechos y garantías procesales emanantes de la Constitución y resto de leyes. *Siendo guía de salvaguarda, sobre todo, el principio de presunción de inocencia. Sólo desvirtuable por pruebas razonablemente fehacientes y procesalmente válidas.*¹¹

Pero es, en el campo del **Derecho PENITENCIARIO**, donde han de sobresalir, tal vez, con más intensidad, las prerrogativas propias de tales Estados, ofrecidas a favor del condenado. Ello explica por qué todos los componentes de la normativa penitenciaria, de acuerdo con esta “filosofía” jurídico-política, hayan de girar en torno al denominado TRATAMIENTO PENITENCIARIO de los reclusos, “con miras a lograr su reforma y rehabilitación social”, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) considera objetivo esencial” de dicho instituto.¹² Línea en la que está también, por ejemplo, el reciente “**12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal**”, y que pone de manifiesto en sus continuas referencias a las ya citadas “**Reglas Mínimas**”.¹³

Naturalmente que todo ese propósito, si ha de perseguirse de verdad, tiene que apoyarse en presupuestos científicamente específicos, debiendo acudir para ello, de forma inexcusable, a la Criminología “*ad hoc*”, que es aquí la **Criminología Clínica**. Sería algo sin sentido pretender en serio lograr dichos objetivos no acudiendo a tales recursos. A esta necesidad se refieren, de forma implícita, pero clara, las premencionadas “Reglas”, cuando advierten que: “*Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales, y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer.*”¹⁴

¿Pero dónde está el porqué de todas estas exigencias, a favor de los penados, impuestas desde el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho?

Nos parece convincente, al respecto, la explicación que, hace ya algún tiempo, nos ofreciera el maestro Marc ANCEL: “*Cabe preguntarse si el reconocimiento, después la preocupación, finalmente la búsqueda del tratamiento de los delincuentes, no constituyen, al menos en los países de Occidente, uno de los aspectos de lo que se llama hoy el “Welfare State”, que ha sustituido poco a*

¹¹ Ver esta orientación, tanto en lo que respecta al Derecho penal sustantivo como al Procesal-penal, en, por ejemplo, arts. 9-11 de la precitada Declaración Universal de Derechos Humanos. En perspectiva específica, puede verse la amplia monografía que en su día publicara N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: “*Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*”, Editorial COLEX, Madrid, 1990.

¹² Efectivamente, el art. 10.3. del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (19 diciembre de 1966) dispone que: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la recaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.” Uso el texto de este “Pacto” incluido en la obra de J. R. PARADA VÁZQUEZ: “*Código de Derecho Público. Leyes Políticas y Administrativas*”, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1988, p. 394.

¹³ Véase esta interpretación de dicho Congreso, celebrado en Salvador (Brasil), del 12 al 19 de abril de 2010, en el Documento A/Conf. 213/13, referente al Seminario 2 sobre: “Estudio de las mejores prácticas de las Naciones Unidas y de otras Instituciones en cuanto al tratamiento de los reclusos en el Sistema de Justicia penal”, pág. 1 del Documento.

¹⁴ Reglas Mínimas, n. 59.

poco al “Estado Policía” o al “Estado Vigilante Nocturno” como dicen los alemanes, y que constituía una de las manifestaciones del liberalismo del siglo XIX. En efecto, este “Welfare State” se esfuerza en asegurar la garantía y el bienestar material de los individuos, en ayudarles física y económicamente, pero también socialmente y, desde este momento, y bajo esta perspectiva, el delincuente ya no es el ciudadano convertido en el enemigo de las leyes al que es necesario corregir para que no vuelva a empezar, sino que es también el individuo en situación social difícil, y que, en múltiples casos, y precisamente como ciudadano, tiene un cierto derecho a su reincorporación social. Este derecho a la “resocialización”, reflejo de una vocación esencial del ser humano a la sociabilidad, exigiría sin duda un buen número de explicaciones. Basta con reconocer al fin que es normalmente uno de los supuestos fundamentales de la noción de tratamiento considerada en su significación profunda.”¹⁵

Creemos, en efecto, que ése debe ser el concepto *ético-jurídico* de base: el **concepto de ciudadano**. Que, al fin y a la postre, descansa sobre el más trascendente de **persona** (una de las columnas de nuestra civilización europea, aportada por el Cristianismo) y que está en lo más hondo de nuestra cultura democrática. Es, desde esta perspectiva antropológico-jurídica, desde la que debe concebirse el **contenido del sistema penal-penitenciario** en su aplicación concreta, singular. Este sistema, tras partir de esa concepción político-antropológica, ha de realizar su actividad reparadora, valiéndose de la interdisciplinariedad y metodología empírica de la Criminología Clínica, desarrollable siempre de forma dinámica y puesta al día.

En cuanto al **modo y contenido** de la reeducación para la reinserción social, sólo advirtamos, ahora, aceptando, de alguna manera, el mensaje de SPRANGER (en su *“Lebens-formen”*, p. 381) que “educar es transferir a otro”, de forma personalizada, con abnegado amor” y, por supuesto, decimos nosotros, respetando su libertad, “la resolución de desarrollar de dentro a fuera toda su capacidad de recibir y de forjar valores”.¹⁶

No se trata de inculcar, aquí, valores de grupo, de partido..., sino los valores esenciales, los característicos de las democracias configuradas por los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, tal y como son recogidos en las correspondientes Constituciones, asumidas, en su gran mayoría, por las correlativas sociedades sobre las que se asientan.¹⁷

Sólo, de esa manera, podrá hacerse frente a antropologías extrañas, inspiradas en ideologías alienadoras del ser humano en cuanto tal y, por lo mismo, portadoras, *“a priori”*, de enfoques criminológicos alejados, muy notablemente, de la realidad. Al contrario de lo que ocurre con el contexto antropológico y jurídico en que se mueve el Estado Social y Democrático de Derecho de verdad (siempre respetuoso con los derechos fundamentales del hombre, de todo hombre, y que, por ello, nos parece suficientemente idóneo para poner en práctica cualquier dimen-

¹⁵ Marc ANCEL: *“La noción de tratamiento en las legislaciones penales vigentes”*; en Revista de Estudios Penitenciarios, 182(1968) pp. 448-449.

¹⁶ A este respecto, ver J. GÖTTLER, de quien tomo lo entrecomillado de la cita, en: *“Pedagogía sistemática”*; Edit. Herder, Barcelona, 1965, pp. 72 y ss.

¹⁷ A este respecto, ver C. HERRERO HERRERO: *“España penal y penitenciaria. Historia y actualidad”*, I.E.P., Dirección General de la Policía, Madrid, 1986, pp. 547 y ss.

sión de la Política criminal. Incluido el Tratamiento científico penitenciario. Desde estos postulados, pues, vamos a juzgar a las distintas corrientes jurídico-penitenciarias y criminológicas a las que vamos a someter a juicio, de inmediato, en los apartados siguientes de este trabajo.

III. DOCTRINA MAYORITARIA Y LEGISLACIÓN RECEPTORA DEL DERECHO PENITENCIARIO, ACOGEDOR DE LA CRIMINOLOGÍA CLÍNICA COMO VEHÍCULO CONDUCTOR DEL TRATAMIENTO INDIVIDUALIZADO, CIENTÍFICO, VOLUNTARIO Y REHABILITADOR.

No cabe duda de que, a pesar de todo, acabada la Postguerra (la correspondiente a la segunda Guerra Mundial), iba a sobrevenir a una parte de las Naciones europeas (Gran Bretaña, Francia, Países Bajos, Italia, a una parte de Alemania (República Federal)...), un periodo de historia ilusionante. O, al menos, esperanzador. Precisamente, a impulsos de la nueva concepción del Estado, que prometía a los ciudadanos **libertad**, por convicción propia de sus valedores (Adenauer, De Gasperi, De Gaulle, R. Schuman...) y **bienestar**, a base de solidaridad y empeño. Solidaridad y empeño, extraordinariamente potenciados, en sus inicios, por el norteamericano “Plan Marshall.

Tales Naciones desembocaron, en efecto, en verdaderos “*Welfare States*”, integradores de un modelo de sociedad satisfactoriamente vertebrada, culta y, por supuesto, **democrática**. Una sociedad para la que las garantías políticas pesaban más, incluso, que las mismas estructuras sociales. Pero en la que no se minusvaloraba, en manera alguna, el progreso económico y social. La prueba está en que a las pautas restrictivas de entreguerras supieron y quisieron oponer decisiones económico-expansionistas al respecto, basadas en las ideas de Keynes, Rostow, Galbraith, F. Perroux..., entre otros. Pero, siempre, todo ello sobre la base de un amplio margen de libertad, sobre todo de libertad individual, al estar en el centro de referencia la persona antes que lo colectivo.¹⁸

Es un acontecimiento constatado sociológicamente que el exuberante despegue socio-económico, en compañía de la libertad, contagia asimismo, en forma positiva, los otros sectores (los más cualificados) del quehacer humano: la cultura, las ciencias y los proyectos de altura. En las sociedades así no suelen darse los departamentos estancos.

Efectivamente, desde la perspectiva que ahora nos interesa, iban a florecer, en las décadas posteriores, la Criminología (sobre todo, la Clínica) y el Derecho Penal. Sobre todo, por lo que respecta al penitenciarismo humanitario. Veámoslo a continuación.

1º En cuanto a la Criminología Clínica.

Esta Criminología (con cultivadores como E. De GREEFF, B. Di TULLIO, A. NICEFORO, A. GEMELLI, N. MAILLOUX, H. SJÖBRING, O. KINBERG, D.

¹⁸ A este respecto, C. HERRERO HERRERO: “Política Criminal Integradora”, ya citada, p. 60 y ss.

LAGACHE, Marc ANCEL, F. GRAMATICA, M. E. WOLFGANG, F. FERRACUTI, G. STEFANI, G. LEVASSEUR, R. JAMBU-MERLIN, J. PINATEL, G. CANEPA...) iban a proporcionar, en efecto, a tal Derecho Penitenciario, tanto en un plano nacional como internacional, los elementos para llenarlo de contenido y sentido a favor del hombre (aquí, el ciudadano gravemente transgresor, siempre que éste necesitase de ayuda. Ayuda, siempre respetuosa con sus derechos humanos sobre todo, para reeducarse y reinsertarse socialmente).¹⁹

El Derecho Penitenciario se convertía, así, en marco jurídico de este quehacer criminológico dirigido (dejando a un lado a los “delincuentes” psiquiátricamente definidos”) a los delincuentes no desprovistos de capacidad de entender y comprender su conducta y de actuar en forma suficientemente libre. Siempre, o casi siempre, eso sí, condicionados e influenciados, con más o menos intensidad, por factores de diversa naturaleza, impelentes, en la misma dirección, hacia el comportamiento gravemente antisocial. Y es que, hacia la década de los sesenta del pasado siglo, la Criminología clínica, la auspiciada por sus más conspicuos autores (E. De Greeff, N. Mailloux..., y, sobre todo, Jean PINATEL) iba a despojarse de uno de sus fundamentales atavíos positivistas: **el determinismo**, admitiendo así, ampliamente, la posibilidad de delinquir con libertad (sin descartar, por supuesto, limitaciones de ésta última (tanto endógenas como exógenas). Y, desde luego, estando ya persuadida de que, en el surgimiento de la delincuencia, puede hacerse presente una posible y hasta probable variedad de etiologías criminológicas simultáneas. (No descartando, en consecuencia, la frecuente incidencia, en ella, de factores *psicosociales*. O, menos aún, si cabe, la de factores *psicomorales*²⁰, en el proceso del **paso al acto**).

Es, por cierto, el proceso del *Paso al acto*, una de las vertientes que algunos de dichos tratadistas describen con notable precisión y rigor gnoseológicos. Todo ello básico, para pronosticar y tratar, de forma fundada, en su caso, al delincuente con-

¹⁹ Hace varias décadas, escribíamos en nuestra obra “*España Penal y Penitenciaria. Historia y Actualidad*” (I. E. P., Dirección de la Policía, Madrid, 1986): “El Derecho Penitenciario, por lo demás, viene aceptando, desde la perspectiva en que estamos moviéndonos, una base criminológica, sin poner los reparos que, con respecto a los conocimientos criminológicos, ha esgrimido siempre el Derecho penal. La Criminología ha inspirado, por su parte, el Derecho de Ejecución de penas asumido por gran parte de las Naciones de Europa Occidental en este periodo; es decir, la técnica de conocimiento y clasificación de los delincuentes, el sistema de tratamiento individual en orden a su resocialización. Así como la rehabilitación final (la social y la jurídica). El Derecho Penitenciario no pudo sustraerse, por tanto, al gran desarrollo y madurez que, a partir de los cincuenta, empezó a conseguir la Criminología y, muy específicamente, la Clínica. Asida ésta, progresiva y preponderantemente a un criterio ecléctico en la formulación de los factores que inciden en la formación de la personalidad delincuyente y, por lo mismo, en el desencadenamiento del acto criminal, se separó de parcialismos anacrónicos. No teniendo dificultad alguna en reconocer la prevalencia de los factores sociales en la génesis del “*estado peligroso*”, cuando el caso concreto así lo denunciara. Siendo, asimismo, amplia y profundamente abordados las fases metodológicas (examen médico, psicológico y social diagnóstico, pronóstico social y tratamiento propiamente dicho del estado peligroso), contenido fundamental de esa Criminología. En conexión directa con este problema surgieron, durante este periodo, establecimientos “ad hoc”, denominados “Centros de Clasificación”, “Institutos de Observación”, “Clínicas Criminológicas”, sujetos activos de una función de la que depende el éxito o el fracaso, en una parte fundamental, del tratamiento del delincuente.” (Obra citada, pp. 490-495).

²⁰ A este respecto, por ejemplo, Jean MOTTE: “*Criminologie Clinique*”, Institut Catholique d’Enseignement Supérieur-École Universitaire de La Roche sur Yon, 2011; ver, sobre todo, el Capítulo II del estudio: “*Morale et passage à l’acte*”, pp. 12 y ss. (Puede verse texto en www.youscribe.com/.../criminologie-clinique-psyc...).

creto, advenido, de modo voluntario, a someterse a esta actividad recuperante. Actividad que, como venimos recalcando, ha de descansar sobre un modelo de Tratamiento individualizado, suficientemente libre y, en lo posible, científico.²¹

Si bien, no todos ellos hablaban, al menos de forma clara y explícita, de *personalidad criminal*. Es el caso, por ejemplo, de *H. Sjöbring* y *Olaf Kinberg* que, admitiendo en los delincuentes la posesión de rasgos “*constitucionales*” con *anomalía superior a la “media”*, hacían referencia a **inadaptación social** (predisposición criminógena), pero sin afirmar la existencia, en ellos, de dicha personalidad.²² Tal vez, con ello pretendieran desmarcarse de los tratadistas perceptores del concepto de personalidad criminal como un atributo ontológicamente diferenciador de la personalidad no delincuente, y no únicamente como un distintivo puramente de grado.

2º En cuanto al Derecho Penitenciario Humanitario.

En el mismo clima y tiempo, y en interdependencia con la Criminología Clínica, descrita en el apartado precedente, iba a surgir, vigorosamente, tanto en algunos Organismos Supranacionales o Internacionales, como en el ámbito de los precitados Estados, el correlativo *Derecho Penitenciario Humanitario*.

Como afirma Valeria BAGNOLI: “La idea de la resocialización del reo fue desarrollada, a partir de la segunda postguerra, por la doctrina de la Nueva Defensa Social, que retoma los temas que ya la criminología positivista había abordado, aunque fuera de una manera embrionaria; si bien, la ideología operante en tal doctrina estaba fundada sobre valores de la democracia política, sobre la independencia de las naciones, sobre la libertad y la autodeterminación, sobre la justicia social y sobre la valorización de la dignidad humana. Los antecedentes de la Nueva Defensa Social pueden ser observados en la Declaración Universal de

²¹ En nuestra “España Penal y Penitenciaria. Historia y Actualidad”, I. E. P., Dirección General de la Policía, Madrid, 1986, p. 37, definíamos así esta institución del Tratamiento en sentido estricto: a) Desde su **consideración objetiva**: “*El conjunto coordinado de acciones (basadas fundamentalmente en conclusiones de las ciencias de la conducta) encaminadas, siempre en consenso con el afectado, a reparar las fallas de personalidad del delincuente y a potenciar los aspectos positivos de la misma, con el fin de recuperarle para una pacífica convivencia con sus semejantes*”. b) Desde una **perspectiva subjetiva**: *El derecho del delincuente “como persona humana que es) a recibir, de la sociedad a la que pertenece, los medios idóneos para adaptar su personalidad a las reglas de convivencia (en esta caso, fundamentalmente jurídicas) de esa misma sociedad, con la que tiene, en “contraprestación”, un deber moral de colaborar en dicha readaptación.*” Naturalmente, se trata de una actividad libremente aceptada por el tratando, dinámica, y participativa por parte del mismo. C. GARCÍA VALDÉS, algunos años antes de la promulgación de la Ley O. General Penitenciaria, en uno de sus estudios “*Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario*”, 1976, tras advertir que no podemos quedarnos con los medios tradicionales de “recuperación” de delincuentes, cuyos resultados han sido excesivamente pobres, propugnaba ya la apertura al “tratamiento” de los mismos, de un tratamiento “activo y dinámico, incidiendo sobre la personalidad del sujeto”. Añadiendo que estos nuevos caminos de corrección, “apenas hoy esbozados y tímidamente ensayados ya con éxito, es la vía de prueba por donde debe discurrir el futuro Derecho penitenciario.”(Ver texto de dicho estudio en su obra “*Estudios de Derecho penitenciario*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pp. 83 y sigs.).

²² Así, O. KINBERG: “*Les problèmes fondamentaux de la Criminologie*”; éditions Cujas, Paris, 1962. Ver, sobre todo, el Cap. XIV de la obra. Sobre esto, puede verse, asimismo, C. HERRERO HERRERO: “*Criminología. Parte General y Especial*”, Edit. Dykinson, 3ª edición, Madrid, 2007, p. 341. Y, sobre todo, del mismo autor: “*Tratado de Criminología Clínica*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 167-168.

los Derechos del Hombre (ONU), en las numerosas Constituciones, como la alemana y la española, que, en aquellos años y en los decenios sucesivos, tomaron posición en torno a la abolición de la pena de muerte y valoraron la importancia de la participación de la sociedad en la punición infligida al delincuente. Este nuevo fermento cultural venía continuamente alimentado por el contexto histórico y político de la primera mitad del siglo pasado: el gran relieve y valor propulsivo, atribuidos a la ideología del “Welfare State”, que representó, para los países europeos, bajo la sombra de la experiencia americana, el gran reto frente al comunismo, el instrumento para liberar a la humanidad de la necesidad material y de las grandes disparidades económicas. De acuerdo con tal visión, el Estado debía hacerse cargo de asegurar a todos los ciudadanos los bienes materiales fundamentales y las garantías de seguridad y bienestar necesarios para la creación de un difuso standard de vida cuando menos digno; entre estos últimos, se incluía también el dotar al reo de todos los instrumentos necesarios para poder insertarse de nuevo en el contexto social: la reeducación socializante venía así a constituir un nuevo derecho del ciudadano (y correspectivamente, un deber para el Estado), naciente de la certeza de que los hombres tendrían un deber de resocializarse frente a los propios semejantes, deber que tendría su origen en la conciencia de una moral social vinculante (la de que la delincuencia es un mal social que golpea a los más desfavorecidos y de que es competencia del Estado y de la colectividad buscar ponerlo remedio).²³

Es, en este mismo ambiente político, social y cultural, donde aparecen las ya antes mencionadas **“Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”** (Ginebra, 1955). Bajo el mismo espíritu, se promulgaron las **“Reglas Penitenciarias Europeas”** (R. (87) 3, de 12 de febrero de 1983), y, desde luego, los múltiples Documentos, sobre el particular, *referentes a menores*, aprobados y sacados a la luz por la Asamblea General de Naciones Unidas²⁴ y, de semejante manera, por la misma Unión Europea...²⁵ A esta misma convicción pertenecían los preceptos de algunas Constituciones nacionales, explícitamente receptoras del precitado espíritu respecto de su sistema penal.²⁶ Y, desde luego, la pluralidad de Leyes penitenciarias, promulgadas en este amplio periodo de tiempo en las naciones europeas democráticas o vueltas a la democracia. Así, en Italia, la *“Ley de Reforma Penitenciaria”*, n. 354/75, de 26 de julio; en Alemania, la *“Ley de Ejecución de Penas”* (*Strafvollzugsgesetz*), de 1 de enero de 1977; en España, la *“Ley O. General Penitenciaria 1/1979”*, de 26 de septiembre...

²³ Valeria BAGNOLI: “Subcultura Penitenciaria e Trattamento Rieducativo”; Tesis doctoral, Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Anno Accademico 2007/2008, pp.9-10.

²⁴ Entre tales Documentos, recuérdese: *“Convención General de los Derechos del Niño”* (20 de noviembre de 1989); *“Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores (“Reglas Beijing”)*, de 29 de noviembre de 1985; *“Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad”* (14 de diciembre de 1990)...

²⁵ Así, por ejemplo, “Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil” (17 de septiembre, de 1987); “Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los menores”, (de 1990); “Carta Europea de los Derechos del Niño” (de 1992).

²⁶ Es el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana, en su art. 27, aprobado el 15 de abril de 1947 por la asamblea Constituyente con el siguiente contenido: “Las penas deben tender a la reeducación del condenado y no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad”. Y es conocido, asimismo, sobre este particular, el art. 25.2. de la vigente Constitución española de 1978.

Sobre esa **Ley italiana**, precisamente, ha escrito Antonio SALVATI: “El paradigma *retribucionista* dejará, en consecuencia, el paso al **resocializador**, correlativo al concepto de “*pena útil*”: el objetivo último de la sanción no será tanto el de castigar, cuanto sobre todo el de eliminar los factores que han conducido a la delincuencia. La pena pierde, pues, la función retributiva y *socialpreventiva*. Centrada ésta, por el contrario, sobre intervenciones orientadas y calibradas sobre las variables necesidades de cada uno de los delincuentes, deviene flexible. La orientación doctrinal que elaboró estos principios de política penal, toma el nombre de “*Nueva Defensa Social*”, cuyos teóricos fueron Filippo Gramatica y Marc Ancel, fieles a la ideología del *Welfare State*. Para Gramatica, el fin de la defensa social era el de asegurar el mejoramiento de la sociedad, más que la protección frente al crimen: el Estado tenía el único deber de recuperar al individuo para la sociedad, no el de castigarle.” No era ésta la postura de los propugnadores moderados de esta doctrina penológica. Entre otros muchos, el mismo Marc Ancel, autor de la obra, verdaderamente resonante, “**Nueva defensa Social**”, partían de la necesidad de reconocer la incidencia que, en la aparición del delito, tienen los delincuentes concretos y la realidad y contexto sociales. Por ello, el mismo autor, A. Salvati, tratando de explicar el espíritu de dicha Ley, añade que la Nueva Defensa Social en la que esa norma se inspira: “...Tiende a adecuar la reacción anticriminal a las necesidades conjuntas del individuo y de la sociedad, buscando la realización de un equilibrio entre las dos realidades, imponiendo al Estado deberes precisos, entre ellos el de la obligación de reintegrar al individuo, que ha cometido el delito, en una comunidad social.”²⁷

Sobre la **Ley alemana**, Grégory SALLE, investigador en el CNRS francés y autor de un reciente e interesante libro, sobre esta materia²⁸, relacionado con Francia y Alemania, reflexiona: “Esta Ley inspira el respeto de juristas modernizadores porque consagra jurídicamente el **principio de resocialización**. Éste figura como el fin último de las penas de prisión, al cual está subordinado el de asegurar la protección de la colectividad. El texto venía a precisar tres principios encargados de dar cuerpo al cambio de modelo penitenciario. **El principio de armonización**: las condiciones del centro deben ser calcadas, en la medida de lo posible, sobre las de afuera. **El principio de oposición**: los efectos nefastos propios del encerramiento deben ser contrarrestados. **El principio de integración**: la pena de prisión *debe tender hacia una nueva finalidad, la reinserción*.”²⁹

En cuanto a la **Ley española**, es meridiana a este respecto. La misma, sin ambigüedad alguna, afirma ya, en su art. 1º: “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.” Y en su Título III, desarrolla un completo esquema de tratamiento, a la manera requerida

²⁷ A. SALVATI: “*L’Evoluzione della Legislazione penitenziaria in Italia*”; en *Amministrazione in Cammino*, 1 (2011) p. 13.

²⁸ Se trata de la obra: “*La part d’ombre de l’État de Droit. La question carcérale en France et en République Fédérale d’Allemagne depuis 1968*”: École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS), Paris, 2009.

²⁹ Grégory SALLE: “*Petite histoire de la loi pénitentiaire allemande*”; en *Le Monde Diplomatique*, mars, 2010, pp. 1-2.

por la Criminología Clínica más solvente, dentro del marco constitucional-penitenciario, con el fin de alcanzar las referidas reeducación y reinserción social del delincuente.³⁰

Por ello, en nuestra “*España Penal y Penitenciaria. Historia y Actualidad*” comentábamos, cuando aún estaba relativamente próxima la aparición de dicha Norma: “La Ley Orgánica General Penitenciaria es, efectivamente, expresión clara de este propósito que se desenvuelve, a través de los artículos de aquélla, sin perder de vistas una doble perspectiva complementaria: El individuo delincuente (el interno) y la sociedad, de donde el recluso procede. A través de toda su preceptiva aparece bien diseñado el equilibrio entre el respeto a la dignidad humana del condenado y la necesidad de tutela social mediante la retención y custodia de aquél, primero, y mediante su reeducación y reinserción social en la sociedad, después.” Constituidas éstas en quicio del sistema penitenciario, aplicable, así, al individuo concreto.³¹

Y, desde luego, a pesar de tratarse de un tratamiento de reeducación y reinserción social generalmente en prisión, no se descuidaba la apertura al exterior. Por eso, el gran coordinador de este Ordenamiento, C. GARCÍA VALDÉS, reafirmaba, en sus estudios en torno a aquélla Norma: “...A la idea central de la resocialización ha de unirse necesariamente el postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria, de tal manera que medidas como los permisos de salida y el trabajo exterior de los regímenes abiertos tienen una superior eficacia, a los efectos de prevención especial, que un encierro sin imaginación, pues los vínculos familiares, afectivos, laborales y sociales quedan asegurados y se convierten en sólidas ataduras para, en el futuro, alejar a los internos de la delincuencia.”³²

Pero, relativamente temprano, empezaría a ser atacada, por diversos flancos, esta orientación criminológica penitenciaria. Vamos a verlo a continuación.

IV. LA PRESENCIA DE VOCES DOCTRINARIAS, PORTADORAS DE ANTROPOLOGÍAS DE CUÑO COLECTIVISTA Y ENEMIGAS, POR ELLO, DE PAUTAS PENITENCIARIAS O CRIMINOLÓGICO-CLÍNICAS.

Hace ya algunas décadas, nuestro lúcido amigo, Francisco BUENO ARÚS, hacía una clasificación de las posturas desde las que se activaba, en aquel momento, las críticas dirigidas a la resocialización como fin de la pena. Y, como no podía ser de otro modo, al Tratamiento correspondiente, como instrumento puesto al servicio de esa finalidad. Dicho autor se refería, concretamente, a:

³⁰ Sobre esta materia, C. GARCÍA VALDÉS: “Comentarios a la legislación penitenciaria”; Editorial Civitas, 2ª edición, Madrid, 1982.; del mismo autor: “La reforma penitenciaria española”, en “Estudios Penales”, Universidad de Santiago de Compostela, II, 1977-1978, pp. 94 y ss. O, también sus “Estudios de de Derecho Penitenciario”, Edit. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 124 y ss.

³¹ Obra referida en texto, ya citada, pp. 541 y ss.

³² C. GARCÍA VALDÉS: “Comentarios a la legislación penitenciaria”; Editorial Civitas, 2ª edición, Madrid, 1982, pp. 27 y ss.

– Una postura *clásica*: Contraria a dicha finalidad y tratamiento, por creer que, con éstos, se despoja a la pena de su esencia: la necesidad de ser sentida como castigo.

– Una postura *liberal*: Disconforme con lo mismo por existir verdadero riesgo de manipular la personalidad y someter a coacción la libertad, ya limitada por la pena, al imponerse oficialmente, en todo caso, determinados valores. Algo contrario a una sociedad democrática y, por ello, pluralista. Por correr, asimismo, el riesgo de atentar contra el derecho a una pena fija (principio de legalidad), dado, según los afirmantes de esta postura, el carácter indeterminado del Tratamiento.

– Una postura *crítico-anarquista*: Al repudiarse por ella toda clase de sanción penal, de prisión, de legalidad y de Estado.

– **Una postura crítico-marxista**: De ella el precitado autor, en el mismo estudio, comentaba: "Se cuestiona la pena de prisión como un invento burgués, destinado a la creación de una mano de obra sometida, y como un procedimiento de *criminalización* y de *etiquetamiento*, pero se mantienen las penas y medidas de prisión en los Estados socialistas. Se atribuye al tratamiento el ser una manipulación ilegal y antidemocrática de la personalidad, pero solamente en los Estados burgueses o de democracia liberal, porque en las democracias populares se atribuye legislativamente a las penas y medidas una finalidad predominantemente educativa. Se considera que la resocialización en una Sociedad liberal-capitalista es la negación de la libertad humana, pero se practica la resocialización en una Sociedad socialista como la culminación de esa libertad. Postura desde luego congruente con una visión eminentemente politizada del Derecho Penal, pero seguramente poco respetuosa con los derechos fundamentales de la persona cuando el tratamiento y la resocialización se conciben en un sentido máximo, es decir, como una asimilación necesaria de los valores y las actitudes establecidas oficialmente."³³

Es, precisamente, a **esta última corriente doctrinal** a la que me refiero, sobre todo, en el epígrafe del presente apartado. Ella ha llevado a cabo algunas aportaciones interesantes dentro de la sociología criminológica. Es notable, por ejemplo, su papel en el surgimiento de los medios de medición respecto a la "*cifra negra u obscura*" de la delincuencia, o en haber influido en la toma de conciencia (por lo demás, de alguna manera ya preexistente) en torno a la delincuencia "*artificial*". Esto, relacionado con los procesos de incriminación y desincriminación... Y es, desde este último punto de vista, como podrían aceptarse, de algún modo, ciertas afirmaciones de defensores de esta teoría, referidas a tal realidad incriminadora. Pero es insostenible mantener la atribución a un determinado modelo de sociedad (el liberal-democrático o, incluso, el social-democrático de derecho), o a su entramado institucional, la **invención de la criminalidad total** que, según los "poderosos" de las mismas, acontecería en ellas. Sería ésta la postura que insinúa y ofrece, por ejemplo, E. A. COSTA CARHUAVILCA cuando refiere: "La criminología de la reacción social puso de manifiesto la arbitrariedad

³³ F. BUENO ARÚS: "*La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología clínica aplicada al tratamiento penitenciario*"; en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1215 (1980), apartado III del estudio.

epistemológica que implica la pretensión de explicar los comportamientos de los criminalizados prescindiendo de los comportamientos de otras personas y, especialmente, de los operadores de las agencias del sistema penal.

La criminología, como consecuencia de su cambio de paradigma, desplazó su atención del comportamiento del criminalizado al comportamiento de las agencias del sistema penal y a la interacción entre estos comportamientos agenciales y el del criminalizado. El cambio de polo de atención comenzó precisamente con la crítica de las instituciones totales, que luego Foucault llamaría “*instituciones de secuestro*”.³⁴

Nosotros, por el contrario, sostenemos que se trata, más bien, de una corriente doctrinal basada, básicamente *a priori*, en una versión antropológica y sociopolítica que convierte al ser humano en pieza, despersonalizada, de un engranaje colectivista, concebido e impuesto, imperativamente, a impulsos del pensamiento único y de la voluntad monopolística de quien detenta el poder, precisamente, en los Estados sociomarxistas.

Se trata de una concepción antropológica y sociopolítica, próxima a lo antagónico con respecto a la concepción en que se funda el verdadero Estado Social y Democrático de Derecho. Estado que, al menos en teoría (la práctica arrastra siempre muchas contradicciones) cree, como hemos visto, que el ser humano posee una dimensión espiritual (razón-inteligencia, voluntad-libertad), consciente y responsable, en el que funda su dignidad específica como persona y que, por lo mismo, está dotado de derechos y correlativos deberes inviolables, que cualquier poder legítimo tiene la obligación de respetar y garantizar que les sean respetados. Y es que, por lo demás, si el hombre no trascendiera la simple y pura materia, estaría sometido, “*ex se*”, a las leyes físicas de ésta que, como es sabido, actúan de forma determinista, y él mismo, en consecuencia, sería un producto de idéntica índole.

En los Estados marxistas la única titular, en teoría, de derechos es la colectividad. El individuo es “estimado y respetado” en tanto en cuanto se comporta como obediente y sumisa unidad del ente colectivo. El respeto a libertad individual brilla por su ausencia. Algo congruente, por otra parte, con el dogma marxista, según el cual el hombre surge, en exclusiva, desde la materia. A los efectos de afirmar la posibilidad, o no, de la existencia de una voluntad libre en el hombre, poco importa, desde luego, que éste procediera, a decir de sus teorizantes, **dialécticamente**, de aquella. De la materia, se adjetive como se adjetive, sólo materia puede derivarse.³⁵

Es obvio que esta concepción del Hombre, de la Sociedad y del Estado, ha de condicionar a su manera (como acontece con el Estado Social y Democrático de Derecho, aunque en dirección opuesta) el mensaje del Derecho Penitenciario y los aportes criminológicos que hubieran de acompañarle.

³⁴ E. A. COSTA CARHUVILCA: “¿A qué se debe el fracaso de la Resocialización en el sistema penitenciario? Apreciaciones desde una Criminología clínica de la vulnerabilidad y de la neutralidad”; Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006, pág. 5 del estudio.

³⁵ Una exposición suficiente del “*humanismo marxista*”, realizado desde la perspectiva que aquí nos interesa, puede verse en mi “*España penal y penitenciaria. Historia y actualidad*”, ya citada, pp. 225 y ss.

Así, es coherente con esta versión lo aseverado por A. BARATTA cuando expresa que no es verdadera **socialización** sino la que: "...transforma una reacción individual e irracional en conciencia y acción política dentro del movimiento de clase".³⁶ Y es que, como viene a advertir MAPELLI CAFFARENA, el concepto de educación para los criminólogos de fondo marxista tiene connotaciones propias por el hecho de que el socialismo no busca al hombre como individuo, sino como parte de un colectivo, determinante de las circunstancias humanas por las que aquél, según estos doctrinarios, se desarrolla, libre y universalmente, como hombre auténtico. Naturalmente, que ese colectivo es, única y exclusivamente, la sociedad socialista.³⁷

Y, como no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta las precedentes premisas, el bien y el mal sólo existirán cuando así tal sociedad lo dictare (positivismo jurídico y constructivismo criminológico acordes con sus postulados. No hay compasión para críticos y contestatarios). Esto, obviamente, no ha de ser válido para los transgresores en Estados democrático-liberales, donde lo que, en ellos, se llama delincuencia y delinquentes es debido, siempre, a una simple rotulación ("*Labelling Approach*") que los que tienen y ejercen el poder imponen a los débiles y excluidos. La Delincuencia es simple definición, al margen de la realidad. Son, dicen, las extensas y profundas disfunciones de las clases burguesas las que provocan la reacción de los excluidos, impulsándolos, de forma inevitable, a incumplir las injustas imposiciones y a actuar en contra de las mismas en situación de legítima defensa o estado de necesidad justificante. Y a esta conducta es a la que se etiqueta como delincuente. Y a sus sujetos activos como delinquentes o criminales.

¿Qué decir ante esto? Que los que defendemos el concepto de delincuencia *ontológica* (no sólo *definitorial*), asumiendo las bases antropológicas y político-sociales de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, somos conscientes de las lagunas y vicios, en la práctica, de éstos. Que, precisamente, una de estas fallas es incurrir, con más frecuencia de la cuenta, en la tipificación penal de los que vienen denominándose **delitos artificiales** (creándose, como derivación, delinquentes de la misma naturaleza) que consisten en criminalizar comportamientos lesivos de bienes, valores o intereses de escasa relevancia para la comunidad en cuanto tal. Incluso, de nula trascendencia. O que se protegen penalmente pseudo-intereses o pseudovalores)³⁸. Pero estos fallos, errores o contradicciones (que han de ir corrigiéndose) no obstan para exigir la tutela penal (como imperativo de razón) frente a conductas agresoras (sean quienes fueren los que las lleven a cabo) de bienes o valores imprescindibles para la convivencia. Hoy por hoy, sin Derecho penal equilibrado y justo no sería posible la vida en sociedad. Y, menos aún, en las sociedades que pretenden ser democráticas. **¿Cómo afirmar que el homicida de inocentes, el asesino en serie, el violador..., jurídicamente capacitado, sea cual sea la clase social a que pertenciere, no realiza una actividad criminal o delincuente estrictamente real? Entonces, ¿cómo hacer**

³⁶ A. BARATTA: "*Criminología Crítica y Derecho penal*"; en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1 (1978), p. 52.

³⁷ MAPELLI CAFFARENA: "*Principios fundamentales del sistema penitenciario español*", Editorial Bosch, Barcelona, 1983, pp. 45-46.

³⁸ Sobre esta cuestión puede verse R. GASSIN: "*Le problème des délits dits artificiels et le noyau dur*"; en su obra "*Criminologie*", 6ª edit. Editorial Dalloz, Paris, 2007, pp. 75 y ss.

frente a esta realidad? ¿Con medidas exclusivamente preventivas? Una adecuada e integradora prevención, siempre dentro del respeto a los Derechos Humanos, es, quizá, la columna más relevante dentro de la moderna Política Criminal. Pero ha de ser acompañada, en todo caso por una ponderada represión, es decir, por el correspondiente Derecho penal (todavía, un mal jurídico totalmente imprescindible). Es de reconocimiento universal, dentro de las ciencias de la conducta (tanto empíricas como normativas) que la impunidad se presenta como el máximo factor criminógeno.³⁹ Sin olvidar, por lo demás, que el Tratamiento penitenciario recuperador tiene también carácter eminentemente preventivo. Naturalmente, para los tratados.

Somos conscientes, por otra parte, de la influencia efectiva que el entorno social disfuncional (político, económico, cultural, religioso...) tiene en la aparición de la delincuencia, en la incidencia sobre el que pasa al acto grave o gravísimamente antisocial. (Uno de los grandes cultivadores de la Criminología Clínica, dentro del marco de los premencionados Estados Sociales Democráticos, Jean PINATEL, hace ya décadas [en la década de los setenta] que escribiera "*La sociedad criminógena*"). Lo inasumible está en sostener que el social y penalmente transgresor, "estadísticamente normal", es siempre irresponsable, al menos cuando no es del círculo de los denominados "poderosos". Esto es tomar la parte por el todo. Y, desde luego, **no toda delincuencia debe concebirse como un "constructo" meramente historicista, como pura creación voluntarista o como simple invención cultural de las sociedades de cada tiempo. El relativismo no explica nada, aunque pretende explicarlo todo.**⁴⁰ Porque lo suyo es pasar... de todo.

Desde ahí, como es claro, puede comprenderse la aversión de tales teorizantes al Tratamiento penitenciario, ofrecido por tales Estados democráticos. Sin excluir, en tal repudio, las objeciones llevadas a cabo por tratadistas de distinta ideología, de una u otra especialidad de conocimiento, que han venido pronunciándose contra la resocialización y el tratamiento desde muy temprano.

Ha de observarse, efecto, que el enfoque que acaba de exponerse no siempre es sostenido por la misma intensidad ideológica. Existen, en él, diversidad de grados.⁴¹ Así, por ejemplo, el hoy denominado "**realismo de izquierdas**" acepta, al menos, la objetividad del fenómeno de la delincuencia, y alguna versión etiológica de la misma, aunque sea con muy matizadas condiciones.⁴²

³⁹ A este respecto, puede verse: C. HERRERO HERRERO: "*La prevención, principal vía realizadora de la Política Criminal*"; en Vol. Colectivo "Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje del Profesor Alfonso Serrano Gómez"; F. BUENO ARÚS y OTROS, Directores y J. L. GUZMÁN DÁLBORA y A. SERRANO MAÍLLO, Editores; Edit. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1237 y ss.

⁴⁰ Sobre este asunto puede verse C. HERRERO HERRERO: "*El delito desde el punto de vista criminológico*"; en su obra "*Criminología. Parte General y Especial*", 3ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, sobre todo en pp.193 y ss. y, específicamente, en nota 8 de la pág. 196.

⁴¹ A este respecto, puede verse Gabriel BOMBINI: "*Criminologías críticas*", en su estudio "*De la Criminología a la Sociología jurídico-penal*"; Universidad Nacional de Mar del Plata, 2009, apartado V del trabajo.

⁴² Sobre este particular puede verse: R. Van SWAANINGEN: "Vingt ans de "Déviance et Societé" sous l'angle de la criminologie critique"; en *Déviance et Societé*, vol. 21, 1 (1997) pp. 58 y ss. ; también, I. RIVERA BEIRAS y Otros: "Política criminal y Sistema penal", Editorial Anthropos, Barcelona, 2005, pp.216 y ss.

Y, en fin, hay, en relación con la presente orientación ideológico-criminológica, enfoques informados en corrientes contestatarias intermedias, o casi intermedias, al quedarse entre las *Teorías de la Reacción Social* y del “*Paso al Acto*”. Es el caso de la dirección, al respecto, tomada por Chr. DEBUYST, defensor decidido, en su día, de la Criminología Clínica “ortodoxa” y que, en la actualidad, se ha dejado llevar en demasía por las tesis de la Criminología Crítica y del “*Labelling Approach*”.⁴³

Por lo demás, gran parte de los objetores radicales de la reeducación y reinserción social (y, por lo mismo, del Tratamiento), hacen suyas, también, las objeciones que los que, sin pertenecer a posturas radicales, dirigen a dicha actividad penitenciaria-criminológica.⁴⁴ No pocas de ellas con escaso fundamento.⁴⁵ Ello puede deducirse de la presente exposición, efectuada hasta aquí.

V. CORRIENTES CRIMINOLÓGICAS INFORMADAS EN LA AMENAZA DEL “RIESGO DAMNIFICANTE” (LAS LLAMADAS CRIMINOLOGÍAS DE LA “ELECCIÓN RAZONABLE” Y DE LA “VIDA COTIDIANA”. SU NEGATIVA AL DERECHO PENITENCIARIO RESOCIALIZADOR).

En orientación opuesta a la descrita en el apartado precedente, aparece, con no escasa aceptación en la década de los noventa. Primero en los países anglosajones (sobre todo, en USA) y, después, en otros países occidentales europeos. También, en los regidos, en teoría, por las pautas del Estado social y Democrático de Derecho, se da entrada, aunque no plenamente, a esta deriva. Se trata de alguna manera, al menos en parte, del retorno al punitivismo e intimidación de las tradicionales políticas criminales meramente punitivas, como instrumentos de pre-

⁴³ Chr. DEBUYST tiene una amplia bibliografía. En el sentido del texto, puede verse: “Les paradigmes du droit pénal et les criminologies cliniques”; en *Criminologie*, vol. 25, 2 (1992); “Criminologie et Ethique. Quelques réflexions sur l’oeuvre du Docteur Étienne De Greeff: Psychanalyse de la violence”; en *Essais de Criminologie Clinique: entre psychologie et justice pénale*; Edit. Larcier, 2009; “La Clinique Criminologique à la croisée des chemins”, en *Déviance et Société*, 1 (2010). Sobre este particular, más allá de Debuyst, puede verse nuestro “*Tratado de Criminología Clínica*”, ya citado, pp. 82 y ss.

⁴⁴ Las críticas u objeciones formuladas frente a la reeducación y reinserción social del delincuente, y, por ello, sobre el tratamiento, llegadas de una variadísima procedencia pueden sintetizarse en algunas como las siguientes: imposibilidad del tratamiento, ataque al derecho de ser diferente, el derecho a no ser resocializado, su carácter anticonstitucional por afectar negativamente a derechos fundamentales (intimidad...), no tener en cuenta el contexto sociológico de la criminalidad y su influencia en el delincuente, ineficacia del tratamiento mismo, elevados costes económicos, penuria de recursos reales y, sobre todo, personales, para llevarlo a cabo con verdadera competencia, imposibilidad de educar para la libertad, cuando precisamente se está privado de ella y, además, en un clima de represión, subcultura y violencia, buscar como fin último el éxito del tratamiento, corriendo el riesgo así de arbitrariedades en cuanto al tiempo de cumplimiento de la pena, el deterioro producido en el interno por la prisionalización, el suponer aprendizaje e interiorización de valores, teñidos de oficialidad moralizante; el suponer la resocialización, mediante el programa de tratamiento, inducir al tratado a ideologizarse en un determinado sentido, hacia una determinada concepción del mundo, algo inaceptable por manipulador y tendencioso. (A este respecto, puede verse F. BUENO ARÚS: “*La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica...*”, ya citado, apartado III del estudio. M. A. SÁENZ ROJAS: “*El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*”; en *Revista de Ciencias Sociales*, 115 (2007) pp. 129 y ss.

⁴⁵ A este respecto, puede verse nuestro “*Tratado de Criminología Clínica*”, ya citado, pp. 98 y ss. y 474 y ss.

vención general, “*ex iure*”, del surgimiento del delito. Ello, complementado con la puesta en marcha de otra clase de prevención, la *especial*, a través de la protección del objetivo en riesgo de agresión.

¿Por qué la llegada de esta orientación criminológica? Porque sus propugnadores están persuadidos de que el delincuente (el individuo predispuesto a delinquir de forma próxima) pasa a serlo cuando, simplemente, ***el objetivo a “asaltar” se presenta ante él como posible, beneficioso y rentable.*** Que el delincuente se hace sin salirse de la normalidad y sin motivación compleja o especial. Sin que tengan que existir existan, en él, patologías, anomalías de personalidad, déficits de socialización o influjos dominantes de disfunciones especiales de carácter social o institucional. El delito es derivación de las interrelaciones rutinarias de los ciudadanos. Lo mismo que sucede con las actividades lícitas. El delito no es otra cosa que la consecuencia de avizorar un resultado económico, o de otra manera ventajoso (según las diversas clases de delito), superior **al riesgo** reindivador con que amenaza la Ley. (*Teorías de la elección razonable*).⁴⁶

Por ello, esta “*teoría de las actividades rutinarias*” deduce que habrá delincuentes (y, por lo mismo, delincuencia) siempre que se dé un potencial infractor, un “blanco” probablemente rentable y, por lo tanto, apetecible; y, por supuesto, que no haga acto de presencia nadie con capacidad de impedir el ataque (policía, vigilante de seguridad, amigos, vecinos del titular del bien, dueños...).

Parece lógico afirmar, pues, que, según esta doctrina, sobran medios reeducativos y reinsertivos. Ha de estarse prestos, por el contrario, a realizar una política criminal consistente en crear e imponer penas o medidas penales disuasorias, con el mínimo coste posible, para que el delito no resulte beneficioso, rentable ni apetecible. Activando, al mismo tiempo, tareas de prevención destinadas a proteger el objetivo vulnerable a través de vigilancia eficiente y eficaz.⁴⁷ Estamos, pues, ante las políticas criminales de la “*tolerancia cero*” y de la “*obsesión securitaria*”.⁴⁸ Ha de aparcarse, por tanto, **el Derecho Penitenciario compasivo y recuperador y su compañera: La criminología clínica.** Desde esta perspectiva, sus defensores tratan, desde luego, de hacer descansar su confianza en un Derecho penal que deserta del Estado Social y Democrático de Derecho por una especie de Estado liberal, acogedor de una denominada, en ese momento, “**Nueva penología**”.⁴⁹

⁴⁶ Sobre estos extremos puede verse, por ejemplo: Marcus FELSON y Otros: “Opportunity makes the thief. Practical theory for crime prevention”; Police Research Series, Paper 98, ed. Barry Bebb, Home Office Research, Development and statistics Directorate, 1998.

⁴⁷ D. GARLAND: “*La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*”; trad. De Máximo SOZO, Edit. Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 216 y ss.

⁴⁸ A este respecto, puede verse: Emma BELL: “*Le tournant punitif. Une tentative d’explication*”; en su estudio: “*L’État Britannique entre le social et le carcéral: Un étude du “tournant punitif” de la Politique pénale neo-travailleuse (1997-2007)*”, Thèse de Doctorat, Université Lumière Lyon 2, 2008, pp. 146 y ss. También: R. E. AGUILERA PORTALES, R. y J. GONZÁLEZ CRUZ: “*Análisis crítico de la Política penal y criminológica en la sociedad posmoderna*”; en Revista Criminología y Sociedad, 2 (2009), sobre todo a partir de su apartado nº 4.

⁴⁹ ¿Qué viene entendiéndose, desde aproximadamente la década de los 80 del pasado siglo, por “*Nueva Penología*”? En palabras de B. QUIRION: “...La nueva penología estaría caracterizada por un modo distinto de concebir el rol y las funciones otorgadas a las diversas agencias del sistema penal. Las nuevas prácticas penales, puestas en práctica a contar desde el principio de los de 1980, parecen, en efecto, desmarcarse de las prác-

Parece claro, pues, que aquí se acoge una Política Criminal que trata de neutralizar los síntomas del fenómeno delincinencial soslayando sus causas. (Tanto endógenas como exógenas). Por eso, a sus partidarios les es muy difícil responder con tino a esta pregunta: **¿Por qué, entonces, ante los mismos objetivos, las mismas características y circunstancias, unas personas delinquen y otras no...?**

VI. POSTMODERNISMO Y CRIMINOLOGÍA. SOBRE TODO, CON RELACIÓN A LA CRIMINOLOGÍA CLÍNICA. REPERCUSIONES JURÍDICO-PENITENCIARIAS.

El Postmodernismo ha surgido frente a la modernidad (abandonada ésta, en exceso, a la razón) por considerar, precisamente, que la razón ha fracasado como guía del hombre en este mundo, donde no existe permanencia ni continuidad, sobre todo en el universo intelectual y ético del ser humano.

Informándose en el pensamiento de NIETZSCHE, y en el Psicoanálisis concebido a través de Jacques LACAN más que en Hegel y Marx, esta corriente doctrinal insiste en que la realidad que se nos aparece (como si fuera sólida realidad dinámica) no es más que continua transitoriedad de contenidos y formas, el *“perpetuo retorno”* de *lo igual siempre en cambio*. En vano, como consecuencia, se pretenderá buscar “verdades-base” y, menos, la “Verdad”. Hasta la apariencia de verdad es simple urdimiento de los condicionamientos psicológicos y sociales, elaborados por los que detentan el poder en cada momento. La realidad es puro simbolismo, reflejo de las interferencias dominantes. Además, nuestra vida no es un *“continuum”*, sino una serie de momentos dispersos, sin coordinación alguna. No hay contextura orgánica entre pasado, presente y futuro en la existencia del individuo. Por eso, es inútil, y en todo caso, engañoso, tratar de hacer con nuestra vida largos relatos o proyectos. Sólo los momentos, cerrados en sí mismos, tienen algún sentido. Mas cada uno se pierde cuando el siguiente llega.

ticas más tradicionales de intervención y del discurso sobre el que ellas se apoyan, haciéndose, según parece, eco de nuevas preocupaciones. La lógica penal tradicional, orientada ante todo hacia la toma en consideración individualizada de la persona judicializada, sería a continuación desclasada en provecho de una intervención penal tomando como referencia las poblaciones correccionales constituidas en grupos de riesgo. Esta nueva manera de aprehender la clientela de las instituciones correccionales iba luego a desembocar en la creación de nuevos instrumentos actuariales utilizados para evaluar y clasificar estas poblaciones en adelante constituidas (Bonta, 1996; Hollin, 2002). Estas transformaciones en la manera de discernir el objetivo de intervención penal iban a acompañarse de una puesta en cuestión de las misiones sociales tradicionalmente atribuidas a las instituciones correccionales. El problema de la normalización de las conductas sería abandonado a favor de intervenciones prevalentemente orientadas hacia el control y la vigilancia de los individuos reagrupados en razón de los riesgos que ellos representan para la institución carcelaria y la sociedad. (...) La intervención clínica sería, pues, utilizada con el fin de preparar un perfil diagnóstico sin fines terapéuticos, pero sí destinada, sobre todo, al objetivo de gestionar las poblaciones encarceladas. En medio de este viraje actuarial, los instrumentos estadísticos de predicción se multiplican en detrimento de las evaluaciones clínicas más tradicionales (Rose, 2002).” (“Traiter les délinquants ou contrôler les conduites: le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie”; en *Criminologie*, vol. 39, 2(2006) p. 139).

Si ello es así, son espejismos la organización y la previsión. Lo que hace instantes era de una manera, al momento es de otra. Lo consecuente, pues, es vivir el momento sin inhibiciones y sin encorsetamientos, sabiendo que todo es absolutamente relativo y hasta caótico.⁵⁰

Entonces, ante tanta inconsistencia, ante tanta imprevisibilidad, ante tanta alienación producida en el ser humano desde afuera y dese adentro, ¿cabe hablar de delitos y de delincuentes, es congruente referirse a vigencias de normas penales (**sean o no de carácter penitenciario**) y de criminologías? De ninguna manera, con la versión del postmodernismo como la expuesta que, por lo demás, es la más genuina y representativa. Si todo lo descrito es así, el hombre no sería responsable de nada. Sería vacuo, por supuesto, hasta hablar de reeducaciones, reinserciones, rehabilitaciones, con relación al mismo.⁵¹

VII. LA INVENCIDA RESISTENCIA Y CONTINUIDAD DEL DERECHO PENITENCIARIO RESOCIALIZADOR Y DE LA CRIMINOLOGÍA CLÍNICA. EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS OCCIDENTALES MÁS REPRESENTATIVOS.

Entonces, ¿en qué situación están hoy tanto el Derecho Penitenciario **resocializador** como la Criminología **Clínica**, en los precitados Estados? En exposición muy sintética, vamos a examinarlo de inmediato.

a) Con respecto al Derecho Penitenciario.

A pesar de todos los ataques de las denominadas “*Nuevas Penologías*” (de alguna manera expuestas aquí en los apartados precedentes), lo cierto es que los Estados ya mencionados (así como algún otro del que, hasta ahora, no hemos hecho mención expresa), siguen manteniendo, básicamente, con reformas o retoques de diferente grado, la misma legislación sobre este particular. Y es que se trata, aquí, de un Derecho penitenciario cuya orientación humanista es irrenunciable por ser algo inherente al Estado Social y Democrático de Derecho. (Lo hemos argumentado ya).

Así, en **Italia**, a pesar de las reformas continuadas a través de las siguientes décadas a la publicación de la Ley de “*Reforma Penitenciaria*” n. 354/75, de 26 de julio, ésta sigue vigente en lo tocante a la institución del tratamiento penitenciario, al menos para la delincuencia ordinaria. Si bien, habiendo intensificado el rigor carcelario para las delincuencias más graves de “nuevo” cuño (delincuencia organizada, terrorista, mafia...). Ha sido difícil sustraerse, por lo demás, sobre todo en plano práctico o actividad real, a orientaciones de política criminal, infor-

⁵⁰ Sobre estas cuestiones puede verse G. MAROTTA: “*Teorie Criminologiche. Da Beccaria al Postmoderno*”; Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, 2004.

⁵¹ Sobre este particular puede verse: S. HENRY y D. MILOVANOVIC: “Introduction. Postmodernism and constitutive Criminology at work. Application to crime and justice”; editors (autores precitados), University of New York State Press, 1999. También, A. SERRANO MAÍLLO: “Introducción a la Criminología”; Edit. Dykinson, 4ª edic., Madrid, 2005, pp. 482 y ss.

mada en “*la tolerancia cero*” y en los mensajes de las corrientes portadoras de las ideologías de la crisis del Tratamiento.⁵² Es más fácil, sin duda, para los responsables de la política criminal, hacer demagogia y conectar, también en estas cuestiones complejas, con la opinión pública, muy frecuentemente desinformada y desorientada y, por ello, exigente en la creación de dispositivos puramente penales. Cada vez, más severos.⁵³

En **Francia**, carente de una Ley penitenciaria específica hasta bien entrado el siglo XXI, cuando ésta se publica (**Loi n° 2009-1436 del 24 de noviembre 2009 pénitentiaire**), no sólo no se abandona la trayectoria de la legislación precedente en materia de Tratamiento penitenciario, sino que, si cabe, se le refuerza, adscribiéndose de forma clara y rotunda a la línea **resocializadora**. Así, su artículo 2 dispone: “*El servicio público penitenciario participa en la ejecución de las decisiones penales, contribuye a la inserción de las personas que le son confiadas por la autoridad judicial, a la prevención de la reincidencia y a la seguridad pública dentro del respeto a los intereses de la sociedad, a los derechos de las víctimas y a los derechos de las personas encarceladas. Se organiza de manera que asegure la individualización y la gestión de las penas de las personas condenadas*”. Por su parte, el artículo 89 de la misma norma consigna: “Desde su acogida en el establecimiento penitenciario y en el lapso de un periodo de observación pluridisciplinar, las personas presas han de ser objeto de un balance de personalidad. Un plan de ejecución de la pena debe ser elaborado por el jefe del establecimiento y del servicio penitenciario de inserción y de probation para los condenados, en concertación con éstos últimos, a partir de que su condena sea definitiva.”

En **Alemania**, sigue vigente también, en materia de tratamiento penitenciario, tal como aquí viene entendiéndose, la ya mencionada “**Ley de Ejecución de Penas**” (1 de enero de 1977). Si bien, como hace constar el mismo Grégory SALLE (citado al respecto en el inicio de este estudio): “...Después de la reforma del federalismo (2006), la Ley de 1977 ya no es la única referencia suprema

⁵² Sobre esta perspectiva evolutiva, pero no derogante, puede verse A. SALVATI: “L’Evoluzione Della Legislazione Penitenziaria in Italia”, ya citado. Ver, por ejemplo: su apartado 5: “Gli sviluppi normativi degli anni 80 (la legge Gozzini)” o su apartado 6: “Le riforme di fine secolo”.

⁵³ A nuestro modo de ver, acierta Valeria BAGNOLI cuando, en su tesis doctoral: “*Subcultura penitenciaría e Trattamento Rieducativo*”, ya citada, en su pag. 184 (dentro de sus conclusiones), comenta: “Los datos reportados en el presente trabajo, fruto del estudio de las leyes penitenciarias y de investigación en el interior de las cárceles italianas, evidencian el estado de crisis que atraviesa el sistema de la ejecución penal: tal fase, que debería orientarse, de acuerdo con el artículo 27, párrafo tercero, de la Constitución, a la reeducación del reo, se reduce, en la mayor parte de los casos, casi a consistir únicamente en la privación de la libertad. La actual situación, incapaz, en líneas generales, de reeducar al que debe cumplir una pena restituyéndolo a la sociedad dispuesto a reinsertarse provechosamente en ella, no parece ser consecuencia de la inadecuación de la Ley de Ordenamiento Penitenciario; aunque, no obstante lo dicho, tal documento resulte, en el día de hoy, un tanto lejano en su publicación y, por lo mismo, necesitante de algunos “aggiornamenti” connaturales al cambio del clima social, contiene, desde luego, todas las indicaciones necesarias para la consecución de los fines enunciados en su artículo 1. Y, a falta de tal modernización de las previsiones legislativas contenidas en el artículo 15 de la Ley de Ordenamiento Penitenciario, dirigido a la individualización de los elementos del tratamiento, ha dejado a la iniciativa de cada uno (directores, comandantes de Policía Penitenciaria, educadores) la predisposición, en concreto, de los instrumentos útiles para la realización de dichos fines, con el resultado de que el perseguimiento de éstos ha sido frecuentemente olvidado, dejando las palabras de la ley al modo de un contenedor vacío. A causa del clima cultural y de la composición de la población penitenciaria, más allá de la carencia de fondos, la finalidad de la prisión viene marcada más por el sentido de la represión que el de la reeducación.”

de la condición penitenciaria. (...) En una gran mayoría de regiones, la Ley Federal permanece en vigor, pero tres Länder, en espera de otros, han desarrollado su propia legislación. Esta decisión política se ha impuesto a una masiva oposición de los actores del mundo penitenciario. En la confederación sindical y en las asociaciones de defensa de los derechos de los presos, pasando por organizaciones profesionales y de numerosos penalistas, un gran frente se ha declarado hostil a esta reforma retrógrada, y ha defendido el mantenimiento de la prerrogativa federal.” ¿Por qué? Porque, según el mismo autor, esas instituciones acusadoras están observando, en las prácticas regionales, un repunte punitivo, un acercamiento de las desigualdades espaciales y de la erosión aguda al ideal de la resocialización, un racionamiento presupuestario perjudicial a las medidas de acompañamiento social.⁵⁴

En **Bélgica**, su “**Ley de Principios Fundamentales**” (de 12 de enero de 2005) establece que el cumplimiento de las penas ha de obedecer, salvo obstáculo insalvable, al principio de “**normalización**”, basculante sobre la reparación y la reinserción, y persiguiendo objetivos individualizados (arts. 5 y ss. de la “Ley de Principios”...).

Jean DETIENNE y Vicent SERON, al comentar el enfoque y sentido de la estancia en prisión, asumida por la legislación belga, reflexionan: “Los objetivos de reinserción y de reparación... suponen la elaboración de un plan de prisión individualizado, a desarrollar progresivamente y a readaptarlo en el curso del encarcelamiento. Este plan está así establecido en la perspectiva de una ejecución de la pena privativa de libertad que limita los efectos perjudiciales, que gira en torno a la reparación y la reinserción y se desarrolla en seguridad. Este plan contiene, notablemente, un esbozo del periodo de prisión y de las proposiciones de participación del condenado en las diversas actividades y programas propuestos (por ejemplo, las actividades que aquél va a ejercer, el marco psicosocial en que va a beneficiarse). Tratándose del régimen prisional, el legislador ha privilegiado, salvo excepción, una ejecución de la pena o de la medida privativa de libertad que se desarrolla en el cuadro de un régimen de vida en comunidad o de un régimen en semi-comunidad.”⁵⁵

En **España**, asimismo, sigue vigente la *Ley O. General Penitenciaria 1/1979*, de 26 de septiembre. Y, desde luego, está en vigor, su Título III (“*Del Tratamiento*”), donde, como ya se ha dicho, eleva a categoría de ley un sólido y bien sistematizado esquema de Criminología Clínica en referencia al Tratamiento. Si bien, el actual *Reglamento Penitenciario* (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) se desvía, de algún modo, de la Ley, al asumir dicha institución tratamentista (quicio de la Norma Orgánica) envuelta en un concepto un tanto *reduccionista*.

¿Por qué? Porque la Norma Reglamentaria subraya, dentro de la actividad resocializadora, “progrmas formativos orientados a desarrollar las **aptitudes** de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades y compensar

⁵⁴ G. SALLE, trabajo ya citado, pp. 1-2.

⁵⁵ J. DETIENNE y V. SERON: “Politique pénitentiaire et droits des détenus en Belgique”; en “Actes du Colloque de la FIPP”, Stavern (Norvège) juin, 2008, pp. 254-255.

sus carencias”. (Art.110, a) del Real Decreto). Poco o nada se dice de cómo incidir sobre actitudes y personalidad del que accede (libremente, claro está) a estas figuras de intervención, suplantadoras, al parecer de la figura del Tratamiento integral.

En ese campo, tal Reglamento da la sensación, pues, de moverse alrededor de la de nominada “*nueva concepción*” del tratamiento penitenciario, cercana, a este respecto, del “*cognitivismo*” o del “*realismo criminológico*”.⁵⁶ (Volveremos, dentro de unos instantes, a abordar la cuestión de estas formas de entender el Tratamiento penitenciario que, a nuestra manera de entender, desde un punto de vista jurídico, no facilitan la compatibilización entre sí (al presentarse como sustituyentes) de los arts. 59 y ss. de nuestra Ley Orgánica y del art. 110, sobre todo, del Reglamento en cuestión. No ha de olvidarse que nuestra Constitución exige, todavía, respetar “*el principio de jerarquía de las normas*” [art. 9.3]).⁵⁷

Y, desde luego, la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento, en sentido estricto, de delinquentes es posible, asimismo, según los Ordenamientos de otros países como, por ejemplo, Canadá, Gran Bretaña y los mismos Estados Unidos.⁵⁸

Y siguen totalmente vigentes, sobre este particular, “*Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*” (nrs. 28-61 de las mismas) y un gran número de Documentos publicados por la misma Organización en décadas posteriores, incluida la presente. Es sabido, por lo demás, que en el mismo sentido se han venido pronunciando “*Las Reglas Penitenciarias Europeas*”, en su versión de 1983 y 1987. (Ver, por ejemplo, Reglas 65-66). Aunque, no obstante, su nueva redacción (Recomendación REC (2006) 2 del Comité de Ministros, del

⁵⁶ A. TÉLLEZ AGUILERA, coautor, según él confiesa, del presente Reglamento, después de describir un conjunto de características negativas sobre la Criminología Clínica, mencionadas por bastantes autores, viene a decir que: Que todo ello condujo a que tal Criminología “*cayera, ya en los años noventa, en una profunda crisis, irrumpiendo en la práctica penitenciaria una nueva concepción de los programas tratamentales más próximos a la Psicología cognitiva y al realismo criminológico.*” Sugiriendo, a continuación, en nota (1345), pag. 376, de su misma “*Criminología*”, que esta orientación ha servido para que el tratamiento penitenciario tomara estos derroteros también en los preceptos penitenciarios del precitado Reglamento. Pues dice: “*Confróntese a este respecto la visión (clínica) que del tratamiento penitenciario tiene la Ley Penitenciaria española (1979) y la que recogió en 1996 el vigente Reglamento Penitenciario (arts. 110 y ss), en parte, por influencia de quien esto escribe, coautor del citado Reglamento*”. (“*Criminología*”, Edisofer, Madrid, 2009).

⁵⁷ F. BUENO ARÚS, al comentar esta novedosa comprensión del Tratamiento penitenciario escribió en su día: “*En cierto modo, estamos repitiendo la paradoja de Mahoma y la Montaña (dicho sea en broma): si no hay medios para organizar respecto de todo recluso un tratamiento científico, descifiquemos el tratamiento, declaremos que en todo caso los derechos humanos de los internos quedan garantizados, afirmemos la importancia de un trato humano y sonriente, y sigamos adelante tan ilusionados. Debo decir que a mí personalmente esta conclusión no me disgusta, y que en el contexto de la normativa penitenciaria, puede ser una decisión útil y satisfactoria, pero quede también claro que ésta no es una decisión de naturaleza jurídica, ni tampoco científica, sino meramente política.* Tampoco ésta es una valoración excluyente o peyorativa, pero que cada palo aguante su vela. *A veces es verdad que las cosas son como son y no ganaríamos nada disimulándolo.*” (“*Novedades en el concepto de Tratamiento Penitenciario*”, en Revista de Estudios Penitenciarios, 252 (2006) p. 27.

⁵⁸ Sobre este extremo, C. HERRERO HERRERO: “*El tratamiento resocializador institucionalizado en la delincuencia de menores, según documentos específicos de la U.E. y los Ordenamientos jurídicos de algunos Estados más representativos*”; Capítulo Décimotercero de su obra “*Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*”; Edit. Dykinson, 2ª edición, 2008, pp. 355 y ss.

11 de enero de 2006, aparece al respecto más ambigua y desleída, apuntando, de algún modo, a un modelo de tratamiento de corte psicológico conductista.⁵⁹

b) Por lo que atañe a la Criminología Clínica.

La Criminología Clínica ha resistido a los embates de las corrientes ideológico-criminológicas hostiles, porque:

1°. Los cultivadores de la misma, que siguen siendo abundantes, como se ha dejado ya constancia, parten de una **antropología (absolutamente razonable)** que aunque, con no idénticas versiones, les permite converger en algo elemental. En que el ser humano estadísticamente normal, en su evolución psicobiológica, psicomoral y psicosocial, a partir de un determinado momento de su desarrollo (a cierta edad...), es responsable de sus actos (lícitos e ilícitos). Ello, aunque esté expuesto a plurales condicionamientos o factores no deterministas, que actúan limitando, presionando, impulsando con más o menos intensidad (no abrogando generalmente), su capacidad de decisión libre, respecto a pasar al acto delincuencia. No se trata de ignorar, antes al contrario, la continuada existencia de ideas provocadoras, de impulsos antisociales, de situaciones criminógenas... Ante cuyo influjo, desde luego, determinados individuos, desprovistos de recursos de resistencia, sucumben con frecuencia. Pero, en principio, sin determinismos. Teniendo por seguro, además, tales autores que existe una clase de **delincuencia ontológica** (al menos, la dirigida contra la vida humana inocente, contra la libertad..., y, en general, la perpetrada contra los derechos fundamentales del hombre) **que no puede ser degradada a delincuencia de rotulación, y que puede ser realizada (y de ella ser culpable y responsable) cualquier ser humano, sea de la clase social que sea...).**

2° Que, si ello es así, no es posible hacer recaer, en exclusiva, el fenómeno criminal en el contexto social. Sin negar, eso sí, la gran influencia criminógena de éste último sobre todo cuando presenta amplias y profundas disfunciones. Pero que, al fin y al cabo, cuando son los individuos los que, en situaciones de normalidad intelectual, volitiva, afectiva..., llevan a cabo, en solitario o en compañía, la lesión de los bienes, valores o intereses, de gran relevancia para la comunidad y que, por lo mismo, la está tipificada penalmente, su comportamiento criminal es intransferible Habiendo de exigírseles específica responsabilidad.

3° Ante tal realidad, ese fenómeno delincuencia, ha de ser entendido y explicado también criminológicamente, si se pretende comprenderlo fundadamente, con conocimiento de causa, con enfoque racional. de forma racional.

Si no queremos quedarnos en la superficie de los síntomas, hemos de ir a entenderlo y explicarlo desde la **investigación sistemática y contrastada de los factores** que puedan estar en la base de la impulsión y paso al acto criminal. Tanto en un plano colectivo (Criminología general), **como en un plano individual (el delincuente concreto).** Es ésta la única manera de poder hablar de solidez y rigor en el conocimiento de cualquier realidad. Es la única forma de conocer una realidad (aquí, el fenómeno criminal) que, sin previo existir ha venido a la existencia. Por eso, la filo-

⁵⁹ A este respecto, ver exposición amplia en mi "Tratado de Criminología Clínica", ya citada, pp. 538 y ss.

sofía clásica definía el concepto de ciencia como **“conocimiento sistemático de la cosa investigada por sus causas”**. Así, por ejemplo, sólo podemos conocer, con rigor, el cáncer, si llegamos hasta las causas o factores que le producen. Y sólo así, además, podremos, en su caso, hacerlo frente. Lo mismo acontece, aquí, con la delincuencia desarrollada por el individuo en singular. Hay que investigar, de esa forma, **desde éste**, si se pretende llegar **al cómo y al porqué de la misma**, para luego poder hacerla desaparecer. Hay que conseguir el desvelamiento de sus factores, tanto endógenos como exógenos, operantes en tal individuo.

No tiene sentido, por tanto, tratar de desconectar a la Criminología (sea o no Clínica) del campo de la etiología. Como no debe hacerse con ninguna clase de ciencia (al menos si es empírica), sin destruirla⁶⁰. He aquí por qué la Criminología Clínica sigue siendo necesaria y, a pesar de todo, sigue gozando, al menos doctrinalmente, de buena salud.

4º No podemos olvidar, tampoco, que los más conspicuos cultivadores de esta clase de Criminología han venido, de forma constante, incorporando a la misma los medios e instrumentos que, en relación con el conocimiento de su objeto, han venido descubriéndose en el campo de la Criminología General y desde las ciencias empíricas, relacionadas con ella. Sobre todo, de las que cualquier clase de criminología científica se alimenta y gracias a las cuales se define como ciencia multidisciplinar o interdisciplinar. (Por ejemplo, la Criminología Clínica ha incorporado, junto a su método propio, el método clínico (con su rica variedad de recursos), los medios de carácter más objetivo, relacionados con la metodología actuarial (métodos actuariales en maridaje con instrumentos clínicos estructurados), o novedosos instrumentos de examen del ser humano, procedentes de la Psicología, la Biología, la Sociología, la Psiquiatría. O, incluso, la metodología de proyección fenomenológica, habilitada por la Fenomenología filosófica y la Filosofía de los Valores).⁶¹ Todo ello, para hacer más seguras y eficaces las fases de Diagnóstico, Pronóstico y Tratamiento, de las que el precitado método clínico se integra.

VIII. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTUAL ORIENTACIÓN PENITENCIARIA INFORMADA EN FUNCIONALISMOS FUNDAMENTALMENTE COGNITIVISTAS Y SIMILARES.

¿Por qué han surgido estas intervenciones penitenciarias informadas en funcionalismos cognitivistas o similares (a las que prometimos volver más arriba),

⁶⁰ A este respecto, puede verse J. FERRATER MORA: “Diccionario de Filosofía, 1, letras A-D, Círculo de Lectores, Valencia-Barcelona, 1991, pp.462 y ss. Con relación específica a la Criminología, Ana María FAVARD, en Exposición de su investigación en equipo sobre casos criminológicos de carácter longitudinal, llevada a cabo en el XII Congreso Internacional de Criminología (agosto, 1998), donde concluía que “en la base del paso al acto delincencial, subyace una causa”.

⁶¹ Sobre estas cuestiones, puede verse: V. SANCHA MATA y J. GARCÍA GARCÍA. “*Tratamiento psicológico-penitenciario*”; en Papeles del Psicólogo, 30(1987); Guy LEMIRE (Société de Criminologie du Québec): “*La liberation conditionnelle à l’heure des règlements de comptes*”; en Le Devoir, 6 février, 2000; J.-Louis SENON y Otros: “*Dangerosité criminologique: données contextuelles, enjeux cliniques et experts*”; en L’Information Psychiatrique, Vol. 85, 8 (2009) pp. 719 y ss. C. HERRERO HERRERO: “*Metodología o metodologías gnoseológico-operativas en el ámbito de la Criminología clínica*”; en su obra ya citada “*Tratado de Criminología Clínica*”, Edit. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 399 y ss.

orientadas a la resolución de problemas de igual índole, concretamente los relacionados con algunas conductas, antisociales o desviadas, de los delinquentes individualmente considerados?

A partir de la falta de predicamento positivo con relación al concepto de “*estado peligroso*”, al ser sometido a descalificadora desconsideración por pluralidad de estudios de “*cohortes*”, efectuados en USA), el juicio clínico de los expertos sobre aquél, reconducido por J. MONAHAN y otros críticos,⁶² pretendió desembocar en una no escasa avenencia para tratar de sustituir tal concepto en beneficio del de “*riesgo de violencia*”. En virtud de lo cual, se intentó no “calificar” al transgresor, como individuo permanentemente hostil a la sociedad, sino, por el contrario, se empezó a hacer esfuerzos copiosos para explicar su comportamiento delictivo desde la convergencia de múltiples factores, circunstancialmente asociados, o advenidos así por diversidad de contingencias. (Se hablaba, a estos efectos, de *factores históricos*, de *factores clínicos*, de *factores de gestión del riesgo*). Como asegura N. ROSE, al comentar esta orientación redefinidora de dicho concepto de peligrosidad: “...La misma ya no se entiende como una psicopatología antisocial oculta en el corazón y el alma del individuo, sino que es el resultado de una combinación de hechos relativos a la conducta de la vida pasada con la probabilidad, en el futuro, de fallos en el ejercicio de las capacidades de control y de reconducción de sí mismo sobre las pulsiones agresivas contra otros o sobre los propios sentimientos frente a sí mismo.”⁶³

No se trataría, pues, para tratar de hacer frente a tales comportamientos antisociales de erradicar nada, pues la conducta delictiva no está enraizada, sino de poner en práctica intervenciones, sobre el individuo así afectado, en orden a reducir el riesgo de conductas violentas, consistiendo aquéllas en mejorar las condiciones de vida del que de este modo se comporta, o aplicando medidas limitantes sobre las vertientes personales creadoras, con probabilidad, de tal riesgo. Utilizando sobre todo, como instrumentos de predicción del precitado riesgo, **métodos actuariales** (*probabilidad estadística*) y, raras veces, *aportes clínicos estructurados*.⁶⁴ Naturalmente, surgen, aquí, objeciones fundamentales. V. gratia: ¿Si no se utiliza los medios clínicos, cómo poder acceder, ponderar y explicar lo que de único e intransferible, con respecto a la escasa o nula resistencia a los distintos impulsos (factores) criminógenos, por parte de este delincuente (delincuente concreto)? O, por el contrario, ¿cómo hallar e individualizar la existencia, en él, de posibles contrafactores o factores de resistencia? ¿Cómo comprender sus preferencias de orientación criminal...?

Sin diagnosticar y pronosticar al delincuente como un todo indivisible (es una persona) se podrán enmascarar, durante algún tiempo, los síntomas expresivos de

⁶² J. MONAHAN: “*Predicting violent behavior: an assessment of the clinical techniques*”; en Sage and J. Monahan and H. J. Steadman: “*Violent and mental Disorder: Developments in Risk assessment*”, University of Chicago Press, 1996. También, J. MONAHAN y Otros: “*Rethinking risk assessment. The Mc Arthur Study of mental Disorder and Violence*”; Oxford University Press, Oxford, 2001.

⁶³ N. ROSE: “Government, authority and expertise in advance liberalism” en *Economy and Society*, 22 (1993) pp. 283 y ss.

⁶⁴ Sobre esta materia, véase el excelente trabajo de Jean Louis SENON y Otros: “Dangerosité Criminologique ...”, ya citado, sobre todo, pp. 3-5 del estudio.

su criminalidad, pero las “causas”, intactas, de la misma, volverán, más pronto que tarde, a producir sus efectos.

Como sugiere Bastien QUIRION (de la Universidad de Ottawa) no es recomendable llevar a cabo **intervenciones parciales** sobre el individuo (aquí, el delincuente) para tratar de alejarle de su delinquir, si las mismas fragmentan la unidad inescindible de la personalidad de aquél. Y lo que va unido sí: “La intervención se limita así a desarrollar en el individuo habilidades cognitivas que le permitan adoptar comportamientos mejor adaptados a su entorno y a reaccionar a los diferentes obstáculos que pueden conducir a la reincidencia, mas, por lo tanto, sin intentar remediar las causas. **Tampoco** las psicosociales más profundas”, operantes en el intervenido, “que habrían de reconducir al individuo”, así, a la actividad desviada de origen.⁶⁵ La presencia continuada de las causas provoca siempre sus específicos efectos.

¿No caen, en ese defecto, las técnicas de las teorías cognitivistas (o neocognitivistas) y afines? ¿Cómo? Enseñando a “trabajar”, de forma “estanca”, en exclusiva, sobre ciertos aspectos individuales, así como sobre contenidos de pensamiento o de habilidades sociales, del delincuente, en orden a cambiar su manera de percibir la realidad (personas, cosas y medio). O potenciando y perfeccionado ciertas habilidades con el fin de saber y poder desarrollar actividades adecuadas para poder desenvolverse, con éxito suficiente, en el contexto de la sociedad que le ha tocado vivir. **Pero no basta, aquí, con potenciar y dinamizar aptitudes si no se acompaña del proceso de cambio en las actitudes predisponentes al delito. Siempre, naturalmente, con la mayor participación activa, a poder ser, del abogado al cambio.**

Sí, sí. Se trata de una **advertencia previsible**: El simple desarrollo de habilidades cognitivas en el delincuente puede desembocar en lo contrario de lo que se pretende, cuando no se neutraliza, de forma suficiente, la predisposición criminógena. Aquel desarrollo, en efecto, pudiera desencadenar la comisión de delitos más sofisticados y más graves, o mejor ejecutados. (cambio, respectivamente, de “registro” delictivo o mayor facilidad para perpetrar los delitos elegidos. O sea, perfeccionamiento en el “*modus operandi*”). La razón está en que, en cualquier caso, el desarrollo de esas habilidades cognitivas fortalecen la “*adaptabilidad social*” del transgresor. De todas formas, por la trascendencia de estos supuestos, dada su práctica tan extensiva, se hace imprescindible la contrastación empírica de esta hipótesis que, a golpe de “razón”, deviene en muy probable.

⁶⁵ Bastien QUIRION: “Traiter les délinquants ou contrôler les conduites: le dispositif thérapeutique à l’ère de la nouvelle pénologie”, ya citada, p. 8.

Montserrat López Melero

Doctora en Derecho. Universidad de Alcalá de Henares

El artículo 25.2 de la CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos

PALABRAS CLAVE. Artículo 25.2 de la CE, derechos fundamentales, reeducación, reinserción social, reclusos.

KEY WORDS. Article 25.2 of the CE, fundamental rights, reeducation, reintegration of social, recluses.

RESUMEN. El condenado a pena de prisión será recluido en un Centro penitenciario donde tendrá lugar la ejecución de la misma y en el que deberá permanecer durante el tiempo fijado en la sentencia, sometido a un régimen especial de vida y a un tratamiento rehabilitador, como declara el artículo 25.2 de la CE. Todo ello dará lugar al nacimiento de una relación jurídica entre el Estado y el condenado, que nuestro Tribunal Constitucional ha calificado de relación de sujeción especial y de la que nacerán derechos y deberes recíprocos para ambas partes. Se analiza la cuestión planteada por la doctrina, en especial, la penalista y en la jurisprudencia constitucional y ordinaria de si el artículo 25.2 de la CE en lo referente a la reinserción y reeducación social si es un fin a conseguir o un derecho fundamental, además de si se debe interpretar con el único y exclusivo fin de las penas privativas de libertad y, de si lo debemos considerar como un derecho fundamental del recluso o un derecho de la sociedad.

ABSTRACT. The sentenced to imprisonment will be held in a detention center where you will place the execution of the same and which must remain during the time stipulated in the sentence, subject to a special regime of life and to a rehabilitative treatment, as stated by the article 25.2 of the CE. This will lead to the birth of a legal relationship between the State and the condemned, that our Constitutional Court qualified relationship special clamping and that will be born reciprocal rights and duties for both parties. Discusses the question raised by the doctrine, in particular, the

penal law and in constitutional jurisprudence and ordinary if the article 25.2 of the CE as regards the social reintegration and rehabilitation if it is a order to gain or a fundamental right, in addition to if it should be interpreted with the sole and exclusive purpose of custodial sentences and, if we have to consider as a fundamental right of the prisoner, or a right of the society.

1. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS.

a) Cuestiones previas.

Es el artículo 25.2 de la CE el precepto que garantiza el reconocimiento de todos los derechos fundamentales a los presos a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. De otro lado, dictamina que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

Esta triple limitación se refiere, en cuanto al fallo condenatorio, exclusivamente a los condenados a pena de prisión, sin olvidar las penas accesorias del Código Penal. Las limitaciones que suelen establecer afectan a la libertad, no obstante, también pueden quedar afectados otros derechos como el derecho al sufragio y obtención de cargos públicos. El sentido de la pena debe entenderse como privación de ciertos derechos que efectivamente son de imposible ejercicio, por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio. Se trata de derechos no ejercitables en una situación de privación de libertad pues presuponen la propia libertad¹. En este sentido, Bueno Arús² entiende que son incompatibles con el sentido de la pena de privación de libertad, al menos en su configuración normal, los siguientes derechos: el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el derecho de reunión y de asociación, los derechos a sindicarse libremente y la huelga, el derecho de petición colectiva, el derecho a defender a España, el derecho a la propiedad privada, el derecho a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a la negociación colectiva laboral o a adoptar medidas de conflicto colectivo y la libertad de empresa, así como el pretendido derecho a la sexualidad, rechazado por la STC 89/87, de 3 de junio. Para Cobo y Boix³ se trata de que

¹ BUENO ARÚS, F., "Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española", *X Jornadas de Estudio, Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 1094; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Garantía penal (comentario al artículo 25 de la Constitución)", en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1983, p. 97.

² BUENO ARÚS, F., "Eficacia fundamentales reconocidos a los reclusos de los Derechos en el artículo 25.2 de la Constitución española", ob., cit., p. 1094; también lo indican, DELGADO RINCÓN, L., "La constitucionalización de la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad", en CARCEDO GONZÁLEZ, R. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amarú, 1º ed., 1º imp., Salamanca, 2008, pp. 79-106; URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 63, 2001, pp. 43-78.

³ BOIX REIG, J. y COBO DEL ROSAL, M., "Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social", en *Comentarios a la legislación penal y constitucional*, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 219 y ss.

determinados derechos, aunque no se hallen afectados directamente por el contenido del fallo condenatorio, resultan de imposible ejercicio. Y, en cuanto a la limitación de la Ley penitenciaria, tiene su fundamento en las necesidades del régimen penitenciario, es decir, el orden, la seguridad, sanciones disciplinarias o lo referido al tratamiento individualizado. Hablamos de Ley penitenciaria y no de Reglamento siempre que no lesione el contenido esencial, opinando Lamarca que el límite o barrera de la defensa del contenido esencial resulta operativa, si bien aceptando que dicho contenido no siempre es el mismo para la población reclusa que para el resto de los ciudadanos, sino que la pena de prisión determina una nueva definición o perfil de algunos de esos derechos, de manera que el contenido esencial de la libertad de un condenado es, de entrada, distinto del contenido esencial que pueda predicarse de esa misma libertad con carácter general⁴. Asimismo se establecen una serie de limitaciones atendiendo a razones de seguridad y orden público como los referentes al derecho de comunicaciones y visitas y al trabajo o libertad de movimiento, pudiendo dar lugar al aislamiento.

Después de este paréntesis, hay que añadir que no existen precedentes en los distintos textos constitucionales españoles como el indicado en el artículo 25.2 de la vigente Constitución⁵, en el que se han orientado la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, es decir, ya no cumple la función de retribución o prevención general, cabe añadir que el precepto constitucional es criticado doctrinalmente porque sólo se refiere a los condenados a la pena de prisión y no, además, a los condenados a medidas de seguridad⁶.

b) Diferentes concepciones doctrinales en torno al fin de la pena privativa de libertad: reeducación y reinserción.

El de *reeducación* es el primer término que utiliza el artículo 25.2 de la CE. En sentido amplio, puede significar volver a educar, pese a que el sujeto, en cuestión, ya tiene una educación. Pero, en sentido estricto, se trata de una educación en valores y comportamientos adecuados a los que tenía en su estado anterior, frente a los actos que le ha llevado a la comisión de un hecho delictivo y, en consecuencia, a la prisión⁷.

⁴ LAMARCA PERÉZ, C., "Los Derechos de los presos", en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, p. 85.

⁵ En este sentido, SOBREMONTA MARTÍNEZ, J.E., "La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 12, 1980, pp. 180 y ss. Se ha planteado, por la doctrina, la inconstitucionalidad de la pena privativa de libertad que no lleve a la consecución de la reinserción social, se entiende que es para cualquier tipo de privación de libertad, planteándose el problema del parámetro de la reinserción. Ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha dado la solución a la cuestión planteada, alegando la constitucionalidad de preceptos que disponían penas con objetivos de reeducación y reinserción (ATC 985/1986, de 19 de noviembre).

⁶ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 153-154; COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Comentario al Artículo 25. Garantía penal", en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. O. Alzaga Villaamil), t. III, Madrid, 1996, p. 96 y pp. 140-141. Foucault ya aseveraba que "en el interior de la cárcel interesa, fundamentalmente, la disciplina del individuo, la sumisión del cuerpo y del alma", FOUCAULT, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Gallimard, París, 1975, trad. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 203.

⁷ Al respecto, HAMPTON, J., "The Moral Education Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, n.º 13, 1984, pp. 208-238.

Para un sector doctrinal –García-Pablos– el término *reeducción* es poco afortunado y un "lamentable despropósito", que pugna con los conocimientos actuales de la criminología, de la ciencia penitenciaria, de las ciencias de la conducta y de la propia política criminal⁸. Manifiesta además que la función *reeducadora* merece algún reparo adicional, desde el prisma de su *legitimidad* en una sociedad plural y democrática a la luz de los postulados de un Estado social y de Derecho. Reeducar puede significar, en este sentido, *adoctrinar, domesticar, uniformar*, lo que excede la frontera de paternalismo anacrónico para convertirse en un atentado a los derechos del individuo, inadmisibles por más que se ejecute, paradójicamente, en nombre del propio bien del penado⁹.

Desde otro prisma, *reeducar*, consiste en compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad¹⁰. El recluso puede iniciar por sí mismo su reeducación¹¹, máxime cuando a los poderes públicos le corresponde, atendiendo al artículo 9.2 de la CE, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Asimismo, Luzón Peña y García García¹², entienden que no es motivo para delinquir que el sujeto no comparta los valores sociales.

En segundo lugar, la Constitución utiliza el término *reinserción social*, lo que significa volver a insertar. Para algunos, como Bueno Arús¹³, supone la "segunda socialización", no obstante, entiende que la reinserción no es el único fin, no siendo incompatible con la retribución o la protección social. Otros, como Aranda Carbonel¹⁴, hablan de una adaptación a las normas y bienes jurídicos existentes en la comunidad, diferenciando entre resocialización moral o programas máximos que consisten en que el sujeto interiorice y haga suyas las normas sociales. Pero esta tesis no es aceptada por la mayoría de la doctrina al mantenerse que en nuestro Estado social y democrá-

⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias", en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28-30, cita a GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Civitas, 2º ed., Madrid, 1995, p. 225, donde afirma que "se ha adoptado el sistema de individualización científica que es por el que el penitenciarismo más avanzado se inclina en la actualidad.

⁹ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, ob., cit., p. 32.

¹⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., pp. 150-151. En sentido similar, GARCÍA GARCÍA, J., "Tratamiento penitenciario", en CLEMENTE DÍAZ, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1989, p. 83.

¹¹ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Artículo 25: Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social", en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, Madrid, 1982, pp. 217 y ss.

¹² LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 54. En sentido similar pero no idéntico, García García señala que los reclusos son seguidores de unos valores que le aseguren un puesto privilegiado en el sistema, GARCÍA GARCÍA, J., "La reforma penitenciaria española: actualidad y futuro", *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, 1982, p. 53.

¹³ BUENO ARÚS, F., "La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario", *Actualidad Penal*, nº. 5, 1987, pp. 233 y 235. En este sentido, se pronunció el ATC 15/1984, de 11 de enero; SSTC 19/1988, 16 febrero Fj. 9; 148/1994, de 12 de mayo; 48/1996, de 25 marzo; 119/1996, de 8 julio.

¹⁴ ARANDA CARBONEL, M^a J., *Reeducación y reinserción social*, tratamiento penitenciario, análisis teórico y aproximación práctica, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2009, p. 24.

tico de Derecho se respeta la dignidad y la personalidad. Por ejemplo, Mapelli¹⁵ define *reinsertar* como "volver a meter una cosa en otra. En este sentido, reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación".

Se concluye, en consecuencia, que es una imposición constitucional. Supone, en síntesis, favorecer directamente el contacto recluso-comunidad. Y, es en este sentido, García-Pablos quien rechaza considerar la reeducación como paso previo y obligado para conseguir dicha reinsertión, ya que "el término reinsertión social alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la personalidad de aquél [...], sino ajustes funcionales y asistenciales por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre, afirma que supone la necesidad de prestaciones positivas por parte de la comunidad a favor del ex penado, que de cambios en la personalidad o alteración del código axiológico de éste". Para este autor, la reinsertión supone adaptar al penado nuevamente al orden social y el fin primordial de la pena no es la reinsertión social del recluso, ya que la privación de libertad destruye y aniquila, separa al hombre de la comunidad, afecta negativamente los factores y mecanismos de socialización, los propios grupos primarios, aunque admite que sea un principio inspirador de las Instituciones penitenciarias¹⁶. De modo que, sería rechazable cualquier otra lectura del artículo 1 de la LOGP, no incompatible con su tenor literal, en el sentido de equiparar el significado de ambos conceptos, el de reeducación y reinsertión social, a través de la vía de reputar la reeducación como paso previo y obligado para la reinsertión. Pues se olvidaría entonces que esta última exige una aproximación del individuo y la sociedad y unas prestaciones positivas por parte de ésta, si no quiere ser reducida a un mero "sometimiento" incondicionado del individuo al grupo. Asigna a los términos de *reeducación* y *reinsertión social* la finalidad de poner a disposición del preso unos medios que actúan sobre las causas que han determinado la comisión del hecho delictivo, sin cambiarle de personalidad¹⁷. Interpreta los términos *reinsertión* y *reeducación* como prevención especial, que tomando como base el artículo 1 de la LOGP, asevera que ambos términos han de interpretarse como resocialización, siendo la meta de las instituciones penitenciarias, en el sentido de "preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad".

Mapelli¹⁸, sin embargo, aunque señala que la reeducación se presta a ser entendida como «manipulación, dominio o imposición de valores», interpreta el término como «compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad».

¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 151.

¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias", ob., cit., pp. 34 y 42.

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, UOC, 2º ed., Barcelona, 2006, p. 451. De esta opinión son BAJO FERNÁNDEZ, M., "Tratamiento penitenciario y concepción de la pena", *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 25 y ss.; MIR PUIG, S., "¿Qué queda en pie de la resocialización?", *Eguzkilore*, nº. 2, 1989, pp. 35-42; BUENO ARÚS, F., "La legitimidad jurídica de los métodos en criminología clínica aplicado al tratamiento penitenciario", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº. 1215, 1980, pp. 4 y ss.

¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 150.

mientras que la «reinserción» hace referencia a «favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad», incluso llega a afirmar que "la no utilización del término «resocialización» obedece a la falta de precedentes legislativos". Mientras que, para De la Cuesta Arzamendi, "hablar [...] de resocialización del delincuente sin cuestionar al mismo tiempo, al conjunto social al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido"¹⁹. Ahora bien, al manifestar que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", se refiere a la resocialización que hay que llevar a cabo en el ámbito penitenciario y no a la prevención especial. En este sentido crítico, se sitúa Mapelli²⁰, quien entiende que se dan dos posibles interpretaciones, una, amplia, por la que la resocialización constituye un fundamento de la pena; la otra, restringida, por la que la resocialización es tan sólo un criterio ordenador de la ejecución penal²¹. Pese a ello, entiende que el citado precepto no contiene ningún aspecto preventivo, además de que, a veces, tiene exigencias contrapuestas.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que para Bergalli, prevención especial es sinónimo de readaptación social²². Él es uno de los autores que opina que existe un vínculo evidente que liga la ejecución penal con la estructura socio-económica del país; mostrándose partidario del sistema funcional o de la teoría de la socialización, es decir, que el actuar delictivo está originado por los defectos de socialización, de las normas del sistema social, de manera que la resocialización debe ir encaminada a corregir dicha ausencia. Esta teoría es criticada ya que no todo delincuente presenta defectos de socialización. De otro lado, defiende que "resocialización es la reelaboración de un status social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía". En consecuencia, supone corresponder en el futuro a las esperanzas mínimas de la sociedad o sea a no ser más punible y con ello ser incluido otra vez en la sociedad.

Interesa concretar cómo se consigue esa readaptación a través de la ejecución de las penas. Ejecución penal, la del artículo 1 de la LOGP, que en opinión de García-Pablos contempla tres fines, así la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad; los de retención y custodia de detenidos, presos y penados; y la labor asistencial y de ayuda a favor de presos y liberados²³. Una cuestión que se plantea García-Pablos es la jerarquía o prelación de

¹⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "El trabajo penitenciario resocializador", *Caja de ahorros provincial de Guipúzcoa*, San Sebastián, 1982, p. 136.

²⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., pp. 150 y ss., p. 180.

²¹ Se añade una tercera interpretación de la mano de Córdoba Roda quien entiende que la resocialización tiene implicaciones para el resto de las instancias penales, CÓRDOBA RODA, J., "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", *Papers*, n.º. 13, 1980, p. 132; en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982, pp. 5 y ss.

²² BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Instituto de criminología, Madrid, 1976, pp. 19 y 22 y 33-43.

²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias", ob., cit., pp. 35-36.

finés, en caso de hipotético conflicto, argumentando que del propio tenor literal del precepto parece que existe una inequívoca prelación o jerarquía de fines, la reeducación y reinserción social del sentenciado es fin primordial, y, por tanto, al mismo deben subordinarse, en el supuesto de una eventual colisión, los cometidos de retención y custodia, así como los asistenciales. Además, postula que aun reconociendo la primacía de la meta reeducadora como principio orientador de la ejecución penal según el mandato legal, una contemplación realista del mismo obliga a relativizar el problema. En primer lugar, porque la "retención" y "custodia" de "detenidos", "presos" y "penados" no es, en sentido estricto, un "fin" de la ejecución penal, sin el presupuesto de la misma: un "objetivo mínimo", pero indispensable, sin el cual devienen irrealizables todos los restantes²⁴. En segundo lugar, porque las finalidades no tienen idénticos destinatarios.

De otro lado, se encuentran aquellos, entre los que cabe citar a Álvarez García o Cattaneo²⁵, que analizan la cuestión en base a la distinción entre reeducación-reinserción, como resocialización o recuperación social, frente a la reeducación-enmienda, entendiéndolo que el sujeto debe adquirir la capacidad de vivir en la sociedad respetando la ley penal con los valores dominantes en una determinada colectividad pero solamente en su aspecto externo. Cattaneo identifica la prevención especial con la enmienda, entendiéndola como una de las formas de aquélla. Y en un sentido similar, se pronuncia Müller-Dietz al aseverar que la resocialización pierde su sentido dentro del marco penal por tener una naturaleza y una proyección meta-penitenciaria, vinculando el fin de la integración social con el de la defensa del ordenamiento jurídico, es decir, que la misión de la pena es mostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica. Frente a éstos, la doctrina constitucionalista, por ejemplo, Rubio Llorente o Urías Martínez²⁶, aboga porque se trata de un precepto orientador de la política penal y penitenciaria.

En opinión de Mapelli²⁷ la resocialización penitenciaria es antes que nada inserción social y sólo cuando se hace materialmente imposible entra en juego la reeducación. Pero la terminología *reeducar* ha sido criticada por un sector doctrinal²⁸ al

²⁴ Situación que ha puesto en relieve un sector representativo de la doctrina penitenciaria alemana, SCHÜLLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen, 1969, p. 213, cita de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias", ob., cit., p. 36, nota 18.

²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.), *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 41; CATTANEO, M.A., *Pena, diritto o dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, p. 170.

²⁶ RUBIO LLORENTE, F., "La Constitución como fuente del derecho", *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 23 y ss.; URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 63, 2001, pp. 43-78.

²⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 151.

²⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., "Tratamiento penitenciario y concepción de la pena", *Estudios jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 39; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias", ob., cit., pp. 30-31; MANZANOS BILBAO, C., "Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras", en RIVERA BEIRAS, I., (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Tercera Ponencia: "Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites", Bosch, Barcelona, 1994, pp. 127 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", ob., cit., pp. 98 y ss.

entender que no todos los sujetos necesitan ser reeducados sino educados, así como otros sujetos no precisan la reeducación, por ejemplo, los *incorregibles* que es imposible reeducarles, además, se olvidan de que la meta de la pena privativa de libertad no es la corrección sino la reeducación²⁹. En suma, como afirma Ríos Martín³⁰, "no todos los que están en la cárcel son criminales intratables". En sentido amplio, Mapelli³¹ cree que el término *reeducación* se presta a ser entendido como manipulación, dominio o imposición de valores, suponiendo compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad. El objeto del proceso reeducador no es tanto la personalidad del individuo como el marco penitenciario que debe adaptarse de tal forma que el recluso pueda iniciar por sí mismo su reeducación. Mientras que el término *reinserción* hace referencia a favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad. De otro lado, cree que "exigir una política penitenciaria progresista es tanto como revitalizar y generar nuevas garantías en torno al condenado. Frente a técnicas de control difusas basadas en una pretendida resocialización, que han alcanzado unas cotas de manipulación de la personalidad imposibles de controlar por el Derecho y mucho más en una sociedad opaca como la carcelaria, se hace necesario recuperar el sentido autentico de la prisión como instrumento de castigo contra las conductas que se entienden socialmente insoportables. La pena no puede dar un giro copernicano transformando en bondad y solidaridad lo que no es más que una acción represiva del Estado y si denunciamos ese ropaje político e ideológico encontraremos sólidos argumentos para continuar en una línea reduccionista frente a las agresiones institucionales violentas contra las personas".

Para otro sector, como es el caso de Ruíz Vadillo,³² la reeducación y reinserción social es predicable de todas las penas y de muchas otras medidas penales aunque no sean privativas de libertad, así la Constitución se refiere a la orientación, que es algo menos que un fin y, como la pena, se sitúa en el punto de equilibrio entre una y otra prevención: la general y la especial, sin perjuicio de buscar sustituciones correctoras de la sanción inicialmente fijada (novación punitiva). No siempre la declaración de que esa orientación de reinserción está obtenida puede llevarnos a dejar sin efecto el cumplimiento de la pena. En el mismo sentido, se afirma que el Derecho Penal no solamente debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal³³. Esto significa que es necesaria una participación por parte del delincuente además de

²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, ob., cit., p. 135; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo", ob., cit., pp. 656 y ss., y p. 664. Esta corriente confunde el Derecho y la Moral. En la actualidad la confusión está más que superada dando lugar a posiciones humanitarias y tratando una resocialización con "un mínimo de estabilidad y eficacia desde el neutralismo moral y axiológico".

³⁰ RÍOS MARTÍN, J.C., *Vientos de libertad: experiencia compartida de lucha contra la cárcel y el sida*, Sal Terrae, Santander, 1994, p. 63.

³¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 150; del mismo, "Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria", en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, pp. 31-32.

³² RUÍZ VADILLO, E., "La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)", *Eguzkilore*, n.º. 4, 1990, pp. 63-78, y n.º. extraordinario 13, 1999, p. 209.

³³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 40.

ofrecerle o proporcionarle la asistencia necesaria. El Tribunal Constitucional es seguidor de esta doctrina cuando entiende, en la Sentencia 109/2000, de 5 de mayo, Fj. 3, que resocialización es el proceso a través del cual el recluso se prepara para la vida en libertad.

Pero teniendo en cuenta que es en la doctrina penalista donde hay autores que consideran que la resocialización es una *utopía* –Pavarini, Bergalli³⁴–, un *mito* –Muñoz Conde, De la Cuesta Arzamendi³⁵– en palabras de éste "de un nuevo engaño dirigido a ocultar la realidad de la intervención penal cada vez más represiva y que, a través del discurso resocializador y terapéutico, bajo el manto de la "neutralidad" científica, logra dotar al castigo de una legitimación y apariencia de racionalidad de la que progresivamente carecía", o un *desiderátum* –Tamarit Sumalla, Neuman³⁶–, es decir, actualmente la prisión produce efectos desocializadores y no una reinserción³⁷, interesa concretar, de otro lado, que la reinserción es la única finalidad constitucional por lo que no puede ser vaciada de contenido y relegada a un *desiderátum* programático³⁸. En esta línea, y desde la perspectiva penitenciaria, se dispone que se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general³⁹. Dicha finalidad se pretende conseguir en un medio de no libertad para que en libertad se respete unas normas. Es por ello que se ha suscitado para Mapelli

³⁴ PAVARINI, M; de., *Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, Argentina, 2002, p. 87; del mismo, "Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo", *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º 3, 1985, pp. 525-554; y "Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional", *Poder y Control*, n.º 0, 1986, pp. 155-174; BERGALLI, R., "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", *Doctrina Penal*, n.º 36, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 577-597.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 387 y 390; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *ob.*, *cit.*, p. 11.

³⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 34, quienes, siguiendo la opinión de Ashworth y Von Hirsch, reconocen que "el ideal rehabilitador ha pasado a ocupar, [...] un rol periférico en la Administración de justicia penal". De otro lado, se dice que el *desiderátum* de la penología, es decir, la readaptación social, debe verificarse sobre seres humanos y no sobre categorías legales, NEUMAN, E., "Aspectos penológicos", en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977, p. 18. Esta afirmación acepta la prevención del delito y el tratamiento al recluso, que en palabras de Neuman no sólo debe quedar en tarea de la administración penitenciaria sino también en cooperación, solidaridad, asistencia y responsabilidad del cuerpo social.

³⁷ Es numerosa la bibliografía que se puede citar sobre los efectos desocializadores de la cárcel, así, QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Aranzadi, 3ª ed. rev., Navarra, 2002, p. 102; RÍOS MARTÍN, J.C., "Cárcel y Derechos Humanos", *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, pp. 615-622; del mismo, *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2001 (y 4ª ed., de 2007), pp. 85-86. A lo largo de la historia el concepto de *resocialización* ha sufrido fundamentalmente descalificaciones de orden ideológico, desde perspectivas más radicales, representadas fundamentalmente por las teorías psicoanalistas y marxistas, se defiende que la resocialización que hay que realizar no es la del delincuente, sino la de la misma sociedad que produce el delito; MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", *ob.*, *cit.*, p. 107; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal", *ob.*, *cit.*, p. 93, *cit.* 250.

³⁸ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 302; basándose en las SSTC 28/1988 y 204/1999, afirma que la reinserción no es un derecho fundamental. La reeducación y la reinserción no pueden ser invocadas por los internos en los casos concretos que les afecte. Ni siquiera (pese a que es la única enunciada) le concede el rango de finalidad principal.

³⁹ Art. 59 de la LOGP.

el problema del alcance y la interpretación del término *Instituciones Penitenciarias* como la destinataria de la función de reeducación y de reinserción social, considerándose que una acepción estricta del mismo incluiría tan sólo el entramado orgánico, estructural, con lamentable exclusión de la actividad y funcionamiento de tales Instituciones⁴⁰. "La contraposición (órgano *versus* actividad del órgano) carece de sentido, pues si las "Instituciones" son el titular al que la Ley se refiere, lo decisivo es la "función" que ésta les encomienda; función que implica determinada actividad ("reeducadora"). Reeducadora ha de serlo, por tanto, la actividad que despliegan las Instituciones penitenciarias (la ejecución penal)"⁴¹.

En cuanto a si la reeducación y la reinserción suponen complementariedad o si una suple las carencias de la otra, hay quien opina, como Sobremonte Martínez, que el legislador constituyente pretendió con la reeducación dar un sentido de preparar al condenado para la fase de resocialización, interesando como procedimiento de educación de una persona que no está educada⁴². Frente a tal tesis, Mapelli mantiene que, mientras que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, el segundo atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones materiales individuo-sociedad⁴³. Además, mantiene, junto a Manzanos Bilbao, García Arán y Córdoba Roda, entre otros, que el fin inmediato es evitar la desocialización⁴⁴. En este sentido, Mapelli indica que "la conciencia generalizada de que la pena privativa de libertad por su naturaleza constituye un obstáculo para cualquier tipo de recuperación legal del condenado, justifica que la resocialización aspire ante todo a atenuar en lo posible sus efectos negativos o lo que es lo mismo a su propia imposición". Manzanos Bilbao recalca que "se trata de garantizar los derechos del recluso y buscar formas para atenuar los efectos desocializadores de la privación de libertad, como son el desarraigo, desvinculación social, cronicación de conductas delictivas". Considerando García Arán que "para evitar el nuevo delito es imprescindible que el condenado no termine el cumplimiento de la pena en peores condiciones de socialización que las que presentaba antes, por lo que la ejecución penitenciaria debe estar presidida por el criterio de la no desocialización del penado y conservación de las condiciones mínimamente favorables para su reincorporación a la vida en libertad". Y, Córdoba Roda, manifiesta que "el régimen de cumplimiento de las penas de privación de libertad en su aplicación real no cumple tanto una función de readaptar a la sociedad a quienes, previamente a la imposición de la pena, están necesitadas de tratamiento, cuanto la de intentar aminorar los perjudiciales efectos inherentes a la privación de libertad".

⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 178.

⁴¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias", ob., cit., p. 35.

⁴² SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., "La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente", ob., cit., p. 98.

⁴³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., pp. 152 y 101.

⁴⁴ MANZANOS BILBAO, C. "Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras", ob., cit., p. 135; CÓRDOBA RODA, J., "La pena y sus fines en la constitución española de 1978", ob., cit., p. 132; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., "La ejecución de la pena privativa de libertad y sus alternativas", *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 571. Todos parten de la premisa de que en los Centros penitenciarios no se dan las condiciones necesarias para la consecución del fin, de ahí que surjan las ideas de las medidas alternativas.

c) Reeducción y reinserción social de los reclusos como orientación de la pena privativa de libertad según el artículo 25.2 de la CE.

El mencionado artículo establece una dualidad entre las penas y las medidas de seguridad en el sentido de que ambas van encaminadas a la misma finalidad, la reeducación y la reinserción social. Desde esta perspectiva, no cabe distinción entre pena y medida de seguridad, en consecuencia se habla de "fraude de etiquetas", existiendo discrepancias entre las doctrinas dualistas y monistas. Por ello es por lo que hay autores –M.J. Falcón y Tella y F. Falcón y Tella– que estiman que se debe de hablar de "sanción penal"⁴⁵.

Los sistemas dualistas, representada esta posición por Roxin, Terradillos y Muñoz Conde, entre otros, se caracterizan porque existen dos vías para impartir la justicia. Una es la pena fundada en la culpabilidad del sujeto, siendo retributiva, porque pretende a través del castigo que el sujeto ofensor pague a la sociedad el daño causado, es represiva al pretender intimidar para que no vuelva a cometer el delito, y determinada porque la pena es la que define la ley o el juez; y otra es la medida de seguridad, fundada en la peligrosidad. En síntesis, la pena está orientada por una necesidad ética y de justicia (*punitur quia peccatum est*)⁴⁶.

Los sistemas monistas, entienden que únicamente hay que aplicar o la pena o la medida de seguridad y no ambas, argumentan que la pena es un valor positivo que encuentra en sí su razón y justificación⁴⁷. Es seguidor de esta teoría, entre otros, Pacheco⁴⁸, quien defiende que la pena es un hecho altamente grave que se deriva del orden supremo, de la providencia universal que rige y ordena todas las cosas. A mayor abundamiento, Silvela⁴⁹ manifiesta que "si la razón de la pena está en el quebrantamiento del orden jurídico por una voluntad a él opuesta, su fin consiste en restaurarle y restablecerle en toda su pureza"; y C. Arenal⁵⁰ opina que la pena es expiación, lo que supone el modo de reducir al malo a la impotencia de hacer mal.

Frente a estos dos sistemas se encuentran los eclécticos, mixtos o teorías unificadoras, sus seguidores son Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo y Landrove, entre otros⁵¹.

⁴⁵ FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 94.

⁴⁶ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de Luzón Peña, Cívitas, 1^o ed., Madrid, 1997, p. 82, considera que el mal debe ser retribuido, equilibrado y expiado; TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 118 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria, Jerez, 1985, pp. 132 y ss.

⁴⁷ MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, 3^o ed., Padova, 1992, p. 713. Es de la opinión de que el delito es la negación del ordenamiento jurídico y la pena es la negación del delito, por lo que la pena, en cuanto negación de una negación, es una afirmación del Derecho.

⁴⁸ PACHECO, J., *Estudios de Derecho Penal*, Imp. y Fundación de Manuel Tello, 5^o ed., Madrid, 1887, p. 241.

⁴⁹ SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Murillo, Madrid, 1874, pp. 259 y ss.

⁵⁰ ARENAL, C., *Estudios Penitenciarios*, vol. I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895, citado por ARANDA CARBONEL, M^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, ob., cit., p. 19, nota n^o. 47.

⁵¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 515 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n^o. 219, 1965, pp. 759-791; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 6^o ed., Madrid, 2005, pp. 5 y ss. Frente a ellos se

Iniciados en Alemania por Merkel, constituyen una posición intermedia, que tratan de dar respuesta a las insuficiencias presentadas por las teorías absolutas y relativas; proponen que primero se aplique la medida de seguridad y cuando llegue su ejecución se tome en consideración para la duración de la pena, en caso de que sea necesario aplicarla. En suma, la pena será legítima para estas teorías en la medida en que sea a la vez *justa* y *útil*⁵². Aunque para otros se fundamenta en la prevención del delito, así opina, Antón Oneca, Muñoz Conde o Mir Puig⁵³. El Código penal actual se basa en esta teoría unitaria. Este sistema (el de las teorías unificadoras) se funda en el positivismo de Ferri. La medida de seguridad parte de las preguntas, en relación a la finalidad del castigo, en el porqué y para qué se castiga. La doctrina lo que trata es de dar explicación a la necesidad de mantener el orden jurídico en la comunidad para una mejor y mayor convivencia.

Para Falcón y Tella⁵⁴ la sanción penal, aunque sea necesaria, tiene que ser una *última ratio*, un último recurso, cuando los demás modos de ordenación y protección de la sociedad hayan fallado, de modo que son presupuestos justificativos de la sanción penal los principios de subsidiariedad y efectividad⁵⁵. En un sentido más crítico y amplio, afirma García Valdés⁵⁶ que "se ha dicho, con razón, que la pena tiene una existencia universal, y es exacta [...]". Prácticamente, esta teoría es la dominante en la doctrina, incluso en el Código Penal se encuentran resquicios de la misma, como por ejemplo, el aumento de la pena en el supuesto de que existan agravantes.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que la doctrina mayoritaria estima que el primer párrafo del artículo 25.2 de la CE tiene como ámbito de aplicación el estrictamente penitenciario, es decir, afecta a la pena o medida de seguridad. En consecuencia, se añade que no se deduce que el legislador haya optado por uno de los aspectos de la llamada *prevención especial* en cuanto al fin de la pena⁵⁷. El Tribunal Constitucional ha recordado en numerosas sentencias, tales como 28/1988, de 23 de febrero y 88/1998, de 21 de abril, que las finalidades resocializadoras del artículo

encuentra la doctrina abolicionista que entiende que es posible una sociedad en la que no existan sanciones penales, es el caso de MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de CÓRDOBA RODA, Barcelona, 1962, p. 63.

⁵² BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, 3º reimp., Colombia, 1996, p. 32, afirma, además, que esta teoría debe admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos.

⁵³ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*, anotada y puesta al día por J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Akal, 2º ed., Madrid, 1986, pp. 511 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 37; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, 2º ed., Barcelona, 1982, pp. 41-42.

⁵⁴ FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, ob., cit., p. 121.

⁵⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 219, 1965, pp. 28-29, citado por FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, ob., cit., p. 121.

⁵⁶ GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, 3º ed., rev., Tecnos, Madrid, 1987, p. 11.

⁵⁷ Entre otros, BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 77-78; BOIX REIG, J., "Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución", en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, p. 132; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX, J., "Derechos fundamentales del condenado", en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. O. Alzaga Villaamil), t. III, Madrid, 1996, p. 223; MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob., cit., p. 1334;

25.2 de la CE no se imponen sobre las de prevención general o especial, además de que no excluyen otras finalidades de la pena. Tal configuración ha permitido a un sector doctrinal –Téllez Aguilera y Mapelli⁵⁸ defender que se pueda hablar de una devaluación de las previsiones del artículo 25.2 del texto constitucional. Además, el Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que los fines de reeducación y resocialización "no son los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad, y que, por ello, no puede considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista. Asevera que, no es posible transformar en derecho fundamental de la persona lo que no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. Considera que la reinserción no constituye un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria⁵⁹.

La cuestión a tratar consiste en si es o no preciso castigar, mas para dar una respuesta hay que tener en cuenta las teorías abolicionistas y las justificacionistas. Por lo que se refiere a las primeras, aportan una respuesta negativa indicando que no hay justificación alguna para el Derecho penal y el *ius puniendi* del Estado. Afirman que la sanción penal no es una institución tan transparente y autoevidente de control de los delitos como podría hacérsenos creer, el papel de la sanción en la sociedad moderna no es tan obvio, sino la consecuencia de un oscuro efecto de autoafirmación de las instituciones existentes, más que algo que derive lógicamente de las prácticas penales⁶⁰; mientras que las segundas, o respuestas positivas, admiten la necesidad de sancionar o castigar, se trata de las teorías absolutas o relativas.

Para Álvarez García⁶¹, la norma constitucional recogida en el artículo 25.2 no contiene tanto un mandato, en sentido estricto, dirigido al legislador, cuanto un principio que debe observarse por todos los poderes públicos y, por lo tanto, no solamente por el legislador, en el desarrollo de su actividad. Este autor, mantiene que si resulta evidente que la interpretación de un precepto no nos permite superar el ámbito de lo posible, resulta claro también que cuando se *fabrica* la norma de la parte especial no

LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 47; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del Derecho penal", *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, p. 94. También se ha pronunciado la jurisprudencia al manifestar que el art. 25.2 no excluye otras finalidades de la pena, ATC 780/86, de 19 de noviembre; SSTC 1/1987, de 21 de enero; 281/1988, de 23 de febrero, y 1501/1991, de 4 de julio.

⁵⁸ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 36-37, por ejemplo, dicha devaluación derivaría de su confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado; su eventual configuración como tal derecho supondría un "revulsivo para la actuación de la administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento"; MAPELLI CAFFARENA, B., "El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional", *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 24.

⁵⁹ Autos del TC 15/1984, de 11 de enero, 985/1986, de 19 de noviembre, y 1112/1988, de 10 de octubre, SSTC 19/1988, de 16 de febrero, 167/2003, de 29 de septiembre, 2/2006, de 16 de enero, y 196/2006, de 3 de julio, entre otras.

⁶⁰ FALCÓN Y TELLA, M^a. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, ob., cit., p. 122. Para la justificación de la pena, CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

⁶¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación" en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 35-36. Este estudio de la distinción ya la elaboró DOLCINI, E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

puede pretenderse *curar, retribuir, reeducar*, etc.; y ello porque todavía, en ese momento, no hay un *enfermo*, un *comportamiento* o un posible *objeto de pedagogía*. Esto obliga a distinguir tres momentos en la aplicación de la pena: la conminación, la medición o imposición judicial y la ejecución de la pena⁶², de lo contrario resulta difícil atribuir a la pena otra función que no fuese la de prevención general. En esta línea, la STC 55/1996, de 28 de marzo distingue entre un fin esencial y directo de protección al que responde la norma, otros fines legítimos que puede perseguir la pena y las diversas formas en que opera (funciones o fines inmediatos entendidos como prevención general y prevención especial)⁶³.

Además, Sánchez González⁶⁴ sostiene que estamos ante un enunciado normativo que parte de una posición ideológica propia de un sentido falso del progreso social y del humanitarismo, como es la de abandonar el tradicional carácter retributivo y punitivo de las normas penales. Si dichas normas son tales, conviene recordarlo, es porque constituyen la mejor y más rigurosa protección jurídica de la vida, de la libertad, de la intimidad y de la propiedad de todos los ciudadanos. La idea de orientar la pena de privación de libertad hacia la reeducación y reinserción sociales parte, también, de una presunción basada en el desconocimiento de la realidad y de la experiencia acumulada por los sistemas penitenciarios.

Por tanto, en cuanto a la constitucionalización de la reeducación y reinserción social de los presos, no hay unanimidad en la doctrina. Mientras que para Serrano Alberca⁶⁵ tiene por objeto fijar la orientación que debe seguir la legislación, sin que ello suponga olvidar la finalidad preventiva tanto general como especial de la pena; Mapelli⁶⁶ admite la posibilidad de que en un futuro el legislador, guiado por el principio de humanidad en la imposición de las sanciones, vaya reduciendo la presencia de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras modalidades de sanciones (resocialización). Pues bien, la reeducación y reinserción social del artículo 25.2 CE es parte de la finalidad de la prevención especial, supone un abandono de la retribución penal a favor de la prevención especial mediante la reeducación y la reinserción social. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo –la STS, Sala 2ª, de 20 de octubre de 1994, FJ. 5– analizando con detenimiento las peculiaridades en la que se sintetiza los fines de la pena y su evolución resaltando la importancia que ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico la constitucionalización de la reeducación y reinserción social.

⁶² SCHMIDHAUSER, E., *Von Sinn der Strafe*, Gottingen, 1971, y ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de D.M. Luzón, Madrid, 1976, p. 20.

⁶³ Al respecto, ZIPF, H., "Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general", en POLAINO NAVARRETE, M., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987.

⁶⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., "En torno a la igualdad y a la desigualdad", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 24-25. Manifiesta que los trabajos encaminados a la reeducación y reinserción deben ser contemplados como excepcionales y destinados, en cualquier caso, a tratar la delincuencia juvenil, o prematura, y restringidas a los autores de delitos menores. Mantiene, además, que tal precepto ha configurado un sistema penitenciario que, lejos de representar el principal elemento disuasorio de la conducta antisocial o desviada, funciona como factor de estímulo de la actividad antijurídica delictiva, en particular para aquellos sectores sociales que viven en situación de precario.

⁶⁵ SERRANO ALBERCA, J.M., "Comentario al artículo 25", en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 2001, p. 602.

⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., pp. 134 y ss.

2. ¿ES LA REINSERCIÓN SOCIAL UN DERECHO FUNDAMENTAL O UN FIN A CONSEGUIR?

Partiendo de la premisa de que el artículo 25 de la CE se encuentra dentro de la Sección "De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas", la pregunta que cabe plantearse es si la reeducación y la reinserción social son un derecho fundamental o tan sólo un fin principal de la pena privativa de libertad. La Constitución manifiesta, además, que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, mientras que la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 1 indica que tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas⁶⁷. En este sentido, se trata de una auténtica norma jurídico-positiva dirigida a los poderes públicos para la consecución de la misma. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la generalidad de la doctrina esgrime que las metas resocializadoras se insertan en la propia concepción social del Estado.

Adentrándonos en el estudio de las teorías doctrinales, un sector –Manzanos Bilbao⁶⁸–, habla de funciones formales desempeñadas por la cárcel, estas funciones formales o legislativas vienen definidas en la Constitución concretamente en el artículo 25.2, al igual que en el ordenamiento penitenciario como función resocializadora de las personas reclusas. Recordemos que la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 1 lo establece como función primordial, no obstante, junto a ella, establece otras funciones, como la finalidad de "retención y custodia de detenidos, presos y penados", y el fin de "prestación de asistencia y ayuda para internos y liberados". Consiguiéndose, todo ello, a través del tratamiento penitenciario como conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (art. 59.1 de la LOGP). Si bien hay otro sector –caso de Cervelló Donderis⁶⁹– que habla de funciones y fines de la pena para el análisis de los objetivos que persigue dirigidos a evitar delitos futuros y los mecanismos utilizados para eso a través de la prevención general y la prevención especial.

Por otro lado, existe una controversia doctrinal en cuanto que el artículo 25.2 de la CE habla de pena de prisión y no de pena privativa de libertad⁷⁰, trayendo ciertas confusiones, ya que el Código Penal no sólo habla de penas de prisión. Asimismo, se

⁶⁷ La Exposición de Motivos también lo recoge como una finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad.

⁶⁸ MANZANOS BILBAO, C., *Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho*, disponible en www.eco.unlpam.edu.ar/Tteoricos/Sociologia/Manzanos, consultado el 10 de abril 2012. De otro lado, se habla de funciones y fines pero de la pena para el análisis de los objetivos que persiguen la pena dirigidos a evitar delitos futuros y los mecanismos utilizados a través de la prevención general y la especial.

⁶⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., "El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social", *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233. En este sentido, la STC 55/1996, de 28 de marzo distingue entre un fin esencial y directo de protección al que responde la norma, otras funciones o fines inmediatos entendidos como prevención general y prevención especial.

⁷⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 153, lo califica de terminología simbólica o literaria. En realidad, la expresión pena de prisión pertenece al lenguaje ordinario, pero no es ajena tampoco al mundo del Derecho, aunque se aparte de la terminología sustantivo-penal.

debe subrayar que el precepto constitucional manifiesta que la reinserción y reeducación será para los que están cumpliendo condena dejando atrás a los presos preventivos y a los condenados que no están cumpliendo la pena. Y es que, como acertadamente afirma Lamarca Pérez⁷¹, dicha restricción no supone que tal derecho sea reconocido exclusivamente a una clase de reclusos, como tampoco se entiende que el ejercicio de los derechos fundamentales quede excluido para los penados.

La doctrina penal, aunque no la mayoritaria, sostiene que la reeducación y la reinserción son derechos que se incluyen dentro del catálogo de los derechos fundamentales y libertades públicas⁷². Dentro de esta posición, Segovia Bernabé⁷³ piensa que, si existe un derecho subjetivo a la reinserción en fase de ejecución, también debe haber un deber prestacional por parte de la Administración penitenciaria para asegurar los medios previstos en el ordenamiento jurídico para llenar de contenido la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad.

Ahora bien, tampoco faltan las tesis de aquellos que sostienen, como Cobo del Rosal y Quintanar Díez, que pese a que el artículo 25.2 de la CE es un derecho fundamental del penado, no puede ser confundido con el fundamento de las penas⁷⁴. La doctrina mayoritaria opina que la declaración constitucional afecta sólo al ámbito de la ejecución de ciertas sanciones penales, de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad⁷⁵. Siguiendo con esta tesis, la reeducación y la reinserción social únicamente se pueden estimar como derechos fundamentales debido a su encuadre en la Constitución y no como fundamentación de la pena, de manera que,

⁷¹ LAMARCA PÉREZ, C., "Los derechos de los presos", en AA.VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, p. 83.

⁷² Así, para COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Derechos fundamentales del condenado", ob., cit., p. 222, se trata de un derecho del condenado; TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho penitenciario*, ob., cit., p. 35, es una manifestación de una garantía individual y no de un derecho de la sociedad o del Estado, y que para quienes el contenido rehabilitador de la pena se entiende como una manifestación de una garantía individual y no de un derecho de la sociedad o del Estado, conllevaría una inculturación o imposición de un determinado sistema de valores; COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Comentario al Artículo 25. Garantía penal", en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. O. Alzaga Villaamil), t. III, Madrid, 1996, p. 141, consideran que "no es más que la expresión constitucional, si bien muy imperfectamente formulada, de derechos del condenado que se proyectan sobre la dimensión ejecutiva de las penas (privativas de libertad) y de las medidas de seguridad, señalando unas orientaciones o tendencias"; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del Derecho penal", ob., cit., p. 93, cit. 250; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 165, entendiendo que la resocialización impone al Estado la tarea de crear las condiciones necesarias para el logro de esta finalidad; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, 2º ed., Madrid, 1982, p. 195; BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los Derechos fundamentales*, ob., cit., pp. 81-82, entiende que el tratamiento se formula como un principio orientador de las penas del que únicamente se deriva una obligación general del Estado de promover condiciones favorables para la adaptación social del penado.

⁷³ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., "En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias", *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, nº. 1, 2006, disponible en www.uned.es/escuela-practica-juridica/, última consulta el 15 de mayo de 2012.

⁷⁴ COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *Comentario al Artículo 25*, ob., cit., p. 140.

⁷⁵ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Derechos fundamentales del condenado", ob., cit. p. 219, entienden que sería contradictorio asignarle cualquier otro contenido o encontrar en la reeducación o reinserción social el fundamento o el principal fin de la pena, además sería contradictorio la propia existencia de personas sometidas a penas privativas de libertad ya adaptadas o de imposible adaptación; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La resocialización del delincuente ¿un mito?", *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984, p. 215.

como derecho fundamental que es, el recluso puede ejercerlo o concebirlo de forma voluntaria⁷⁶. Así como, de forma voluntaria, puede ejercer su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias, y a que se le presten los medios precisos para el desarrollo adecuado de su personalidad. Nuestro Estado es un Estado social y democrático de Derecho de manera que para algunos es un derecho generalizado a todos los miembros del Estado y exigible a los poderes públicos⁷⁷. Es un derecho, y no un deber, pero es un derecho exclusivamente referido a los condenados a prisión que estuviesen cumpliendo la pena privativa de libertad, por lo que se entiende que se excluye a los que estén cumpliendo una medida de seguridad o cualquier otra pena indicada por la legislación penal.

Por otro lado, Mapelli⁷⁸ reconoce que existe una relación entre la reeducación y la reinserción y los Principios Rectores de la Política Social y Económica pero, debido a que se encuentran en el Capítulo segundo de la Constitución, obedece a una intención expresa del constituyente otorgarle un plus, elevándolo a la categoría de derecho fundamental del recluso. Sustenta, además, que "si se niega a lo expresado en el artículo 25.2 de la CE la condición de derecho fundamental, lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico"⁷⁹. Con esta visión, acertadamente se esgrime la idea de que por su ubicación estamos ante un derecho fundamental, y considera que la resocialización representa un derecho que afecta a la tutela de la dignidad del recluso como persona, lo que le hace merecer el trato de derecho fundamental⁸⁰.

Podemos advertir, de este modo, que la doctrina penal minoritaria pretende que no pueda hablarse de un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social. En razón de lo mismo, el argumento que defiende Álvarez García⁸¹ es que, objetivamente, el Estado no se halla en condiciones de asegurar semejantes finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad, considerando que el marco constitucional español no posibilitaría la consecución, en la mayor parte de los supuestos, de esos fines reeducacionales o reinsertadores. Partiendo del término *orientación* postula que "no se puede hablar, por lo tanto, y a pesar de la ubicación

⁷⁶ Es la opinión que comparto igual que COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *Comentario al Artículo 25*, ob., cit., p. 141.

⁷⁷ Así lo entiende CASABÓ RUÍZ, J.R., "Comentarios al Código penal", en CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CASABÓ RUÍZ, J.R. y DEL TORO, A., *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1972, citado por COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *Comentario al Artículo 25*, ob., cit., p. 141.

⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob., cit., pp. 154 y ss.

⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., "El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional", ob., cit., p. 24.

⁸⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob., cit., p. 165; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal", ob., cit., pp. 645-700; postura que apoyo, pueden ver mi trabajo, LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*, Tesis doctoral, Departamento Fundamentos de Derecho y Derecho Penal, Alcalá de Henares, Madrid, 2011, pp. 135 y ss.

⁸¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español", en CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C., (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Prof. Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, p. 37.

del artículo 25.2 en el texto constitucional español, de un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social, y ello porque [...] ni el Estado se halla en condiciones, objetivamente, de asegurar semejantes finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad, ni en el marco constitucional español, con el actual modelo de Estado [...]".

Concretamente, la STC 120/2000, de 10 de mayo, considera que "el artículo 25.2 de la Constitución contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad [...] el mandato que establece opera como parámetro de ponderación el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de prisión, o por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión"⁸². En sentido similar, Córdoba Roda⁸³ piensa que la reeducación y reinserción sirven para dar entrada a un principio de humanización que proscribiera la imposición de sanciones inútiles, inspiradas en un simple fin de castigo, por la crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males. En consecuencia, son perjudiciales para el condenado por la injusticia y crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males, y por el deseo de adaptar así las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal. Afirma, además, que la norma constitucional guarda una cierta similitud con uno de los principios de la moderna defensa social, según el cual, "la pena privativa de libertad tiene por fin esencial la corrección y la readaptación social del condenado", como manifestación que consagra la sustitución de la "pena-castigo" por el "tratamiento de resocialización".

En resumen, el tema en cuestión se fundamenta en la tesis de que se impone al Estado el crear los medios y las condiciones necesarias para lograr la finalidad indicada: resocialización y reinserción social, es decir, para la reincorporación a la sociedad y el libre desarrollo de la personalidad⁸⁴ con la obligación que tienen los poderes públicos de prestar esos medios⁸⁵.

⁸² Reitera el ATC 151/1984, de 7 de marzo y las SSTC 19/1988, de 16 de febrero, Fj. 9, y 28/1988, de 23 de febrero.

⁸³ CORDOBA RODA, J., "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", *Papers*, nº. 13, 1980, pp. 139 y 131; en el mismo sentido, SOLÁ DUEÑAS, A., "Desarrollo democrático y alternativas político-criminales", *Paper*, Sociología, nº. 13, 1980, pp. 215 y ss.

⁸⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob., cit., pp. 154, 157 y 165.

⁸⁵ Así lo indican la STC 19/1988, de 16 de febrero, Fj. 9; SSTC, Sala 2ª, de 25 de marzo de 1993, Fj. 5; de 18 de mayo de 1995 y de 30 de diciembre de 1999, de la Sala 2ª, entre otras.

Pedro-Alejo Llorente de Pedro

Doctor en Derecho. Funcionario del Cuerpo Técnico
de Instituciones Penitenciarias (especialidad Jurista)

El reflejo penitenciario de la legislación del Antiguo Régimen y la primera Codificación Penal española de 1822

*Dedicado al insigne profesor Dr. Bueno Arús, de excelente trato siempre
conmigo y miembro fundamental del tribunal calificador de mi tesis doctoral.*

INTRODUCCIÓN.

La primera referencia a la penalidad aparece en las Partidas de Alfonso X escritas entre 1256 y 1275¹. Este cuerpo jurídico clasificó las penas en mayores y menores. Las mayores comprendían: muerte, mutilación, trabajos forzados perpetuos, destierro perpetuo con confiscación total de bienes y prisión perpetua (esta sólo aplicable a los esclavos ya que **“tal prision non la deben dar á home libre sinon a siervo”**). Las penas menores abarcaban: destierro sin confiscación de bienes, privación de derechos, azotes y las penas “afrentosas” como la de tenerle atado a la exposición en público en la picota, u otras parecidas, incluidas más que nada para atemorizar². Dada la falta de infraestructura, la pena de trabajos forzados apenas se realizó, siendo la de muerte, azotes y destierro las que comúnmente se emplearon.

Desde mediados del siglo XVI El derecho positivo se contuvo esencialmente en la Nueva Recopilación promulgada por Felipe II y reeditada en 1713, 1722, 1745. En 1775 y 1777 volvió a retocarse añadiéndose un volumen aparte con las leyes aparecidas desde 1745. Pero, además, podían aplicarse, pues no estaban

¹ “Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. 1348”. Tomo 3, Partidas 4, 5, 6, y 7; ed. Madrid 1807. El bisnieto de Alfonso X el Sabio, Alfonso XI, promulgó el Ordenamiento de Alcalá en 1348 revocando, corrigiendo y alterando del texto original muchas Leyes de Partida, conociéndose éstas gracias al mencionado Ordenamiento. Vid. Asso, J. y Rodríguez, M.: “El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho”. Madrid 1774, pág. 5.

² Ley 4, Título 31, Partida 7: “le desnuden faciendo lo estar al sol untado de miel porque lo coman las moscas alguna hora del día”.

derogadas formalmente, las siguientes disposiciones penales: De las Siete Partidas: la 7ª que trataba de los **“Delictos y penas dellos”**. Del Fuero Real, el libro 4º: **“Delictos”**. Del Ordenamiento Real, que constaba de 8 libros: el libro 3º, **“Juicios civiles y criminales”** y el libro 8º: **“Del castigo de los delictos y su pesquisa y sus penas”**. De las Leyes de Toro: Ley 77: **“Que marido y muger no pierdan el uno por el delicto del otro sus bienes propios”**; ley 79: **“Hidalgo pueda ser preso por deudas, descendientes de delicto”**; leyes 80, 81 y 82: **“De los adulteros y pena de ellos y como el marido los puede acusar y matar”**; ley 83: **“Pena del Talion que se debe dar al testigo falso y en que caso”**³. Todo ello amén de ordenaciones procesales y penales dispersas en materias civiles, canónicas, inquisitoriales y administrativas.

A medida que se implantaban penas susceptibles de regulación penitenciaria (galeras desde 1530 hasta 1748 y de 1784 hasta 1803; minas desde 1565 hasta 1800; presidios a partir de mediados del XVII y arsenales de marina pasado el primer tercio del XVIII) la legislación nombrada fue reorientándose, mediante pragmáticas, órdenes e instrucciones, para que fueran imponiéndose éstas, en lugar de las previstas anteriormente que solían ser de pena capital o corporal o destierro.

El movimiento ilustrado aparecido desde el último tercio del XVIII criticó el sistema penal expuesto y la imposición de las penas ya que podía actuar cualquier autoridad (legislativa, ejecutiva o judicial) con un enorme margen de arbitrio judicial. Este movimiento demandó la inserción de un código penal que recogiera todos los delitos, sus penas y su ejecución, respondiendo así a los principios de garantía legal, penal y judicial tal como lo establecen los códigos modernos.

La legislación del Antiguo Régimen, se extendió hasta el advenimiento de la primera Constitución española de 1812 y se contrapone a la legislación del Régimen Constitucional que, como certeramente señaló el profesor Bueno Arús, insigne figura al que dedico este artículo “in memoriam”, está caracterizada por los principios de seguridad y unidad jurídica, principios ausentes en el sistema anterior⁴.

Con ánimo de buscar la restricción del margen de arbitrio judicial en lo referido a las penas, los Códigos penales del siglo XIX: 1822, 1848 y 1870 diseñaron un inventario penal muy complicado. El de 1822 trazó tres grandes grupos de penas: corporales, no corporales y pecuniarias⁵. Las susceptibles de regulación penitenciaria dentro de las corporales eran: trabajos perpetuos, obras públicas, presidio y reclusión. Estas, teniendo como denominador común el trabajo, su dureza, de mayor a

³ Dr. Alonso de Villadiego Vascañana y Montoya: “Instrucción política y practica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reino. 1641.”

⁴ Bueno Arús, F.: “Cien Años de legislación penitenciaria (1881-1981). REP, nº 232. Madrid 1981, pág. 64.

⁵ Código Penal de 1822: art. 28: “a ningún delito ni por ningunas circunstancias excepto en los casos de los fueros eclesiástico y militar se aplicarán otras penas que las siguientes: **penas corporales**. Primera. La de muerte. Segunda la de trabajos perpetuos. Tercera. La de deportación. Cuarta. La de destierro o estrañamiento perpetuo del territorio español. Quinta. La de obras publicas. Sesta. La de presidio. Séptima. La de reclusión en una casa de trabajo. Octava la de ver ejecutar una sentencia de muerte. Novena. La de prisión en una fortaleza. Decima. La de confinamiento en un pueblo o distrito undécima la de destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito. **Penas no corporales**. Primera. La declaración de infamia, a cuya clase pertenece tambien la de ser declarado indigno del nombre español o de la confianza nacional. Segunda la inhabilitación para ejercer de empleo profesión o cargo publico. Tercera la privación de empleo honores profesión o cargo publico. Cuarta la suspensión de los mismos. Quinta. El arresto que se imponga como castigo; el cual se declara no ser corporal

menor según se relaciona, quedó establecida por las condiciones en que se prestaría. Tan sólo la pena de prisión en fortaleza era pena privativa de libertad. Y de las denominadas por este código de 1822 “**no corporales**” únicamente el arresto, consistente en ingresar unos pocos días en la cárcel pública, cuerpo de guardia o depósito del ayuntamiento, contaba mínimamente con caracteres penitenciarios.

Al desterrarse los trabajos forzados por el art. 25.2 de la Constitución Española de 1978, la única pena con repercusión penitenciaria es la prisión, desapareciendo toda la complejidad penal de los códigos del XIX (los de 1822, 1848 y 1870). Y siguiendo al art. 32 del código penal de 1995, sólo hay tres grandes grupos de penas: privativas de libertad, privativas de derechos y multa. Y en las privativas de libertad la pena de prisión es la hegemónica midiéndose su intensidad o dureza únicamente por su extensión temporal. Como hemos visto, la penalidad de la legislación del Antiguo Régimen y la del código penal de 1822 no tenían nada que ver con este sistema.

Trataré, pues, de analizar en esta investigación, si las penas con repercusión penitenciaria tanto del Antiguo Régimen como las del código de 1822 se siguieron en sus propios términos. Esto es, si el mandato del legislador quedó cumplido o fue letra muerta, la mayoría de las veces por no contar con los medios adecuados que lo posibilitara.

1. EL AJUSTE ENTRE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS DEL ANTIGUO RÉGIMEN Y LOS LUGARES DE CUMPLIMIENTO.

A medida que nos acercamos al siglo XIX, muchas de las penas contenidas en el derecho positivo de la época, centrado esencialmente en la Nueva Recopilación, no se aplicaban por anacrónicas⁶ y, además, había multitud de órdenes dispersas (reales decretos, ordenanzas, y hasta costumbres del lugar) que contenían sanciones penales, siendo dificultoso hasta para los expertos, conocer tanto su localización como su vigencia.

Esta legislación sólo asignaba al delito la consecuencia jurídica de penarle “a galeras”, “a presidio”, etc. por un tiempo considerado, aunque en ocasiones ni siquiera especificaba la extensión temporal. No existían intervalos máximos y mínimos temporales, ni catálogo de circunstancias atenuantes o agravantes que limitaran la actuación judicial. Incluso podían sentenciar sin tiempo, o con un tiempo fijo y otro variable en función de la conducta del penado, como cuando se

para los efectos civiles ni merecer otro concepto que el de meramente correccional. Sesta la sujeción a vigilancia especial de las autoridades. Setima la obligación de dar fianza de buena conducta. Octava la retractación. Novena la satisfacción. Decima el apercibimiento judicial. Undécima la repreñión judicial. Duodécima el oír públicamente la sentencia. Decimatercia la corrección en alguna casa de esta clase para mujeres y menores de edad. **Penas pecuniarias.** Primera la multa. Segunda la pérdida de algunos efectos para que se aplique su importe como multa; entendiéndose estas penas sin perjuicio de la indemnización de perjuicios y resarcimiento de daños y del pago de costas judiciales.

⁶ AHN, Consejos, leg. 5993: “Deberian declararse específicamente los delitos en que debe imponerse la pena de presidio, sin dexarlo al arbitrio de los Jueces, que abusan en esto demasiado, por la falta de leyes penales específicas en cada delito: porque las mas de las contenidas en nuestras leyes, que son pecuniarias, ú de mutilacion, estan antiquadas”.

incluía en la sentencia la cláusula de retención. Así, la individualización de la pena quedaba al arbitrio judicial.

Los jueces o autoridades administrativas con facultades de imposición de penas fijaban la extensión temporal de la misma y, además, el lugar exacto de cumplimiento. Casi era más importante el presidio o el destino señalado en la sentencia que los años en el mismo. Por ejemplo, el cumplir la condena en Ceuta era mucho más liviano que en uno de los peñones. No digamos en el caso de sentenciar en los arsenales al destino de bombas, lo que significaba prácticamente una pena de muerte. Solía optarse por destinos más rudos si el reo se había evadido anteriormente o era reincidente. Pero existía una gran discrecionalidad judicial ante la ausencia de leyes que incidieran sobre el particular.

Al arribo del siglo XIX, la infraestructura penitenciaria se localizaba principalmente en dos puntos: los presidios norteafricanos (Orán-Mazalquivir, Ceuta, Melilla y los peñones de Vélez y Alhucemas) y los arsenales de marina (Cádiz, Cartagena y Ferrol). También hubo reos, aunque en mucha menor proporción, cumpliendo pena en galeras, en las minas de Almadén, en presidios industriales (salitre en Sevilla y salinas en Ibiza) y en presidios peninsulares (de estos, los más relevantes fueron los de Madrid y la “caxa de rematados” de Málaga, lugar de embarque para los presidios africanos). Finalizando el XVIII se fue abriendo la modalidad de trabajo en obras públicas teniendo un presidio peninsular como punto de referencia⁷.

Luego en esta etapa realmente no podemos hablar de si existió una desviación entre el derecho penal escrito y la realidad penitenciaria, simplemente porque el derecho penal positivo, Nueva Recopilación esencialmente, no precisaba la manera de ejecutarse las penas.

2. EL ANTECEDENTE A LA PRIMERA CODIFICACIÓN: EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1783.

El período ilustrado abarca el último tercio del XVIII y en él pretendió lograr un texto unificado que enumerara todos los delitos y les asignara una pena concreta en función de las circunstancias intervinientes. Así, y en contestación a los frecuentes avisos de los presidios de África anunciando se producían numerosas fugas, el conde de Floridablanca, D. Jose Moñino y D. Pedro Rodriguez Campomanes, ambos a la sazón fiscales del Consejo de Castilla, redactaron en 1769 un informe (entonces se decía “**un memorial**”) llamado “**Respuesta Fiscal sobre los presidios**” donde abogaban por precisar qué delitos tendrían como consecuencia la pena de presidio. Esta “respuesta” se tuvo muy en cuenta en la redacción de una Consulta del Consejo de Castilla de 1770 por medio de la cual, los fiscales citados requirieron un “**Código Criminal o de Leyes penales**”⁸.

⁷ Para una visión de conjunto de los destinos penitenciarios, ver mi artículo en ADPCP, T. LVII, Madrid 2004: Llorente de Pedro, Pedro A.: “Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX”.

⁸ “el primer paso para distinguir los delinquentes y sus destinos debía ser la formación de un Código Criminal, o de Leyes penales...y se graduasen las penas, según la gravedad de los delitos, sus qualidades, pruebas, y excepciones. Por este medio se cortaríá mucha parte de el arbitrio inmoderado de los jueces” Vid. AHN, Consejos, leg. 5993: consulta de la Sala Plena del Consejo de Castilla de 25 de septiembre de 1770 constituida por 21 miembros y su Presidente el conde de Aranda.

Pero no se trataba simplemente de una labor de transcripción o actualización del derecho positivo imperante, sino de una apuesta política en la que entrarán en juego los axiomas que iban desgranando los ilustrados, cada vez más favorables a la restricción de la frecuente aplicación de la pena de muerte o el tormento y a la reducción de fueros privilegiados que modulaban penas en función de la clase social. También se intentaba disminuir, en la fase de la individualización de la pena, el exagerado margen de arbitrio judicial que muchas veces traía como consecuencia la emisión de penas diferentes, tanto en tipo como extensión temporal, pese a actos delictivos similares.

Fracasados intentos anteriores, no es hasta 1783 cuando una Junta, presidida por D. Fernando Velasco presentó un proyecto de **“Codigo criminal”**, proyecto que con innovadora estructura, abarcaba el derecho penal sustantivo y el procesal penal. Este proyecto siguió la influencia de Filangieri: **“Scienza della Legislazione”** (1780) quedando estructurado de la forma siguiente: **“Parte I: De los delitos y sus penas”. Parte II: De las personas que deben concurrir en las causas criminales, para proceder en ellas legitimamente. Parte III: Del orden y forma de substanciar las causas criminales a presencia del acusado, o en su ausencia y rebeldia. Parte IV: De las pruebas de los delitos”**. Esta división en títulos sorprende por su modernidad encontrándose muchos de tales epígrafes en los códigos penales actuales. Pero avatares políticos y sociales, principalmente la guerra de la Independencia, impidieron que este proyecto se convirtiera en el primer código penal español.

A la postre, el empeño en reunir la dispersión jurídica y pulirla tuvo como fruto la emisión de una mera actualización de la Nueva Recopilación, llamándose por ello la Novísima Recopilación que emitida en 1805, catalogó y actualizó la legislación positiva de cualquier materia: civil, penal, administrativa...un trabajo inmenso que llevó a cargo D. Juan de Reguera Valdelomar desde 1798.

3. LAS PENAS SUSCEPTIBLES DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA DEL CÓDIGO DE 1822.

Por fin, quedó promulgado el primer código penal español el 9 de julio de 1822 recogiendo el espíritu de las Cortes de Cádiz que redactaron la Constitución de 1812, llamada “La Pepa”⁹. Tuvo este código corta aplicación pues su fecha de entrada en vigor fue el 9 de julio de 1822 y en octubre de 1823 Fernando VII declaró la anulación de los actos del período constitucional recobrando vigencia los textos del Antiguo Régimen, esencialmente la Novísima Recopilación.

Las principales influencias de este código fueron Bentham, Feuerbach, Romagnosi, Bexon, Beccaria, Montesquieu y Filangieri. Entre los autores españoles: Marcos Gutierrez, J.: **“Practica criminal de España”**, 1804-1807 y Villanova y Mañés, S.: **“Materia Criminal Forense, o Tratado universal teórico y practico de los delitos y delinquentes en género y especie”**, 1807.

⁹ Fue en las Cortes de 1820 donde se nombró una Comisión que presentó un proyecto el 23 de abril de 1821. Vid. Cadalso, Fernando: *Instituciones Penitenciarias y similares*. Madrid 1922.

Observemos como abordó el cumplimiento de las penas susceptibles de regulación penitenciaria el código penal de 1822: denominó **“penas corporales”** a las de trabajos forzados y clasificándolas de mayor a menor rigor fueron las siguientes: **“condenados a trabajos perpetuos”**; **“condenados a obras públicas”**; **“condenados a presidio”** y **“condenados a reclusión en una casa de trabajo”**. Como pena privativa de libertad configuró únicamente la **“Prisión en una fortaleza”**. Distingamos pues las diferencias entre las penas establecidas.

3.1. Los condenados a **“trabajos perpetuos”**.

Los **“condenados a trabajos perpetuos”** ingresarían en un **“establecimiento”** trabajando encadenados en **“lo mas duro y penoso”**¹⁰. El problema es que no había tal establecimiento. Parece que el código se inspiró en este punto en lo propuesto por el conde de Aranda en 1767 quien quiso erigir un **“lugar trabajoso estrecho y seguro”** donde tuvieran **“la mas penosa fatiga”**, sitio pensado para **“reos indignos”** pues entendía que en **“la libertad del presidio salian bien librados”**¹¹. Más tarde, en 1769, los fiscales del Consejo de Castilla propusieron para tal fin el Peñón de Vélez de la Gomera. En 1802 el Consejo de Castilla pretendió erigir estas casas de fuerza en las posesiones americanas¹². Pero nada de esto, por problemas meramente económicos, se llevó a la realidad, por lo cual, estos reos fueron a parar a cualquiera de los presidios norteafricanos, Ceuta principalmente.

3.2. Los condenados a la pena de obras públicas.

En segundo lugar y entendida de menor gravedad, señalaba el código la pena de obras públicas, con límite máximo de 25 años. Como ejemplificación y, sobre todo, para evitar los gastos de las conducciones hasta los presidios norteafricanos disponía que se les empleara en el establecimiento **“mas inmediato al pueblo donde se hubiera cometido el delito”**. En los diversos destinos que nombra (esencialmente caminos, edificios y limpieza de calles) debían laborar encadena-

¹⁰ Código penal de 1822: “art. 47: los reos condenados a trabajos perpetuos serán conducidos al establecimiento más inmediato de esa clase y en el estarán siempre y absolutamente separados de cualesquiera otros. Constantemente llevarán una cadena que no les impida trabajar, bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya. Los trabajos en que se ocupen estos delincuentes serán los más duros y penosos y nadie podrá dispensárselos salvo enfermedad ni se les permitirá más descanso que el preciso”

¹¹ AHN, Consejos, leg. 5993: el conde de Aranda al marqués de Grimaldi, 30 de octubre de 1767. “...com-bendría en España una especie de lugar trabajoso, estrecho, y seguro, con alguna efectiva labor en que la dureza del trato, la reclusión estrecha, y la mas penosa fatiga fuesen el unico objeto de emplear los reos indignos; porque el ir estos a la libertad de un presidio, es salir bien librados, y mejorar mucho con solo descarrilarse...”

¹² “...en la peninsula no seria dificultoso establecer estas casas fuertes de seguridad y castigo, o el poner las que hay vaxo nuevo pie; pero la Sala opina que en los vastos dominios que posee en America se trate de formar dichos establecimientos eligiendo el numero y parages mas a proposito, procurando conciliar politicamente los extremos del castigo de los delitos atroces y de la seguridad y quietud donde se situen, debiendo ser ley fundamental en todos ellos, la de que los sentenciados a subsistir cierto numero de años no tengan otra comunicacion que la de los Xefes y personas de su custodia...” Vid. AHN, Consejos, leg. 3008: 18 de octubre de 1802.

dos de dos en dos, eso sí, con cadena “mas ligera que los condenados a trabajos perpetuos”¹³. Si se fugaren se les pondría una recarga de 4 meses a 1 año.

La pena de obras públicas tuvo su antecedente remoto en una Pragmática de Fernando VI de 1749, que no llegó a aplicarse pues en aquellas fechas empezó a pensarse para los arsenales de marina, y su antecedente próximo en una Consulta del Consejo de Castilla de 1802 motivada por la saturación de los presidios norteafricanos y la supresión de la pena de arsenales.

En la Consulta de 1802 citada se pidieron informes a las Chancillerías (Valladolid y Granada), a diversas Audiencias y al Consejo de Indias para que reflexionaran sobre la modalidad penal de obras públicas, resultando en su mayoría partidarias a su implantación siempre que se tratara de reos de delitos leves o menos graves. Estos informes fueron tenidos muy presentes y por ello, quedó aprobada la pena de obras públicas en una nueva Consulta del Consejo de Castilla de 1807, en la que, además, configuró los presidios correccionales. Esta Consulta de 1807 propició también la primera regulación penitenciaria de ámbito estatal: **“El Reglamento General de los presidios peninsulares de 1807”**¹⁴.

La pena de obras públicas tuvo una gran repercusión práctica como lo atestiguan los destacamentos penales de Pajares, Cabrillas, Canal de Castilla, Canal de Urgel, Canal de Isabel II, puerto de Tarragona, carreteras de Avila a Salamanca, de Palencia a Magaz, de Granada a Motril, de Córdoba a Antequera, de Bonanza a Puerto de Santa María, de Logroño a Calahorra, de Soria a Logroño...obras de fortificación en Jaca, Santoña, Cádiz, etc. o limpieza de calles en Madrid, Barcelona, Málaga, San Miguel de los Reyes, San Agustín...)¹⁵, aunque no exenta de retractores como Vilanova y Jordán¹⁶ quien insistía en el lamentable espectáculo pues **“barren y conducen la basura al campo en un carro bajo de dos ruedas, tirado con cuerdas por los presidiarios, que entonces hacen el oficio de bestias”**. De hecho, en el código penal siguiente de 1848 ya no figuró la pena de obras públicas en su catálogo.

3.3. Los condenados a presidio y a reclusión a una casa de trabajo.

En mejor posición quedaban los “condenados a presidio”, pena que no podía pasar de 20 años, ya que en primer lugar sólo serían encadenados en caso de mala

¹³ Código penal de 1822: “Art. 55: los reos sentenciados a obras publicas serán inmediatamente conducidos a los establecimientos de esta clase, procurándose que sean los mas inmediatos al pueblo en que se hubiere cometido el delito. Estos reos saldrán a trabajar públicamente y sin excepciones en los caminos, canales, construcción de edificios, aseo de calles, plazas y paseos públicos, sujetos de dos en dos con una cadena mas ligera que la de los condenados a trabajos perpetuos. Durante el tiempo de su condena nadie podrá dispensarles del trabajo sino en caso de enfermedad, ni se les permitirá mas descanso que el preciso”.

¹⁴ El presidio correccional de Cádiz, su comandante, D. Francisco Javier Abadía, presentó un proyecto al capitán General de Andalucía, D. Tomás Morla, pretendiendo extender el espíritu de ese correccional en otros que se crearan en Sevilla, Córdoba y Granada. Posteriormente se vio la oportunidad de extenderse a muchas ciudades. Vid. Salillas, R.: “Evolución penitenciaria en España”. Madrid 1919. T.2, pág. 461.

¹⁵ Zapatero Sagrado, R.: “Los presidios, las cárceles y las prisiones”. ADPCP, Madrid 1985, pág. 511.

¹⁶ Vilanova y Jordán, J.: “Carceles y presidios: aplicación de la panóptica de Bentham a las carceles y casas de corrección de España y de suprimir la pena de presidio con el establecimiento de casas construidas bajo el principio de la inspección central”. Madrid 1834, pág. 27. BN: 1/54631.

conducta, pudiendo emplearles en lo que urgiera, generalmente en el exterior¹⁷. Si se fugaran, se les cambiaría de pena por la de obras públicas durante el tiempo que les restara de su pena original. La diferencia esencial sería que deberían ir encadenados.

Desde antiguo, los testimonios de sentencias no se limitaban a condenar a presidio genéricamente sino que especificaban el presidio concreto lo cual tenía mucha trascendencia pues era más duro extinguir condena en los peñones de Vélez o Alhucemas, dada su estrechez, que en Ceuta o Melilla.

Los sentenciados a las penas de presidio les recluían en los que iban instaurándose y solían salir de ellos para trabajos públicos, teniendo una difuminación entre esta pena y la de obras públicas. Finalizaba este código con la **“pena de reclusión en una casa de trabajo”**, estando obligados a laborar en el interior¹⁸. Esta pena tuvo una enorme importancia desde que el coronel Montesinos.

3.4. Otros tipos de penas del Código Penal de 1822.

El código de 1822 planeó otros castigos y penas, dentro de las denominadas **“corporales”** sin características penitenciarias, como la de muerte, tristemente empleada con asiduidad; la **“deportación”** (transportándoles **“a una isla, o posesión remota para siempre”**) y el **“destierro perpetuo”** o **“estrañamiento”** por el cual los sentenciados: **“serán conducidos hasta ponerles fuera del territorio español”**.

Otra de las penas más curiosas fue la de **“ver ejecutar una sentencia de muerte”**, pena que con gran acierto García Valdés le atribuye (al igual que la pena de infamia) tintes ancestrales¹⁹. Esta pena tan **“pedagógica”** solía imponerse cuando el reo tenía una relación personal como cómplice o encubridor de quien sufriría la pena capital. Acompañaba a este hasta el lugar del cadalso **“en igual cabalgadura”** y también con voz de pregonero se aireaban sus delitos. El código muestra pormenorizadamente lo que le ocurriría si no se comportaba con la dignidad requerida²⁰. Esta pena fue abolida en el Código penal de 1848 pero con parecido espíritu instauró la

¹⁷ Código penal de 1822, art. 57. “Los reos condenados a presidio serán conducidos inmediatamente al que se designe en sentencia; y en él sin cadena ni otras prisiones a menos que las merezcan por la mala conducta que observen, serán destinados al servicio de hospitales, oficinas y establecimientos públicos, reparación o construcción de obras y limpieza de la población según la calidad de cada uno, con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupación constante y efectiva, en lo cual no habrá nunca esención, dispensa ni reaja”.

¹⁸ Código penal de 1822, art. 60: “El reo condenado a reclusión será conducido desde luego a la casa mas inmediata y en ella, sin poder salir nunca hasta que cumpla el tiempo de su condena, trabajará constantemente en el oficio o arte u ocupación para que sea mas proporcionado sin prisiones a no ser que las merezca por su mala conducta y con la precisa circunstancia de que ninguno pueda estar sin ocupación efectiva y proporcionada, en lo cual no habrá nunca rebaja, esención ni dispensa. El importe de lo que ganare, después de rebajársele lo necesario para su alimento y vestido, se le reservará para entregárselo puntualmente al terminar su condena, o para suministrarle algún extraordinario que apetezca en ciertas épocas del año.

¹⁹ García Valdés, C.: La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias. Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo 82. Madrid 2012, pág. 49.

²⁰ Art. 62: “el condenado a ver ejecutar la sentencia de muerte impuesta a otro, será conducido con el reo principal en pos de él y en igual cabalgadura; pero con sus propias vestiduras, descubierta la cabeza y atadas las manos. Llevará también en el pecho y espalda un cartel que anuncie su delito de cómplice, auxiliador, encubridor etc y será comprendido en los pregones, permaneciendo al pie del cadalso o tablado mientras se ejecuta el castigo principal. Art 63. Si en el acto de sufrir o ser conducido para que sufra la pena de presenciar la ejecución en otro, cometiere el reo alguno acto de irreverencia o desacato, será puesto en un calabozo con prisiones inme-

“**pena de argolla**” que consistía en poner al reo una argolla en cuello, cadenas en los pies y letrero que indicara su delito (pena parecida al ancestral San Benito de la Inquisición). Una ley de 1870 declaró la “abolición de la pena de argolla”²¹.

Este tipo de penas llamadas se llamaban “**afrentosas**” y la más representativa durante la historia fueron la “**exposición a la vergüenza pública**” mediante un instrumento que impedía que el reo bajara la cabeza al estar sujeto por un hierro entre la barbilla y la garganta, llamado “**pie de amigo**”.

4. ASUNCIÓN DE ESTAS PENAS SEGÚN LAS MODALIDADES PENITENCIARIAS HASTA EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1848.

En resumen, el código de 1822 para las penas susceptibles de ejecución penitenciaria señaló dos grandes grupos: trabajos forzados y reclusión. Para los primeros fue la pena de presidio la elegida (ya que las penas de galeras, minas y arsenales quedaron extinguidas a principios del XIX) con trabajo generalmente en el exterior (obras públicas, etc.) Respecto a la reclusión, predominaba como fundamento el tratarse de pena privativa de libertad, aun trabajando dentro del establecimiento. Para la reclusión configuró su máximo, si no se imponía perpetua, que por regla general estaba en 15 años²².

Este código penal de 1822 no hizo sino homologar unos destinos penales ya existentes desde el Antiguo Régimen y, por ello, aunque un año después quedara abolido, los destinos de obras públicas, presidios y reclusión estuvieron en auge. Poco después, el trabajo en el interior de los presidios gracias a la instalación de talleres fue la modalidad penitenciaria que llegó a imponerse, teniendo su mayor ejemplo en el de San Miguel de los Reyes de Valencia, auspiciado por el coronel Montesinos y Molina. No fue el único; el presidio de Málaga, establecido desde el XVIII como depósito principal mientras esperaban barco los reos destinados a los presidios nor-teafricanos también empezó a contar con pequeñas fábricas en su interior²³. Como he

diatamente a que vuelva a la cárcel y permanecerá en el a pan y agua solamente por espacio de 1 a 8 días, según el esceso. Antes de salir de la cárcel para sufrir la pena se le advertirá de esta disposición. Si el esceso en público consistiere en blasfemias, obscenidades, insultos a la autoridad o a los espectadores y no se contuviera a la primera advertencia, se le pondrá en el acto una mordaza por el ejecutor de la justicia”. Vid. Código penal de 1822.

²¹ Ley de 18 de junio de 1870: Art. 3º: “queda abolida la pena de argolla, establecida como accesoria en el artículo 24 del código penal, y por lo tanto derogado el art. 51, el número 1º del 52, el 113 del mismo código y todos los demás a que sea aplicable el presente artículo. Vid. “Leyes sobre abolición de la pena de argolla; efectos civiles de la interdicción; reversión al estado de los oficios de la fe pública, enagenados de la corona y provisión de las Notarías. Madrid. 1870.

²² Art. 59 código penal de 1822: “La pena de reclusión podrá llegar a 20 años para las mujeres y ser perpetua para los hombres de 70 años en los casos previstos en los arts 66 y 67. Para los demás no podrá pasar de 15 años. Habrá casas de reclusión para los dos sexos”.

²³ RO de 13 de junio de 1835 por el exministro Sr. Medrano:

“Ha sido muy del agrado de SM la Reina Gobernadora la providencia adoptada por el Brigadier D. José Santa Cruz, Gobernador militar de la plaza de Málaga, estableciendo en aquel presidio un taller de carpintería, otro de zapatería, otro de herrería y otro de elaboración de cáñamo, y es la voluntad de SM se den las gracias en su real nombre a tan benemérito jefe por su determinación y que VS, trasladándola a los demás gobernadores civiles y jefes de los presidios del Reino, les excite a su imitación, procurando por este medio mejorar las costumbres de los confinados, enseñándoles a inspirándoles amor al trabajo. Vid. Revista de Beneficencia, sanidad y establecimientos penales. Madrid, 31 de marzo de 1876.

adelantado, la pena de obras públicas, con los reos encadenados trabajando en caminos o en limpieza de calles empezaba cada vez más a verse como inoportuna por el triste espectáculo de condenados encadenados llegando a desaparecer en el siguiente código penal de 1848 y la pena de “reclusión perpetua”, prevista en el código, nunca se verificó, pues en primer lugar no existía ese lugar específico para aplicarla, y, en segundo, al quedar tan prontamente derogado el código de 1822, se siguió con el sistema del Antiguo Régimen, que para esos delitos muy graves consistía en penar con cláusula de retención, esto es, condenarle a un tiempo determinado, máximo de 10 años, y una vez extinguido ese tiempo, según la conducta mostrada se elevaban informes para ponerle o no en libertad.

Esta cláusula de retención, no insertada en órdenes y pragmáticas pero frecuentemente impuesta, fue desterrada al no citarse en el código de 1848 sustituyéndola, en la práctica, por la nueva pena de cadena perpetua, cambio muy criticado por los penitenciaristas de la época, como D. Manuel Montesinos, ya que los reos con cadena perpetua, al comprobar que nunca saldrían de su situación de penados se desesperanzaban, mientras que con el sistema de la cláusula de retención se producía un acicate de mejora de conducta en el reo y una intervención en la ejecución penal primordial de las autoridades penitenciarias. Así, aun queriendo el código de 1848 implantar la seguridad jurídica de las penas con la imposición de la pena de cadena perpetua, a la postre significó un retroceso importante en el ámbito del penitenciarismo.

Borja Mapelli Caffarena

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad

1. INTRODUCCIÓN.

Entre los primeros trabajos publicados por Bueno Arús se encuentra uno dedicado a la tortura en el medio penitenciario¹. Fue escrito en la década de los cincuenta del pasado siglo y revela tanto su valor, como su compromiso personal por alcanzar un sistema penitenciario adecuado a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho. En este trabajo, con el que pretendo contribuir modestamente a su memoria, abordo el análisis del delito recogido en el Art. 533 de nuestro Código, sólo en lo que afecta al mundo de las prisiones, que guarda una relación muy estrecha con aquel del homenajeado. Dejo al margen de mi estudio otros rigores y privaciones empleadas contra los privados de libertad que no lo están en el sistema penitenciario, como es el caso de los centros de internamiento de menores, a los que alude el tipo.

A lo largo del trabajo he decidido denominar a esta figura delictiva delito contra los excesos penitenciarios, entendiendo que la expresión *excesos* ilustra mejor que ninguna otra lo que aquí se trata de castigar. Porque la Real Academia Española entiende, entre otras acepciones, que son excesos los vicios por ilegalidad del acto administrativo.

El Art. 533 tiene una enorme importancia para el mundo de las prisiones. Es, en primer lugar, una consecuencia necesaria del compromiso constitucional de que las restricciones de los derechos de las personas sólo puedan hacerse por el estrecho camino que marca la ley (Art. 25.2 CE). Este compromiso trasladado al sistema penitenciario, en donde la regla es la excepción de lo que ocurre en la sociedad libre, transmite un mensaje tanto a los profesionales como a los propios internos. A los primeros para que asuman la relevancia que tienen sus funciones en el Estado de Derecho, hasta el extremo de adquirir rango constitucional y, a los

¹ Bueno Arús. *Los malos tratos a los reclusos*. Revista de Estudios Penitenciarios. Núm. 157 (Abril-junio, 1962) Págs. 36-44.

segundos, para que comprueben que, a pesar del castigo, el Estado de Derecho, lejos de relajar su estatus jurídico, redobla los esfuerzos para que sólo se vean afectados en su ejercicio aquellos derechos absolutamente incompatibles con la condición de privado de libertad. Pero el sentido de esta figura delictiva no se agota con el compromiso con las garantías del Estado de Derecho, sino que expresa el significado preventivo especial positivo de la pena. La posibilidad de acudir a los tribunales de justicia para denunciar los abusos penitenciarios educa al recluso en los valores ético-sociales.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Los antecedentes históricos más remotos de esta figura se remontan al periodo de la precodificación, tanto las Partidas, como la Novísima Recopilación recogían figuras muy similares a la actual. Pero la redacción vigente tiene su origen en el Código penal de 1850, cuyo Art. 296 ya presenta una dualidad de conductas típicas en torno a la idea de los abusos del personal penitenciario y dentro de un conjunto de otras figuras relacionadas con distintos supuestos de detenciones ilegales. Por una parte, se castigaba someter a incomunicación o en prisión distinta a un preso o sentenciado (Par. 2º) y, por otra, imponer a los mismos privaciones indebidas o usar con ellos un rigor innecesario. La autoría, en el primer supuesto, se circunscribe al Alcaide y, en el segundo, se añadía el jefe del establecimiento. Ambas figuras son tan próximas que la primera podría ser subsumida en la segunda, sin que se generara ninguna laguna de punición; porque comunicar, sin la debida autorización, a un interno, evidentemente, se puede encuadrar dentro de someterlo a condiciones de rigor indebidas.

La autoría queda acotada al Alcaide y al Jefe del establecimiento, que se entiende se trata de los Jefes políticos conforme a la legislación penitenciaria de aquel entonces. En cualquier caso resulta extremadamente restrictivo ya que no incluye a los subalternos, nombrados por aquellos, los cuales, debido a sus competencias, tenían relaciones más estrechas con la población penitenciaria y estaban más expuestos a practicar excesos. Un ámbito tan restringido en la autoría y la expresión "*imponer*" que se utiliza para describir la conducta típica nos permite concluir que ya en el Código de 1850 se persigue a través de esta figura, no al ejecutor del rigor indebido, sino a quien lo ordena, lo que en el lenguaje técnico actual serían supuestos de autoría mediata en aparatos de poder organizado.

La redacción del texto se inspira en la Ley de Prisiones, que apenas había entrado en vigor una año antes (1849). El vocablo prisión, empleado por el Código, abarca tanto las prisiones en un sentido estricto, como también las cárceles y los depósitos municipales.

El Código de 1870 apenas retoca las figuras de su predecesor². Han transcurrido veinte años del anterior y en este tiempo el Estado de Derecho logra algunas victorias destacadas en el sistema penal que iban a influir en las grandes y

² Estando vigente el Código de 1870 se produce una de las pocas sentencias en las que se aplican estas figuras (STS 6 de junio de 1877). El condenado fue un Alcaide que coloca en el portal de la cárcel a un preso con cadenas en los pies, atados los brazos por detrás y con unas gallinas colgadas en los hombros. En épocas ante-

pequeñas reformas del legislador. Esta evolución se plasma en el caso que nos ocupa, ya que, en relación con la primera de las figuras, en donde antes se limitaba a decir, “*sin mandato de la Autoridad competente*”, se dice ahora que se castiga a los Alcaldes que incomunican a los reclusos “*sin mandato de la Autoridad judicial*”. De esta manera, el proceso de judicialización comenzaba a considerarse en la ejecución de las privaciones de libertad. Tampoco introduce modificaciones el Código de 1928 porque mantiene vigentes los preceptos correspondientes a los delitos contra la Constitución del Código de 1870, dentro de los cuales se encontraban las figuras que estamos estudiando (Art. 856). En cambio, el Código tiene que adaptar los tipos penales a los cambios que se han venido produciendo en el sistema penitenciario. El primero, su funcionarización, si las cárceles del siglo XIX toman como modelo la organización militar, los profundos cambios introducidos durante el periodo republicano las acercan a la idea de servicio estatal a cargo de la función pública, conforme a lo cual los sujetos activos dejan de ser los Alcaldes y los Jefes y pasan a serlo los funcionarios de prisiones³; el segundo cambio, guarda relación con la progresiva desaparición de diferencias de unas prisiones a otras. Ya en la República no existían ni centros de trabajo forzado, ni colonias y, aunque había aun diferencias entre unos centros y otros, el hecho podía no tener relevancia suficiente como para introducir matices en la responsabilidad penal por estos delitos; de manera que, como preámbulo a su eliminación definitiva, el legislador acude a una fórmula vaga y pasa a castigar al funcionario de prisiones que tuviere al recluso “*en un lugar distinto del que le corresponda*”.

Esta permanencia de un mismo texto legal a lo largo de un periodo de casi dos siglos, nos tememos, responde, más que a la perfectibilidad de su redacción, a la escasa importancia que este precepto tiene en la praxis y al escaso uso que se ha hecho del mismo. Por esta razón, el Código de 1995 elimina la larga relación de supuestos delictivos, dentro de los que se encontraba la figura de los excesos penitenciarios, y los deja reducidos a tres tipos penales. Los dos primeros (Arts. 530 y 531) se refieren, respectivamente, a las detenciones sin orden o sin las garantías constitucionales y las incomunicaciones, en ambos casos los sujetos activos han dejado de ser, exclusivamente, los funcionarios de prisiones y se amplía a cualquier Autoridad o agente de la misma, castigándose también la modalidad imprudente (Art. 532). Con buen criterio el legislador ha eliminado la modalidad de tener al privado de libertad en prisión distinta a la que le corresponde, una vez que todas las prisiones son iguales. La Sección se cierra con el delito que estamos estudiando, cuyo texto es el siguiente:

riores era costumbre sacar a la puerta de las cárceles a los presos más necesitados para pedir limosna a las personas que pasaban por allí, pero, en esta ocasión, el Alcalde condenado lo hizo para humillarlo con la exposición ante el público. En una interesante Sentencia nuestro Tribunal Supremo argumenta porque los hechos no podían constituir una simple falta de vejación, como pretendían los recurrentes. “*Que para corregir las faltas que cometen, dice el Supremo, existen medios racionales o reglamentarios que, sin ofender ni poner en ridículo la personalidad de los reclusos, contienen a estos en sus demasías, y conservan la policía y disciplina interior de aquellos; por lo que siendo innecesario el extraordinario rigor empleado por el Alcalde para satisfacer y vindicar un perjuicio personal que, como de existir, era de la competencia judicial el corregir*”.

³ Cfr. Reglamento de los Servicios de Prisiones (RD de 14/11/1930), declarado vigente por el Decreto núm. 83 d 22/11/1936.

“El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

3. REFERENCIAS AL FUNCIONARIO DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS EN EL CÓDIGO PENAL.

Las posibilidades de que un funcionario en el ejercicio de su empleo lesione derechos de las personas protegidos por el sistema penal trascienden con mucho a las que históricamente han preocupado a nuestros legisladores. Claro es que siempre cabe el recurso de buscar la adecuación típica de esas otras conductas en el ámbito más amplio de la responsabilidad de los funcionarios, de los que forman parte, al menos, la mayoría de quienes trabajan en prisión. No obstante, la selección de conductas no responde a criterios lógicos, ni de frecuencia, ni de gravedad. Los abusos más comúnmente cometidos por los funcionarios penitenciarios contra los internos son de carácter patrimonial y conforme a criterios de gravedad hubiera merecido una expresa referencia los delitos de lesiones o contra la vida.

Ciñéndonos al Código vigente los funcionarios de prisiones aparecen expresamente mencionados en tres ocasiones además de esta, que es objeto de estudio en este trabajo. La primera de ellos, en el delito de torturas, aunque resulta innecesaria esa mención específica ya que el tipo básico del delito de tortura se refiere a funcionarios, dentro de los que se podría entender incluidos, sin problemas, *“la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias”* (Art. 174.2). En los delitos de abusos en el ejercicio de la función pública encontramos la segunda referencia al *“funcionario de instituciones penitenciarias”...* que *solicitará sexualmente a una persona sujeta a su guarda*” (Art. 443.2). La redacción no es muy afortunada, no sólo por el empleo de la expresión guarda, que, jurídicamente, va referida a las relaciones tuitivas –como se puede apreciar en el siguiente párrafo del mismo artículo–, sino porque en los actuales diseños de los centros penitenciarios no hay propiamente personas que se encuentren sujetas a la guarda de un funcionario. También, en esta ocasión, por los mismos motivos podría prescindirse de esta referencia específica.

Únicamente resulta precisa la referencia a los funcionarios penitenciarios en la sede de las figuras del quebrantamiento de condena. Se castiga con la pena superior en grado al *“funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido”* que permitiere su evasión. A la referida pena se suma la inhabilitación especial para empleo público por un tiempo comprendido entre los seis y los diez años, si el fugado estaba condenado, y, en los demás casos, la misma pena pero sólo entre los tres y los seis años (Art. 471).

Tanto en el supuesto de las torturas, como en los de solicitud de relaciones sexuales y excesos penitenciarios (Art. 533), podemos concluir, a la vista de la ordenación de las figuras delictivas, que la razón que justifica una referencia específica al mundo de las prisiones es que los funcionarios, que cometen estos

delitos, lesionan unos bienes específicos relacionados con la función pública. Esto fuerza a unas complejas y, en ocasiones, desproporcionadas relaciones concursales con las figuras comunes. Pero ni siquiera las relaciones con las correspondientes figuras comunes resultan homogéneas. En el caso de las torturas sólo se aplicarán estas en concurso con los delitos contra la vida, integridad física, salud, libertad o patrimoniales (Art. 177), no así con los de coacciones o amenazas que se entienden absorbidos por el injusto de la tortura. Los concursos requieren de una dinámica creciente con la incorporación de determinados resultados sobre la base de los actos de torturar que va a tener su correspondencia en un agravamiento de la pena. En cambio, el funcionario de instituciones penitenciarias que solicitará a un recluso/a relaciones sexuales verá incrementada su pena por los efectos del concurso, sin necesidad de que se lleguen estas a consumarse y, al menos, el Art. 443 se aplicará siempre en concurso con el Art. 184.

4. EL TRATAMIENTO PENAL DE LOS EXCESOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD. BIEN JURÍDICO.

La inconcreción sobre el derecho de la víctima comprometido por la acción típica resuelve, en esta figura, lo que en otras similares ha dado lugar a un debate sobre si son coincidentes los bienes jurídicos protegidos aquí y en el correspondiente delito contra las personas. La solución a favor de una u otra opción va a tener consecuencias en los concursos. En el Art. 533 no se ha querido concretar los resultados materiales, ni se habla de libertad, ni de malos tratos, ni de abusos sexuales, porque, como veremos a continuación, no son estos los que fundamenta su injusto. No obstante, la amplitud de la redacción se presta a que doctrina y jurisprudencia hayan encontrado en este delito la protección de más de un bien jurídico. Córdoba Roda considera que se protege la libertad personal, fundamentando esta opinión en la anterior redacción en la que aparecía junto con otras formas delictivas referidas, casi todas, a detenciones o encierros indebidos. Sin embargo, en la aplicación del derogado Art. 187, entendía el TS, que concurrían dos bienes jurídicos. Por una parte, la libertad en los primeros tipos y, por otra, la integridad física⁴. Esta opinión se ha seguido sosteniendo, incluso, en relación con la nueva redacción⁵.

Con ciertos matices los escasos pronunciamientos sobre la cuestión parecen inclinarse por la tesis de que nos encontramos ante figuras delictivas que protegen bienes jurídicos de carácter personal. Esta opinión, sin embargo, plantea algunos problemas. El primero es formal porque no están estos delitos en el lugar que les correspondería si protegieran la integridad física o la libertad personal. Se encuentran ubicados dentro de los delitos contra la Constitución. A esto hay que añadir que de la redacción se deriva que la voluntad del legislador es alejarse de los resultados materiales que se hayan producido en los destinatarios de las acciones típicas y, por el contrario, hacer girar la figura en torno a la responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos; tanto es así que, inexplicablemente, se cir-

⁴ Vid. STS de 5 de noviembre de 1990.

⁵ SAP Huelva 2ª de 10 de octubre de 2001; SAP Vizcaya 1ª de 15 de junio de 2004.

cunscriben los autores sólo a estos, a pesar de que muchos trabajadores de prisiones no tienen esa cualificación y si están en contacto con la población penitenciaria y, consiguientemente, pueden aplicar rigor innecesario, piénsese, por ejemplo, en el cuerpo médico de prisiones, cada vez más externalizado. Por otra parte, de convenir en las tesis anteriores no se puede explicar porque la pena es sólo de inhabilitación y no más grave, como sucede, por ejemplo, en el delito de quebrantamiento de condena. Por último, estaríamos condenando esta figura a la práctica inaplicación ya que, al coincidir con los bienes jurídicos de los delitos contra las personas, iba a resultar desplazada en virtud del concurso de leyes.

Está cargado de sentido que el Código incluya estas figuras entre las que presta atención a lo que sucede dentro de las prisiones. Y se hace desde el conocimiento empírico de que quienes ejercen estas funciones están sometidos a unas particulares tensiones y riesgos que pueden terminar, no sólo causando graves daños a los derechos de las personas recluidas, sino generando una desconfianza de la sociedad en el servicio estatal de prisiones y en todo el sistema penal en su conjunto. No es la primera vez que el Código se preocupa por aquellos servidores del Estado que, en el ejercicio de sus cargos, aplican violencia, así se hace con los miembros de la policía, en el delito de tortura, y se hace con los jueces, en la prevaricación.

No se cuestiona, entonces, que se lesionen derechos de las personas recluidas, algo que –al contrario de los que sucede en la sociedad libre– es, sin embargo, lo normal en la sociedad carcelaria. Lo que interesa es que el funcionario en el ejercicio de esa violencia se someta con todo rigor al estricto marco de la legalidad y que sólo la emplee revestida de todas las garantías y en los supuestos en los que se permite. Esto explica la amplitud de la redacción del texto legal; porque si algo es consustancial con la prisión son las “privaciones” y el “rigor”, sin ellas no habría cárceles. Es el modo en el que las mismas son impuestas lo que preocupa e interesa al Derecho penal⁶. El propio constituyente sintetiza el objeto de esta figura delictiva en el Art. 25.2 de la Constitución cuando señala que “*el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria*”. Sólo hay, pues, tres cauces dentro de los que están permitidas las privaciones y los rigores carcelarios: el contenido temporal de la sentencia; el sentido de la pena, es decir, su contenido como privación de la libertad ambulatoria y el marco de la ley⁷. Del castigo de las infracciones contra el fallo condenatorio, el primero de estos tres elementos, se encargan los delitos que protegen la libertad, ya que las sentencias con pena de prisión y los autos de prisión preventiva no recogen más circunstancias que la duración temporal de ambos institutos y sólo es posible infringirlos postergando indebidamente la puesta en libertad. Un Estado de Derecho es inconcebible sin unas garantías desplegadas por el ordenamiento jurídico para preservar los derechos fundamentales por lo que no

⁶ Bolea Bardón. En Corcoy Bidasolo (Dtra) *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. T. I. Valencia. 2011. Pág. 145.

⁷ Sobre los contenidos de esa triada constitucional vid. Mapelli Caffarena, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona. 1982.

debe sorprender su rango constitucional⁸; pero la gravedad del escenario penitenciario en el que se aplican estas garantías justifica reforzar, aún más, la decisión del constituyente de otorgarle este rango normativo, por lo que el delito está sistemáticamente situado entre los delitos contra la Constitución (Tít. XXI). Una vez más se aprecia la voluntad de hacer de la nuestra Constitución una norma aplicable y vinculante a todos y, muy especialmente, a los poderes del Estado (Art. 9 CE)⁹. Como ha señalado Bustos Ramírez la Constitución no sólo reconoce los derechos de las personas –en este caso, los específicos derechos de los privados de libertad– sino que además establece al mismo nivel un cuerpo armónico de garantías, configurándose unos y otras como elementos inescindibles para alcanzar los objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho.

Nuestra propuesta es considerar como bien jurídico protegido las garantías penitenciarias sintetizadas por nuestra Constitución en esos tres elementos. Se trata de un bien jurídico colectivo y no personal. Los resultados materiales, que se originen como consecuencia de esas conductas indebidas, serán castigados en la sede de los delitos contra las personas. El empleo en el verbo rector del tipo –que es un argumento decisivo para determinar el bien jurídico– de la fórmula “*imponer privaciones*” refleja que el núcleo de este es la falta de garantías jurídicas en la imposición y no la privación en sí misma. Distinto hubiera sido si se hubiera referido directamente a “*privar*”¹⁰. No obstante, que un funcionario se comporte ilegalmente no es todavía razón para que surja la responsabilidad penal, porque, en virtud del principio de intervención mínima, frente a los meros incumplimientos formales basta con una respuesta disciplinaria. Aquella aparece cuando al incumplimiento se anuda un rigor o privación de derechos de determinadas características.

5. ESTRUCTURA DEL DELITO DE EXCESOS EN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.

a. Elementos de la Tipicidad Objetiva.

I. El Funcionario de Prisiones.

La referencia al funcionario plantea nuevamente la cuestión de si el Derecho penal debe transferir miméticamente este elemento normativo procedente del Derecho administrativo con una fuerte impregnación formalista o, por el contrario, reelaborarlo conforme a sus propias necesidades. La respuesta a esta interrogante no puede hacerse de espaldas a la definición auténtica con la que cuenta

⁸ De Esteban/López Guerra (*El régimen constitucional español*. T. I. Barcelona. Pág. 125) han destacado el carácter especialmente garantista de nuestra Constitución, con carácter general establecido en el Art. 9.1 CE, cuando se señala que todos los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a las normas y, con posterioridad, en el par. 3º detallando algunos principios como el de legalidad y la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos. En un tercer nivel de concreción el Art. 25.2 CE señala cuales son las garantías que permiten restringir el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad.

⁹ García de Enterría. *La Constitución como norma jurídica*. En *La Constitución española de 1978*. Madrid. 1980. Pág. 91 y ss; De Esteban/López Guerra. *Op. Cit.* Págs. 118 y ss.

¹⁰ Una argumentación similar puede emplearse en el resto de las figuras que aparecen bajo el epígrafe general de los delitos contra la Constitución. Cfr. Bustos Ramírez. “*El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público*”. CPC. Núm. 20 (1983). Pág. 346.

nuestro Código, según la cual funcionario público es todo aquel que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de la función pública (Art. 24.2). Ahora bien los elementos que aporta esta definición son sólo elementos genéricos que en el desarrollo de los tipos pueden presentar matices, sin que ello signifique renunciar a su valor clarificador, especialmente, en la medida que compromete el concepto de funcionario a efectos penales con el elemento nuclear de las funciones que ejercen. Como se ha encargado de destacar la doctrina el Código se aleja de las propuestas administrativistas y busca una senda propia. Esta decisión del legislador es consecuente con los objetivos de una u otra rama del Derecho. Mientras que la administrativa trata con ello de delimitar con que sectores profesionales establece unas relaciones especiales de sujeción, al Derecho penal tan sólo le preocupa la defensa de la función pública. Esta idea teleológica se encuentra en el Art. 24, en el requisito de que el funcionario a los efectos penales ha de “*participar en la función pública*”, frente a otras opciones más restrictivas como la de “*ejercer la función pública*”, la cual no está reñida con la exigencia de esas otras tres formalidades –ley, elección o nombramiento–.

A pesar de los esfuerzos por elaborar un concepto básico de funcionario que pueda emplearse en todas aquellas figuras delictivas en las que aparece este elemento, nos parece más interesante partir de esa combinación de elementos sustanciales y formales, en los que predominan los primeros y desarrollar los detalles del concepto en cada figura en concreto. Esto significa renunciar a la posibilidad de emplear un concepto unívoco de funcionario público, tal como parece ser el deseo del legislador, para, en su lugar, ajustar el mismo a las necesidades de cada tipo concreto. Se cede en seguridad en beneficio de la coherencia típica. El concepto de funcionario en la prevaricación, no guarda, ni tiene porque guardar mayores coincidencias con el concepto de funcionario que se utiliza en el delito de quebrantamiento de condena, en la misma medida que el concepto de función pública no es monolítico sino que puede ser fragmentado por el orden jurídico, según su conveniencia. No parece que esto debe preocupar al Derecho penal.

Conforme a lo anterior se nos antoja que en la sede del Art. 533 el concepto de funcionario que exige el tipo no resulta tan complejo de delimitar. Para ello es conveniente considerar tres circunstancias: la primera el contenido de función pública protegido con esta figura, la segunda la relación que la misma guarda con otros tipos penales y, la tercera, la pena prevista para los autores. Sólo quienes trabajen en prisión y por sus cargos puedan imponer restricciones que guarden relación con la ejecución de la privación de libertad dispuesta por un juez, forman parte del círculo de eventuales autores, porque sólo de ellos se puede predicar que ejercen una función pública penitenciaria. Dentro de un centro pueden concurrir muchos funcionarios que no son funcionarios penitenciarios –como señala el tipo– en un sentido estricto, es decir, pertenecientes orgánicamente a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, pero, sin embargo, pueden ocasionalmente ejercer funciones comprometidas con la ejecución de la privación de libertad. A nuestro juicio este es el elemento determinante. Por funcionario penitenciario se entiende aquel que ejerce funciones relacionadas con el servicio estatal de prisiones. Servicio que tiene anclaje constitucional en los Apdos. 5 y 6 del Art. 149. Un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuya colaboración

fuera solicitada por el centro para ayudar en la regulación de las visitas en los locutorios o para poner orden en una determinada dependencia se está convirtiendo en ese momento en funcionario penitenciario a los efectos penales. Claro está que el adjetivo “*indebido*” que acompaña a la acción típica tendrá unas fuentes normativas de referencia distintas. Mientras que en el supuesto del funcionario perteneciente a instituciones penitenciarias, por lo común, deberemos acudir a la Ley penitenciaria, para valorar si hubo o no rigor, en el comportamiento de otros funcionarios que intervienen en el medio penitenciario es posible que haya que valorarlo desde la óptica de las garantías sectoriales a las que este se encuentra sometido.

Esta propuesta, que permite aplicar el Art. 533 a todos aquellos funcionarios –penitenciarios o no– que hayan impuesto privaciones indebidas a los reclusos, es coherente con el rango constitucional que adquieren los derechos de estos frente a los abusos de quienes siendo simplemente funcionarios y en el ejercicio de sus competencias provocan esas limitaciones.

Por el contrario, las irregularidades que cometan en el ejercicio de sus funciones los funcionarios encargados de las oficinas de un centro, en la medida que no afecte a la cuestión penitenciaria, deberán ser tratadas penalmente en el régimen general de los delitos cometidos por estos. Está fuera del ámbito del Art. 533 porque las oficinas no forman parte del núcleo esencial de la privación de libertad. El mismo planteamiento debiera ser llevado, en consecuencia, al propio ámbito de la pena de inhabilitación. Si el Estado no protegiera de forma tan desproporcionada, como artificiosa, la función pública, aquellos funcionarios a los que se aplicara la inhabilitación especial en el marco del Art. 533, debieran quedar inhabilitados para trabajar en la función pública penitenciaria, exclusivamente, de igual manera que, en relación con las profesiones, la inhabilitación para el ejercicio de la medicina no impide el ejercicio de la abogacía.

Nos encontramos ante un delito especial propio¹¹ cuya característica es que el bien jurídico sólo puede ser lesionado por un funcionario, porque sólo él está obligado a aplicar privaciones y rigores durante la ejecución, cumpliendo con las garantías que establece la ley. El rigor o las privaciones contra un interno cometido por un particular, cuando adquieren cierta gravedad, es otro delito y, como mínimo, un delito contra la libertad y la seguridad. Esta consideración es una muestra más de las diferencias sustanciales entre esta figura y los delitos contra las personas. El particular no puede ser autor de este delito, pero el funcionario si puede cometer cualquiera de estos delitos contra las personas. Y el particular no puede ser autor, no porque no pueda participar en el ejercicio de la función pública¹²; cosa que, ocasionalmente, es posible, sino porque en esa eventual colaboración no está obligado a someterse a la ley que dispone como deben los funciona-

¹¹ Carbonell Mateu/Vives Antón (En Vives Antón (coord.) Comentarios al Código Penal de 1995. Vol. II. Valencia. 1996. Pág. 2046); Climent Durán (Comentario al Art. 533. En Gómez Tomillo (Dir.) Comentarios al Código Penal. 2ª Edc. Valladolid. 2011. Pág. 1831); Bolea Bardón, *Op. Cit.* Pág. 147. En el mismo sentido, STS de 2 de febrero de 1996.

¹² Así, p. ej., los vigilantes de seguridad tienen el deber de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Art. 1 Ley de Seguridad Privada). Incluso, si se lleva a término el Proyecto del Gobierno de incorporar a este sector profesional en la vigilancia exterior de los establecimientos penitenciarios, es posible que puedan imponer privaciones a los internos al margen de la ley.

rios aplicar las privaciones y el rigor a los reclusos. Con cierta frecuencia se da en esta tipología delictiva el supuesto de un funcionario que fuerza la colaboración ejecutiva de un interno para realizar la acción típica. De probarse el prevalimiento sobre el recluso ejecutor corresponde castigar a aquel por dos delitos de excesos penitenciarios, uno en calidad de inductor y otro como autor por las amenazas sobre el recluso ejecutor.

II. El sujeto pasivo: La persona privada de libertad.

El destinatario de la acción es la persona que se encuentra privada de libertad, aunque no es el titular del bien jurídico protegido. Conforme a lo señalado anteriormente no estamos ante una figura que proteja derechos individuales, sino el conjunto de garantías legales que establecen las circunstancias que deben rodear las limitaciones de esos derechos, de esta manera se logra un punto de equilibrio y compatibilidad en el uso de la violencia estatal y el respeto constitucional de los derechos de las personas.

La expresión *privada de libertad* debe entenderse en un sentido normativo para que el tipo rector tenga el alcance que requiere las necesidades políticas criminales en torno a esta figura. Se encuentran privadas de libertad todas aquellas personas que, en la sede de la jurisdicción penal, están sometidas a una decisión judicial de privación de libertad y la misma se encuentra en fase de ejecución, con independencia de que el momento en que suceden los hechos la persona disfrute o no de libertad ambulatoria. Esta propuesta es coherente con el planteamiento en torno al bien jurídico protegido, tanto quien está privado materialmente de la libertad, como disfrutando de un beneficio que tiene suspendida esa privación, merece la protección penal frente a todo rigor indebido y la ley establece un régimen de garantías para preservar los derechos no afectados por la condena. Es indiferente que el delito suceda o no dentro de un establecimiento penitenciario, como lo demuestra el hecho de que el tipo incluya supuestos de rigor indebido en centros de internamiento de menores¹³. A estos efectos, se entiende aplicable el Art. 533 a aquellos funcionarios penitenciarios –personal de instituciones penitenciarias responsable del control de los liberados condicionales– que imponen obligaciones no contempladas en la ley a quienes disfrutaban de ese beneficio. Igualmente muchas garantías no pierden su vigencia aunque el sujeto se encuentre temporalmente fuera del establecimiento. Lo determinante es que la ley haya previsto unas garantías cuando se tiene que aplicar una medida de rigor y que esta medida guarde relación con la condición de privado de libertad. Será castigado, por ejemplo, con este delito el funcionario responsable de la evolución del condenado durante la libertad condicional que le impone ciertas cargas ilegales en el disfrute del beneficio, como condición para elevar al Juez de vigilancia un informe favorable al mismo.

La expresión *recluso* utilizada por el Código para significar al sujeto pasivo no equivale a la de persona reclusa, sino que se trata de un concepto genérico con el que se pretende garantizar que abarque las diversas relaciones jurídicas por las que una persona pierde su libertad en la jurisdicción penal –condenado, preventi-

¹³ De otra opinión, Climent Durán, *op cit.* Pág. 1831.

vo o detenido—. En numerosas ocasiones también la legislación penitenciaria usa la expresión en este sentido genérico. Así, por ejemplo, resulta incuestionable que cuando los Arts. 6.1, 7.1 y 8 del Reglamento penitenciario señala las reserva de los datos personales de los “*reclusos*” obtenidos por el sistema penitenciario, también, incluye los de los liberados condicionales.

Lamentablemente el tipo no alcanza a proteger las garantías de todos los supuestos en los que una persona se encuentra privada de libertad o condenada a una pena. En ambos caso se produce una suerte de agravio comparativo, más relevante para los primeros que para los segundos. Los abusos de los extranjeros pendientes de expulsión en los centros de internamiento no puede perseguirse con este delito; tampoco las privaciones de quienes se encuentran cumpliendo otras penas o medidas de seguridad que, aunque no entrañen privación de libertad, si sitúa al condenado en una posición de debilidad jurídica y la ley contempla garantías de sus derechos. Por ejemplo, en los supuestos de penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

III. Acción típica.

I. La acción típica puede consistir en imponer sanciones o privaciones indebidas o usar un rigor innecesario. En su estructura la conducta típica es objeto de una doble valoración, ambas necesarias, para adecuarlas al delito. La acción es idealmente contraria a la norma o innecesaria conforme a ella y, materialmente, ha limitado un derecho de los reclusos. A pesar de que la razón del injusto es la conducta indebida el legislador ha optado por limitar la responsabilidad penal a aquellos casos en los que a la infracción del deber se anuda el resultado material de rigor o de privación, no porque constituyan elementos del injusto, sino por razones de política criminal que, debido a las tensiones propias de un centro penitenciario, hacen recomendable preservar la responsabilidad penal sólo cuando las decisiones indebidas van seguidas de lesiones de otros bienes jurídicos de una especial gravedad.

Tanto la expresión *indebida* como *innecesario* no sólo delimitan las privaciones que dan lugar a responsabilidad penal, sino que fundamentan el injusto, pero una y otra introducen delimitaciones distintas a las conductas típicas, mientras que lo indebido es aquello que no se ajusta a la legalidad, lo innecesario se predica de aquello que no resulta preciso para unos fines determinados. Conforme a lo propuesto en relación al bien jurídico lo reprochable de la conducta típica es que las mismas se imponen al margen del contenido de la pena y de las condiciones que la ley establece para su ejecución. La difíciles condiciones del privo de libertad, con un status jurídico debilitado, hacen que todo rigor que se le exige sin tener en cuenta esos presupuestos es particularmente reprochable y merecedor de castigo penal. Por otra parte debe considerarse que la mayor violencia en un establecimiento suele originarse en la ilegalidad. El delito que estudiamos forma parte de esos delitos que, como apunta Cuello Contreras, no cabe describirlos como algo previo y con pleno sentido de injusto antes de proceder a la valoración de la antijuricidad a la que remiten estas referencias normativas como “*indebidas*” o “*innecesarias*”¹⁴.

¹⁴ Cuello Contreras. “*El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*”. 3ª Edic. Madrid. 2002. Pág. 505.

Los actos de privar de ciertos derechos al recluso o imponerle ciertas condiciones regimentales, en sí mismos considerados, pueden ser lícitos o necesarios y, no obstante, habrá responsabilidad penal si las condiciones en las que se ejecutaron esas privaciones o el procedimiento para adoptarlas fueron arbitrarias y ajenas a lo establecido por la ley, es decir, cuando no concurren los presupuestos de la legalidad. El primero de estos presupuestos es que el funcionario sea competente materialmente. Por ejemplo, el uso de los medios coercitivos (Art. 45 Ley Penitenciaria) por un funcionario, sin la debida autorización del Director, siempre que no concurren situaciones de emergencia, aun cuando pudiese estar justificado, dará lugar a la aplicación del Art. 533. De la misma forma que será objeto de castigo la aplicación de plano de una sanción por un funcionario, sin tener en cuenta el procedimiento, a pesar de que termine coincidiendo en sus contenidos con la que se aplicó respetando las normas procedimentales (Art. 42 Ley Penitenciaria). Otras conductas punibles pueden ser aquellas que burlan las competencias de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (Art. 76 Ley Penitenciaria). A la inversa, el mero incumplimiento de unas garantías o de un precepto legal por el sujeto activo no es delictivo, si dichas garantías son ajenas del todo a la aplicación de ciertas privaciones a los internos; podrán, a lo sumo, dar lugar a la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

En relación con otras figuras delictivas que giran en torno a un injusto fundado en las infracciones del deber por parte de los funcionarios se exige por nuestra jurisprudencia que los hechos no revistan solo un incumplimiento de la norma positiva, sino que demuestren que el funcionario actuó de forma arbitraria, entendiéndose por tal *“cuando queda de manifiesto la irracionalidad –arbitrariedad– de la resolución. En otros términos, una resolución ilegal, sólo por ser ilegal, no es una resolución injusta. Esta supone un plus de contradicción con la norma, que es lo que justifica la intervención del derecho penal”* (STS 24-10-2001)¹⁵. Esta tesis que puede mantenerse en otras figuras en las que a la resolución ilegal no se anuda resultado material alguno, no convence, en absoluto, en la figura que estamos estudiando, en la que la ilegalidad lleva consigo la aplicación de rigores o privaciones en el ámbito penitenciario. La gravedad de las consecuencias de dicha resolución justifica sobradamente nuestra propuesta, de la misma forma que tampoco es preciso que concorra en el funcionario ningún ánimo específico más allá del dolo, como veremos más adelante.

Aunque la fuente más frecuente para valorar la ilegalidad será la norma penitenciaria, no necesariamente queda circunscrita a ella. Al respecto es preciso hacer dos consideraciones. La primera es que en un centro penitenciario concurre un número singularmente diverso de normas, muchas de ellas ni siquiera tienen la consideración de normas jurídicas, como es el caso de las Circulares de la DGIP o del Reglamento interior y, a pesar de ello, su contenido determina las condiciones regimentales que pueden afectar al acceso al ejercicio de los derechos de los privados de libertad. Generalmente, se trata de normas que desarrollan la ley y el Reglamento, aunque en ocasiones la diversidad de supuestos que resuelven

¹⁵ No obstante, existen otras sentencias que no requiere la arbitrariedad, así entendida, o, al menos, no para todas las figuras de la prevaricación. Así la STS 1402/93 de 3-12 concluye: *“El delito de prevaricación, en todas sus hipótesis, no debe ser equiparado a un supuesto tipo penal de abuso genérico de la autoridad”*.

desbordan esos marcos jurídicos. El tipo no emplea la expresión ilegal, sino indebida, lo que, a nuestro juicio, permite ampliar la valoración jurídica de la conducta del funcionario contrastada con todas las normas concurrentes en la organización del establecimiento. Por otra parte, la cárcel es una microsociedad en la que operan distintos profesionales –médicos, pedagogos, religiosos, monitores de diversos oficios, etc.– que dependen también de su correspondiente legislación específica y será, conforme a ella que habrá de determinarse si fue o no legal la conducta¹⁶. Ni la Ley, ni siquiera el Reglamento penitenciario son capaces de determinar los marcos jurídicos en los que cada profesional debe cumplir con su actividad y, por esta razón muchos pasajes de la legislación penitenciaria se construyen como normas en blanco. Lo que todos ellos tienen en común es que ejercen o han ejercido función pública o *función pública penitenciaria*, es decir, que toman decisiones que afectan al cómo o el quantum de la ejecución de la privación de libertad y menoscaban sustancialmente el principio general según el cual el recluso es un sujeto de derecho que no debe verse constreñido en el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley, nada más que en la medida que son incompatibles para cumplir con su condición de privado de libertad (Art. 25.2 CE)¹⁷. Los supuestos más frecuentes en los que se pueden producir privaciones son en la aplicación del régimen disciplinario y las medidas coercitivas, por esta razón el legislador ha considerado conveniente referirse expresamente a ello, sin que de ahí puede concluirse que el tipo penal solo es aplicable a las privaciones que se dan en este ámbito disciplinario. Por el contrario, actividades como la regresión en el grado o las limitaciones de comunicaciones con el exterior también pueden considerarse a estos efectos privaciones.

La sanción o privación indebida será siempre castigada y también lo serán los rigores que resulten del todo innecesarios aun cuando puedan ser legales. Así, por ejemplo, el cambio de una celda a otra de un interno, que se sabe no desea, pudiéndosele mantener en la que quiere, o un cambio de celda frecuente, como formas de sanción encubiertas, son decisiones legales que corresponden a la dirección del establecimiento, pero que, en ciertas circunstancias, representa un rigor, que, de no responder a ningún fin justificable, debe dar lugar a responsabilidad penal. Señala Córdoba Roda que la oportunidad del rigor debe medirse conforme al criterio de los fines del Derecho en su conjunto¹⁸. Destacar, como hace el autor, la expresión "*Derecho en su totalidad*" como concepto, eventualmente, enfrentado a los fines del Derecho penitenciario o del sistema penitenciario, nos parece innecesario ya que lo que es útil para el Derecho en concreto, lo tiene que ser para el Derecho en su totalidad porque en virtud del carácter uni-

¹⁶ En este sentido señala la jurisprudencia que nos encontramos ante "*un precepto penal en blanco en cuanto deja al arbitrio del Tribunal que tomando en cuenta la totalidad de las normas contenidas en nuestro Ordenamiento y todos los imprevisibles supuestos que en el decurso de la vida ordinaria puedan presentarse...*" (STS 23 de noviembre de 1989).

¹⁷ En el mismo sentido, Arts. 3. 1 Ley Penitenciaria y 3.3 Reglamento Penitenciario.

¹⁸ Córdoba Roda (Comentarios al Código Penal. T. III. Barcelona. 1978. Págs. 320-321). En el mismo sentido, Cancio Meliá, *op. Cit.* Pág. 1321. Una opinión completamente opuesta a la de los autores anteriores mantiene Bolea Bardón (*Op. Cit.* Pág. 149), para quien el rigor innecesario debe medirse con respecto a lo establecido en el art. 45 de la Ley Penitenciaria. Dicho precepto tan solo establece los fines que permiten usar medios coercitivos, pero no los fines del sistema penitenciario; sin concurrir las necesidades allí indicadas puede justificarse el empleo de rigor regimental.

versal de la valoración de juridicidad no podría ser, a la vez, una conducta necesaria o no necesaria, desde la perspectiva jurídica. Cuestión distinta son los casos en los que dos normas jurídicas entran en un aparente conflicto y cede la una frente a la otra.

Pero, como decimos, no se trata de situar la expresión innecesaria en el marco de los conflictos de normas, sino de los fines de la pena de prisión, los cuales están medianamente concretados en la Ley penitenciaria cuando se establece que los fines de las instituciones penitenciarias son la reeducación y la reinserción social, así como, la retención y custodia de los privados de libertad, todo ello, claro está en el marco de la legalidad (Art. 1 Ley Penitenciaria)¹⁹. Además de estar sometido al principio de legalidad las conductas regimentales que entrañen restricciones de los derechos de las personas también deben someterse a los criterios de proporcionalidad y necesidad, ambos –como ya hemos tenido ocasión de ver– con rango constitucional. Todo rigor al que se someta a un recluso para evitar una fuga dentro de los límites de legalidad, es decir, utilizando los medios coercitivos taxativamente señalados por la ley (Art. 45 Ley Penitenciaria) y conforme al juicio de proporcionalidad no da lugar a responsabilidad alguna.

El principio de legalidad tiene una dimensión positiva en virtud de la cual las instituciones sometidas a él están obligadas a cumplir con la norma²⁰. Esta dimensión positiva tiene una particular relevancia en el mundo de las prisiones en donde no es extraño encontrarnos con condiciones regimentales por debajo de lo establecido por la legislación, que conllevan privaciones para los reclusos, alegándose por las autoridades la falta temporal o permanente de recursos²¹. El caso más frecuente de ilegalidad positiva es la necesidad de compartir celdas, a veces entre más de dos internos, lo que obliga a sus moradores a soportar unas condiciones de habitabilidad y privacidad muy carenciales, a pesar de que fueron diseñadas para una sola persona y a pesar de que el Art. 19 de la Ley establece, como principio general, el derecho a una celda individual. Derecho que sólo puede excepcionarse concurriendo ciertas garantías y de forma temporal. En la praxis la masificación –en especial en los años precedentes– obligó al uso colectivo de celdas de forma estable y sin criterios de ningún tipo. Por idénticas razones la población penitenciaria ha visto menoscabados, por falta de espacio, sus derechos a visitas íntimas con cierta frecuencia (Arts. 53 de la Ley y 45 del Reglamento) o el derecho a estar en un establecimiento que evite el desarraigo social (Art. 12.1 Ley).

Durante un tiempo nuestra jurisprudencia ha mantenido la tesis de que quien se encuentra privado de libertad pierde sus *status libertatis*, de forma que todo atentado que consista en reducir aún más la libertad ambulatoria, por ejemplo, mediante el encierro en una celda, no podría castigarse como delito de detenciones ilegales, porque no se puede perder lo que no se tiene y hace necesario acudir a otras fórmulas delictivas más generales, como las coacciones. Semejante afirmación no sólo desconoce el sentido del derecho a la libertad ambulatoria,

¹⁹ También Art. 2 del reglamento Penitenciario.

²⁰ Vid. Por todos, García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho administrativo*. T. I. 10^o. Madrid. 2001. Pág. 439.

²¹ Entre los Principios Fundamentales de las Normas Penitenciarias Europeas se incluye el siguiente: “4. La carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de detención violen los derechos del hombre”.

sino que se sitúa en una concepción de la teoría de la pena contraria a los modernos postulados resocializadores, es insostenible en un Estado Social y Democrático de Derecho, no sólo por los fines de reinserción social reñidos con semejante niveles de privación de la libertad y con la exigencia de compatibilidad entre la condición de recluso y el disfrute de los derechos no afectados por la condena, sino porque la libertad en términos absolutos es inalienable conforme señala el Art. 9 de nuestra Constitución. Lo que rige para la libertad entendida en un sentido ambulatorio, que es el derecho más directamente afectado por la pena de prisión, rige igualmente para todos los derechos de los privados de libertad. Las condiciones de la privación deben ser compatibles con el principio constitucional que impide la pérdida esencial de los mismos.

II. Una cuestión nuclear en la figura que estamos analizando es la naturaleza jurídica de las expresiones “*innecesarias*” e “*indebidas*”. Si con relación a la primera no parece cuestionable que estemos ante un elemento del tipo de carácter referencial²² de tal modo que, sólo contrastando con los fines legales la conducta enjuiciada, estaremos en condiciones de saber si es o no innecesaria; sin embargo, no ocurre lo mismo con la segunda, que también puede entenderse como elemento valorativo de la antijuricidad traído al tipo. Consecuentes con la opinión mantenida hasta ahora consideramos que la ilegalidad es un elemento constitutivo del injusto de este delito y, por tanto, aparece ya referido como elemento normativo del tipo. Es voluntad de nuestra Constitución conceder rango de Derecho Fundamental a las garantías que rodean las privaciones de los derechos de los internos y para ello han sido incluidas dentro de la Sección II del Capítulo Segundo de nuestro texto constitucional. Nos encontramos ante un elemento de valoración global²³. Lo determinante del injusto no es el rigor empleado por el funcionario, ni siquiera su gravedad, sino la reprobabilidad que merece que dicho rigor se haya empleado al margen de las garantías legales. Es cierto que, incluyendo dentro del mismo, conductas y lesiones de derechos muy diversos y de muy diferente intensidad, el Art. 533 transmite una impresión de falta de taxatividad. Recuerda en su imprecisión al delito de coacciones –con el que guarda una afinidad morfológica– que cumple una función de recogida frente a todas las restricciones de derechos que no están expresamente tipificadas en el resto de los delitos contra las personas. También el Art. 533 guarda una relación subsidiaria frente a otras formas delictivas más específicas cometidas por los funcionarios, como son el delito de torturas, las detenciones ilegales (Art. 530), el acoso sexual (Art. 443) o la incomunicación (Art. 531). A pesar de que ni la naturaleza del rigor ni su intensidad forman parte del injusto, se hubiera podido, con una redacción más depurada, establecer distintos niveles de respon-

²² Alguna sentencia lo ha calificado, por esta referencia al ordenamiento jurídico, como precepto penal en blanco (STS 23 de noviembre de 1989). Del Rosal Blasco (en Morillas Cuevas (Coord.) *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid. 2011. Pág. 1133) matiza considerándolo un tipo abierto “pues la valoración de cuando una sanción es indebida o de cuando se ha aplicado un rigor innecesario no se puede hacer sino teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes”. Como se apunta en el texto la naturaleza de estos delitos no permite ser comprendida sin los elementos normativos de valoración global, de manera que la expresión “abierto” solo puede admitirse si con ella se quiere destacar que el conocimiento del injusto requiere acudir a otras normas jurídicas ajenas al Código penal.

²³ Roxin. *Derecho Penal. Parte General*. T. I. Madrid. 1997. Págs. 298 y ss.

sabilidad penal y diferenciar la responsabilidad en función del derecho lesionado, no porque estemos ante un delito pluriojetivo, sino porque, teniendo en cuenta el contenido material de la antijuricidad, no puede ser penalmente indiferente que la ilegalidad ocasione daños materiales o personales o la gravedad de estos. También la redacción actual ilustra sobre la vocación concursal de esta figura, la cual mantiene su vigencia cuando se aplican los delitos comunes y cumple, además, una función residual.

III. ¿Qué debe entenderse por privación o rigor? La cárcel es esencialmente rigor y privación, la circunstancia de que sean estos indebidos o no probablemente no le añaden mayor intensidad material, pero si provocan un mayor reproche por el desequilibrio entre el funcionario infractor y el recluso, desequilibrio que permite presumir una generalizada situación de prevalimiento una grave lesión al principio de confianza sobre el que se asienta las relaciones especiales de sujeción del funcionario con la entidad pública correspondiente.

Desde luego ni el rigor ni la privación pueden entenderse como trato inhumano o degradante, ni como agresiones que acarreen sufrimientos de manera especial o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena, porque entonces entraríamos en el ámbito del delito de tortura o contra la integridad moral²⁴. La propia referencia a sanciones indebidas sin exigir que estas sean graves demuestra que no se exige que el resultado material constituya un grave atentado a la persona.

Como quiera que sea inimaginable una sanción que no prive del ejercicio de un derecho del sancionado, la doble referencia que hace el texto legal a sancionar o privar, se nos antoja innecesaria, por reiterativa. Incluso la sanción de amonestar implica una privación, aunque sea mínima, del derecho a no tener que soportar una persona adulta que se le increpe por su conducta. A la postre se priva al sancionado del derecho a elegir entre soportar o no la amonestación. El resto de las sanciones que contempla el sistema disciplinario todas giran en torno a la privación de la libertad ambulatoria.

La conducta de aplicar rigor resulta más genérica que la de privar del ejercicio de un derecho a una persona, hasta el extremo de que hubiera podido prescindirse de esta, porque toda privación implica una condición rigurosa.

Lamentablemente ninguna de las dos acciones permite incriminar los casos en que el funcionario concede arbitrariamente premios o privilegios a internos que no lo merecen. Estas conductas son más leves si tomamos como referencia los derechos de los internos, pero constituyen una grave alteración de la convivencia ordenada de un establecimiento. Fomenta la idea de que la ejecución se hace al margen de la legalidad y deteriora la confianza en el Derecho. Considerando las garantías penitenciarias como bien jurídico protegido, resulta igualmente grave, infringirlas para menoscabar los derechos del recluso, como para privilegiarlo, siempre que, claro está, en el primer caso se apliquen además otras figuras que atienden al daño personal causado. Únicamente, podría apli-

²⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 120/90 de 27/6; 137/1990 de 19/7 y 57/1994 (RTC 1994, 57).

carse el Art. 533 en los casos de graves concesiones de privilegios, bien a través de la prevaricación, si estos se han aplicado mediante el dictado de una orden, bien considerando que el resto de la población penitenciaria no beneficiado soporta privaciones indebidas.

IV. Conforme a lo que acabamos de señalar, nos encontramos con un delito de lesión omisivo porque el fundamento del injusto no es la aplicación de dichas privaciones, sino el hacerlo al margen de la legalidad. Esto se confirma con la circunstancia de que los sujetos activos queden circunscritos a aquellas personas en las que concurren deberes especiales, como son quienes ejercen funciones públicas. Considerando que en el sujeto activo surge un deber específico de cumplimiento de la norma, el delito será siempre de omisión. La conducta punible consiste en la infracción del deber de respetar dichas garantías. Pero como quiera que la ilegalidad se materializa en una conducta de restricción de derechos, esta puede ser de acción o de omisión.

La redacción de la primera de las conductas –imponer privaciones– no permite concluir que se tengan que producir estas para que haya delito. En este sentido sigue la misma línea de las figuras delictivas que la preceden dentro de esta Sección 2ª. Tanto en relación a las privaciones de libertad (Art. 530), como a las incomunicaciones (Art. 531), el texto legal emplea el verbo “*decretar*”, equivalente a “*imponer*”. Otra conclusión merece la redacción de la segunda modalidad delictiva –usar rigor–, si bien, ello puede explicarse porque a diferencia del supuesto anterior aquí no se exige ilegalidad, sino innecesariedad, un concepto mucho más amplio y situacional que ha hecho recomendable como contrapeso que sólo sea castigado cuando materialmente se ha materializado el rigor. Además la innecesariedad, por ese carácter situacional no podrá valorarse hasta que no se considere las circunstancias de tiempo, intensidad, etc. en las que se produjo el uso del rigor.

En muchas ocasiones la infracción de la ley se agota con la conducta material, mientras que en otras serán perfectamente diferenciables ambas en el tiempo y el espacio, en especial cuando quien toma la decisión no es quien ejecuta los hechos. A diferencia de los correspondientes delitos contra los derechos de las personas, el Art. 533 es un delito de consumación instantánea y de mera actividad. No son, pues, imaginables formas imperfectas de ejecución.

b. Elemento Subjetivo del Tipo.

Mientras que para las otras dos figuras delictivas, con las que comparte la Sección 1ª, están previstas las formas imprudentes (Art. 532), no ocurre así para el Art. 533, que queda fuera del alcance del Art. 532 que expresamente se refiere a “*los hechos descritos en los dos artículos anteriores*”. Sin embargo, ni la naturaleza de las conductas típicas, que permite la comisión imprudente, ni el fundamento del injusto, la infracción del deber, ni la gravedad de los resultados materiales sobre las personas, que pueden iguales o, incluso, más graves, ni, por último, las penas previstas para las formas dolosas, que son iguales, justifican que el delito de excesos penitenciarios no pueda imputarse a título de imprudencia. Es posible que la amplitud de la redacción permita imaginar casos que por su com-

plejidad o por su naturaleza no puedan cometerse negligentemente, pero, de igual forma, abarca otros en los que cabe la conducta imprudente y tienen suficiente relevancia como para justificar la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, son inimaginables unas coacciones imprudentes y, por consiguiente, el funcionario que, sin ser consciente de ello, coacciona a un interno no podrá aplicársele el Art. 533; en cambio, si un responsable de cocina, para reducir gastos, distribuye una alimentación caducada, que ocasiona un proceso grave de gastroenteritis con secuelas a uno o varios internos, sólo podrá ser castigado por el delito de lesiones imprudentes, si se demuestra que no era su voluntad causar las referidas lesiones, pero no podrá hacerse en concurso con el delito que estamos estudiando, a pesar que no hay razón alguna para no considerar dichas privaciones ilegales y graves, merecedoras de que al autor se le castigue con la pena de inhabilitación. A pesar de que otras figuras afines si lo contemplan, cabe pensar que el legislador haya excluido la culpa por considerar que estructuralmente no es posible compatibilizar la negligencia con la ilegalidad, cuando esta se interpreta, no como mero incumplimiento formal de la norma, sino como abuso o arbitrariedad, en cuyo caso se requiere de una intención específica del autor, próxima al desprecio por el Derecho²⁵. También ha podido influir en la decisión legal que estamos ante una figura aparentemente residual de menor gravedad, no obstante, estar castigado con la misma pena que los anteriores, aunque la pena de inhabilitación.

En el cerrado mundo de las prisiones son frecuentes conductas fuertemente condicionadas por un sentimiento o una motivación en el agente. Ni lo uno ni lo otro influye en la valoración jurídica penal sobre la concurrencia del dolo. Sea cual sea la motivación el funcionario de prisiones que impone unas privaciones, sabiendo que no son legales, deberá de responder penalmente por ellas²⁶.

Al no estar prevista la forma imprudente la determinación de los elementos subjetivos del tipo va a establecer los límites entre lo punible y lo impune y, por esta razón, merece una especial atención. La cuestión más compleja es la de resolver si el dolo debe o no abarcar la ilegalidad de la privación o la innecesariedad del rigor empleado. Conforme a lo que hemos expuesto, ambos adjetivos son elementos normativos de valoración jurídica respecto de los cuales cabe entender que su conocimiento corresponde al dolo, si se consideran elementos típicos, o a la conciencia de la antijuricidad. En el primer caso, al no estar prevista la imputación imprudente tanto el error vencible, como el invencible, sobre dicho elemento nos conducen a la impunidad; en tanto que, tratándose de un problema de conciencia de la antijuricidad, en los supuestos de error vencible, los hechos podrían seguir siendo imputados a título de dolo y el problema se desplaza a la culpabilidad, asegurándose el castigo, aunque con una culpabilidad –y, consiguientemente, una pena– reducida. Una tercera vía en el tratamiento de estos elementos permite diferenciar entre los presupuestos materiales de la valoración jurí-

²⁵ Bustos Ramírez. *Op. Cit.* Pág. 361.

²⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo 18 enero 1993 en relación con el delito de prevaricación señala que, «acreditada la injusticia de la resolución, así como el hecho de haber sido dictada por un Juez a sabiendas, son «irrelevantes desde el punto de vista penal, los motivos que le hubiesen impulsado a dejar de cumplir su deber». En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 11 diciembre 2001 señala que «los móviles concretos no forman parte del tipo penal».

dica y la valoración jurídica en si misma considerada. Los errores respecto de los elementos fácticos lo serían de tipo, mientras que los segundos lo serían de prohibición. Así, por ejemplo, un funcionario que recibe una orden del Director del establecimiento indicándole que proceda a incomunicar a un interno o un funcionario que aplica una medida coercitiva contra un interno al que ve subido en una tapia, actúa dentro de la legalidad, a pesar de que la orden de Director este motivada por la enemistad de este contra el interno o de que el interno, subido a la tapia, no tuviera otra intención que coger una pelota. En ambos casos el funcionario en cuestión equivoca la apreciación de los hechos, en el primero, creyendo que la orden del Director, que reviste todas los presupuestos materiales y formales que la legislación le exige comprobar para ser cumplida, estaba jurídicamente motivada y, en el segundo, creyendo que el recluso intentaba huir. El rigor aplicado por el funcionario no dará lugar a responsabilidad penal por tratarse de un error de tipo.

Distintas son las cosas cuando el mismo funcionario sabe que la orden de Director está motivada por enemistad, pero que, debido a su relación de subordinación, está obligado a cumplirla o cuando sabe que el interno subido a la tapia no pretende huir pero merece ser castigado por su conducta. El error se desplaza desde los presupuestos fácticos de legalidad a la valoración jurídica de unos hechos, que se conocen correctamente, por lo que nada justifica modificar la imputación dolosa. Además la invencibilidad del error, en estos casos, está más limitada en la medida que hay más razones para presumir que el funcionario conoce la legislación aplicable y tiene el deber especial de prestar atención a la misma cuando en base a ella se aplican privaciones a los reclusos. En el resto de los casos, en los que se estime que el error sobre lo lícito o lo ilícito de las medidas de rigor aplicadas pudo vencerse se atenuará la pena (Art. 14. 3).

Esta última propuesta ofrece ventajas frente a las anteriores desde una perspectiva político criminal. Teniendo en cuenta que en este delito no se castigan las formas imprudentes, nos parece injustificable que se pueda considerar penalmente irrelevante, por atípico, aquellos casos en los que un funcionario de instituciones penitenciarias, actuando con negligencia, es decir, ignorando la legalidad o despreciándola, impone a un interno, que se encuentra sometido a su custodia y sobre cuyos derechos tiene el deber especial de velar, unas condiciones regimentales que constriñen, aun mas, sus derechos como persona. Es preciso que el tipo siga manteniendo en esos casos su función de llamada de atención para que el funcionario realice previamente un examen de juridicidad de su conducta, cuando esta tiene consecuencias personales graves. De esta forma el Art. 533 se suma a los esfuerzos del Estado por reducir la tendencia a practicar excesos penitenciarios. La inhabilitación del funcionario que se despreocupa de realizar una valoración jurídica previa antes de lesionar Derechos fundamentales del recluso es, por otra parte, más plausible en la actualidad en la que el sistema penitenciario cuenta con un abanico inagotable de medidas de seguridad que van desde las arquitectónicas a las más sofisticadas de las nuevas tecnologías del control. Si se cuenta con sistemas de seguridad sobredimensionados los riesgos se han reducido considerablemente y el nivel de exigencia a los funcionarios puede en idéntica proporción elevarse para no añadir nuevas restricciones o rigores injustificados.

Existe una consolidada jurisprudencia que viene exigiendo en relación con el delito de prevaricación que se aprecie algo más que una conducta al margen de la ley o contraria a la misma. Para encuadrar en la prevaricación penal se requiere que sea arbitraria, un elemento de tipo culpabilística que recuerda las actitudes de desprecio en otros tipos penales. En este sentido señalan algunas resoluciones que *“la injusticia se concreta, no en la ilegalidad, sino cuando queda de manifiesto la irracionalidad –arbitrariedad– de la resolución. En otros términos, una resolución ilegal, sólo por ser ilegal, no es una resolución injusta. Esta supone un plus de contradicción con la norma, que es lo que justifica la intervención del derecho penal”* (STS 24-10-2001). Este requisito, que no contempla la norma, de que «desviación» o el «torcimiento del Derecho», sea grosero, claro y evidente, puede encontrar razón de ser en el tipo básico de la prevaricación, pero no en relación con el delito que nos ocupa en el que la conducta ilegal del funcionario –no lo olvidemos– lleva asociada la lesión de bienes jurídicos del sujeto pasivo.

6. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Los delitos que contienen elementos de valoración global suscitan una particular problemática en el expediente de las causas de justificación. De tal forma que cuando concurre una de ellas el hecho deja de ser típico porque una conducta justificada no puede ser, a la vez, indebida y, en consecuencia, típica. Cuando el funcionario priva al interno de un derecho, cumpliendo con su obligación –cumplimiento de un deber–, o aplica un rigor en una situación de estado de necesidad o legítima defensa, una y otra dejan de ser indebidas. Dicho en otros términos no son imaginables conductas indebidas que posteriormente resulten justificadas. El consentimiento del interno afectado es irrelevante porque no tiene disponibilidad sobre el bien jurídico protegido, es decir, no puede determinar cuando son o no aplicables las garantías legales que acompañan a la aplicación de privaciones de derechos. Cosa distinta es el consentimiento respecto del derecho individual afectado.

Nos encontramos ante un delito de mera actividad cuya consumación se alcanza con la propia acción. El desvalor del acto y del resultado se producen en un mismo momento. El resultado material que ocasiona el rigor aplicado será objeto de valoración por otros tipos penales concurrentes

7. PENALIDAD.

La pena de inhabilitación es la única prevista para este delito. En concreto se castiga con la inhabilitación para el empleo o cargo público por un tiempo comprendido entre los dos y los seis años. A tenor del Art. 42 los condenados a esta pena son privados definitivamente del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo y de los honores que le sean anejos. Hasta aquí la pena tiene carácter indefinido y atemporal, pero, además, se añade una dimensión temporal ya que durante el tiempo que dure la pena el condenado no puede obtener el mismo empleo o cargo u otros análogos. Lejos de pretender con esta pena alejar al condenado de cualquier empleo o cargo público el texto legal deja claro que

sólo afectará a aquel sobre el que recayere con carácter definitivo y con carácter temporal a todos los que sean análogos. Por si no fuera suficiente el referido precepto exige al órgano judicial que en la sentencia especifique motivadamente los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación, que no pueden ser otros que aquellos que fueron instrumentalizados para la comisión del delito.

En el caso que nos ocupa la pena puede alcanzar, como máximo, a inhabilitar para todo empleo con competencias en el ejercicio de la función pública penitenciaria, si bien la amplia diversidad, en competencias y naturaleza, de empleos que se dan en el sistema puede hacer injustificable que el órgano judicial no concrete para qué sector se aplica.

Carlos Mir Puig

Magistrado Especialista del Orden Jurisdiccional Penal,
Audiencia Provincial de Barcelona.
Profesor Asociado de la Universidad Pompeu Fabra

El traslado de personas condenadas entre países:
Tratados del Consejo de Europa y Decisión Marco 2008/909/JAI,
27 noviembre 2008. Referencia al recién Anteproyecto de Ley
de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales Penales
en la Unión Europea (Aprobado por el Consejo de Ministros
de 8 de febrero de 2013)

I. INTRODUCCIÓN.

El fenómeno de la globalización, entendido en el tema que vamos a tratar como el movimiento o tráfico de personas por los distintos países, hace que se haya incrementado en los últimos tiempos que nacionales españoles cometan delitos fuera de nuestras fronteras y cumplan condenas en los países en que delinquen, y viceversa que ciudadanos extranjeros delincan en España y cumplan sus condenas aquí.

Por ello y para evitar un desarraigo social y familiar, aparte de las barreras lingüísticas y culturales, así como el cumplir penas en prisiones extranjeras, a veces en condiciones inhumanas, y siempre con la idea rectora de la “reinserción social”, se han ideado, en un principio, la celebración de Tratados o Convenios internacionales, unos de carácter “multinacional” y otros, complementando a los anteriores, de carácter “bilateral”, siendo ley especial estos últimos de los anteriores. Y en dichos tratados se ha convenido el traslado de personas condenadas en un país, Parte del Tratado –Estado de la condena–, por una infracción penal, al Estado de su origen o de su residencia habitual para cumplir dicha condena en dicho Estado (Estado de cumplimiento).

Dicha solución jurídica, que podemos llamar “paccionada” descansa en la idea de la soberanía de cada Estado, y en la idea de la “discrecionalidad”, por lo que

dicho traslado tiene lugar sólo siempre que lo acepten ambos Estados-parte. Y suele basarse además en el principio de la doble incriminación –que el delito cometido en un Estado, constituya también delito en el otro Estado al que se requiera para la ejecución o cumplimiento de la pena– y en el principio del “consentimiento del penado”, constatado judicialmente. Y dicha vía que hemos llamado paccionada se utiliza cuando el instrumento de la extradición no es posible o eficaz porque de pedirse la extradición de una persona, la misma no se concederá por tratarse el condenado de un nacional del Estado requerido.

El principal defecto de la llamada vía paccionada es que el expediente de traslado suele retardarse demasiado, a veces más de un año, aparte que otras veces, a mitad de su tramitación, el penado deja de dar el consentimiento, al obtener en la ejecución de la pena del Estado en el que ha cometido el delito y ha iniciado el cumplimiento de la pena beneficios penitenciarios u otras facilidades relativas a la ejecución de la pena, o uno de los Estados-parte acaba negándose al traslado.

Debe de decirse además que normalmente los tratados relativos al traslado de personas condenadas en otros países al de su origen, se refieren a penas o medidas de seguridad *privativas de libertad*.

Finalmente podemos decir que la idea principal que late en dichos tratados es la idea de “petición” –el traslado lo tiene que pedir uno de los Estados-parte– a otro Estado-parte.

Al resultar esa solución jurídica vía Tratado, lo que algún autor ha llamado la Edad de piedra de la cooperación jurídico-penal internacional, por todos los defectos ya señalados más arriba, se ha evolucionado especialmente en los últimos años y dentro del ámbito de la Unión Europea, hasta llegar a la revolucionaria idea o principio del “*reconocimiento mutuo de las sentencias o resoluciones penales dictadas por los Estados Miembros*”, que constituye “la piedra angular” de un nuevo sistema de cooperación judicial penal internacional, tal como se dijo en el Consejo de Europa de Tampere en octubre de 1999, basado en la confianza mutua entre los estados miembros, y en una mayor unión política de los mismos, en que cada Estado miembro va cediendo soberanía. Ya hace más de una década en el Tratado de Amsterdam se previó la creación de un <estado de libertad, seguridad y justicia> en la Unión Europea y finalmente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) derivado del Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, se ha consagrado el principio de reconocimiento mutuo como un principio jurídico, en el que según el artículo 82 del mismo se basa la cooperación judicial en materia penal. Otros instrumentos desarrollados en base al principio de reconocimiento mutuo lo constituyen diversas Decisiones-Marco, que son las siguientes:

- Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados UE. Su trasposición se produjo en España por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre orden europea de detención y entrega.
- Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, implementada en España por la Ley

- 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.
- Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, traspuesta mediante Ley 1/2008, 4 de diciembre, que determina la competencia del Juzgado de lo penal donde se encuentran las propiedades, las fuentes de ingresos, la residencia habitual o la sede social.
 - Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, traspuesta mediante Ley 4/2010 de 10 de marzo (BOE 11.3.2010) que se complementa con la LO 3/2010 de modificación de la LO 6/1985 de la LOPJ.
 - Decisión Marco de 26 de febrero de 2009 sobre intercambio de antecedentes penales, Sistema ECRIS.
 - Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre sobre reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones en materia de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y penas sustituidas (LA LEY 18706/2008).
 - **Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008** sobre reconocimiento mutuo de sentencias en las que se imponen penas o medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (LA LEY 17825/2008).
 - Decisión Marco 2008/978/JAI de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo para la obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.
 - Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, sobre reconocimiento mutuo de sentencias dictadas en ausencia (LA LEY 5031/2009).
 - Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia de medidas de supervisión o alternativas a la prisión provisional.
 - Decisión Marco 2009/948/JAI, de 30 de noviembre, sobre prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procedimientos penales.

Son características comunes de estos instrumentos, la reducción de motivos oponibles por el Estado de ejecución o cumplimiento para denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro; la supresión de cualquier control administrativo o político de la misma; la supresión de la doble incriminación en buen número de supuestos según materia y ámbito penológico; así como la simplificación y agilización del procedimiento y el empleo de formularios oficiales únicos para toda la Unión Europea preestablecidos en el propio instrumento.

Hemos de hacer especial referencia a la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, que hemos puesto en negrita, como antece-

dente directo del Anteproyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales penales en la Unión Europea, aprobado en el Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2013, que no hace sino adaptar al derecho interno español dicha Decisión Marco, y de la que trataremos más adelante en este trabajo.

Se ha dicho por algún autor que dicha Decisión Marco, y las otras decisiones Marco citadas más arriba así como normas procedentes de la Unión Europea como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, configuran lo que se denomina, dentro del espacio de libertad, seguridad y Justicia (ELSJ), *el espacio Penitenciario Europeo*.

A partir del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en vez de Decisiones Marco, se acordó que se dictarían Directivas, habiéndose dictado ya la Directiva 2010/64/UE del parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección y la Directiva 2012/13/UR del parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La evolución producida en la cooperación judicial de la UE era impensable pocos años antes, y conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la *comunicación directa* entre las autoridades judiciales, lo que junto a otras medidas ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales. No obstante, también las autoridades centrales de los Estados, fundamentalmente los distintos Ministerios de Justicia, no dejan de prestar una valiosa ayuda al funcionamiento del sistema. Asimismo se suprime el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro.

En este trabajo trataremos de dicha evolución hasta llegar al Anteproyecto de Ley español de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, aprobado por el Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2013, del que se efectuará una síntesis, debido al poco espacio del que disponemos ahora.

II. LOS CONVENIOS MULTILATERALES EN EL ÁMBITO DEL CONSEJO DE EUROPA: EL CONVENIO N° 112 DEL CONSEJO DE EUROPA DE 21 DE MARZO DE 1983, SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS HECHO EN ESTRASBURGO (CTPC).

Es cierto que con anterioridad a este Convenio, en el ámbito del Consejo de Europa, se celebró el Convenio n° 70 sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales, en la Haya el 28 de mayo de 1970 (CEVISP), que entró en

vigor el 26 de julio de 1974 con la tercera ratificación, ratificado por España por instrumento de 2 de septiembre de 1994 (publicado en el BOE 30.3.1996 núm. 78), y en la actualidad son 23 los Estados que lo han ratificado¹. Sin embargo, dicho CEVISP ha tenido poca repercusión y ha sido poco utilizado. BUENO ARÚS, F., decía que “*España, que sí lo ha ratificado, solamente ha tenido ocasión de aplicarlo en dos casos frente a los más de 2000 expedientes tramitados conforme al Convenio Europeo de Traslado de Personas Condenadas*”.² Dicho CEVISP abarca la ejecución de todo tipo de sentencias y condenas penales, y reserva la demanda de ejecución al Estado de condena, no admitiendo solicitudes efectuadas por sí solo por el condenado; se extiende el CEVISP no sólo a nacionales, sino también a los que tengan en España su residencia habitual; prescinde del consentimiento del condenado; contrae la parte requerida una auténtica obligación de ejecución siempre que se cumplan los requisitos previos; y en cuanto a la ejecución de la pena, tratándose de pena privativa de libertad, pasa siempre por una conversión o exequátur obtenido judicialmente.³ La ejecución de sentencias extranjeras europeas ocupa la mayor parte del articulado del CEVISP (arts. 2 a 52); donde las condiciones que establece para tal ejecución, se pueden resumir en las siguientes:

- 1) Con carácter absoluto, aunque no se contenga de modo expreso en el texto, que la sentencia haya sido pronunciada en absoluta conformidad con los derechos y libertades reconocidas en el Convenio europeo de 1950 (CEDH).
- 2) Los hechos que han motivado la condena, deben ser también punibles de conformidad con la legislación del Estado requerido (art. 4.1);
- 3) La sentencia debe ser ejecutoria en el Estado donde se ha dictado.
- 4) La solicitud debe ser válidamente presentada por el Estado de la sentencia, pero además obedecer a criterios de razonabilidad que sólo se entienden cumplimentados si concurre alguna de las condiciones siguientes (art. 5):
 - a) Si el condenado tiene su residencia habitual en otro Estado;
 - b) Si la ejecución de la sanción en el otro Estado pudiese mejorar las posibilidades de rehabilitación social del condenado;
 - c) Si se trata de una sanción privativa de libertad que pudiera ejecutarse en el otro Estado como consecuencia de otra sanción privativa de libertad que el condenado sufra o deba sufrir en dicho Estado;
 - d) Si el otro Estado es el Estado de origen del condenado y ya se ha declarado dispuesto a encargarse de la ejecución;

¹ Albania, Austria, Bulgaria, República Checa, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, ex República yugoslava de Macedonia, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Rusia, Rumania, Serbia, Turquía y Ucrania. Además lo han firmado otros siete países: Alemania, Bélgica, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal y Eslovenia.

² Bueno Arús, F. Prólogo al libro “El traslado de personas condenadas entre países” de B. Mapelli Caffarena y M^a I. González Cano, p. XVII, en Mc Graw Hill, Monografía, Madrid, 2001.

³ Vide B Mapelli Caffarena y M^a I. González Cano, “El traslado de personas condenadas entre países” op. cit. p. 44.

- e) Si estima que no está en condiciones de ejecutar el mismo la sanción, y que el otro Estado sí lo está.⁴

El Convenio nº 112 sobre Traslado de Personas Condenadas, llamado de Estrasburgo, fue hecho en esta ciudad el 21 de marzo de 1983, ratificado por España el 11 de marzo de 1985 (BOE 21.12.1985) y como se ha dicho ha sido muchísimo más utilizado por los países que integran el Consejo de Europa que lo han ratificado –ámbito muy superior al de la estricta Unión Europea–, entre los que se cuentan además países ajenos al Consejo de Europa⁵.

Existen, pues, en sentido estricto, dos modalidades de cumplimiento de penas en el extranjero, que son la transmisión de ejecución de sentencias penales (CESVIP), y el traslado de personas condenadas (CTPC), basándose tal dualidad en la existencia de dos fuentes internacionales distintas en el Consejo de Europa: el CESVIP y el CTPC⁶.

Al CTPC se añade el Acuerdo relativo a la aplicación entre los estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987, ratificado el 27 de abril de 1992 (BOE 31.5.1996 núm. 132).

Las diferencias del CTPC respecto al CESVIP de 1970 radican fundamentalmente en que establece un procedimiento simplificado que aligera notablemente la solicitud de traslado –aunque todo y así suele tardar un año aproximadamente– que puede ser realizada tanto por el Estado de la condena como por el Estado de la nacionalidad del condenado, o de cumplimiento de la condena –mientras que el CESVIP reserva la demanda al de condena–, condicionándose al *consentimiento del condenado* –no así el CESVIP–. El Convenio se limita a proporcionar el procedimiento, pero no implica ninguna obligación de acceder al traslado, por lo que no se regulan las causas de denegación, ni la obligación de motivarlas –que sí se regulan de modo tasado en el CESVIP en su art. 6, al contraer en este último Convenio la parte demandada una verdadera obligación, siempre que se cumplan los requisitos previstos–. El CTPC sólo afecta a los nacionales del Estado de cumplimiento (al margen con que cada país interpreta el vocablo “nacional”, pudiendo acoger en él incluso a los residentes), mientras que las previsiones del CESVIP se extienden a quienes tengan en dicho Estado de cumplimiento su residencia habitual. Las autoridades del estado de cumplimiento tienen una doble alternativa: proseguir el cumplimiento de la pena, o la conversión de la condena

⁴ Vide A. Palomo del Arco : “Ejecución de sentencias penales: penas privativas de libertad” en el Curso del CGPJ “Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Penales en el Espacio Judicial Europeo”, Cuadernos Digitales de Formación. CGPJ, 2011 nº 6.

⁵ El Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas (CTPC) ha sido ratificado por Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiján, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la ex república yugoslava de macedonia, Malta, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia, San Marino, Serbia-Montenegro, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania, además de Australia, Bahamas, Bolivia, Canadá, Chile, Corea, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Honduras, Israel, Japón, Mauricio, México, Panamá, Tonga, Trinidad y Tobago y Venezuela.

⁶ Cif. B. Mapelli Caffarena y M^a I. González Cano. “El traslado de Personas Condenadas entre países” op. cit. p. 44.

mediante un procedimiento que sustituya la sanción originariamente impuesta por una sanción prevista por la Legislación del Estado de cumplimiento para la misma infracción, en cuyo caso la autoridad que realiza la conversión quedará vinculada por la constatación de los hechos fijados en la sentencia, sin quedar vinculado por la sanción mínima eventualmente prevista por la legislación del estado de cumplimiento⁷.

En cuanto al fundamento del CTPC, la propia Exposición de Motivos del mismo alude a que la medida de traslado de personas condenadas de un Estado a otro refuerza los vínculos de unión entre los miembros del Consejo de Europa, desarrolla la cooperación internacional en materia penal y sirve a una buena administración de justicia, a la vez que favorece *la reinserción social de las personas condenadas*.

Cuando los extranjeros en un país son condenados a penas o medidas de seguridad privativas de libertad, las barreras lingüísticas, la diferente mentalidad y cultura, la lejanía de los familiares, la distinta religión, agravan la condena del penado extranjero al aumentar su aislamiento del mundo exterior y empeora su situación dentro del establecimiento penitenciario. Esta situación excede del ámbito puramente humanitario, para pasar a ser una cuestión de pura justicia, ya que se produce una desigualdad en situaciones iguales entre el penado nacional y el extranjero: éste padece limitaciones en el régimen de visitas, permisos de salida, falta de parientes y amigos y desarraigo en el país de cumplimiento. Entonces la idea de *“reinserción social”* constituye una pura utopía, pues lo normal es que el Estado de la condena expulse de su territorio al extranjero una vez cumpla su condena.

En cambio, el CTPC persigue la reinserción social, entendida ésta como un proceso, que hay que iniciar ya durante la ejecución de la pena, por medio del cual el sujeto establece o refuerza unos vínculos con la sociedad libre, al posibilitar que el penado extranjero pueda cumplir la pena en el Estado de su nacionalidad o residencia.

Las condiciones del traslado según el art. 3 del CTPC, tras referirse el convenio exclusivamente como “condena” a las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, son:

- a) El condenado deberá ser nacional del Estado de cumplimiento.
- b) La sentencia deberá ser firme.
- c) La duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses el día de la recepción de la petición o indeterminada.
- d) El condenado, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico mental uno de los Estados así lo estimare necesario, deberá consentir el traslado.

⁷ Cfr. J.M Sánchez Siscart “Cooperación Judicial penal. Exposición del Marco Normativo. Instituciones, recursos de información y herramientas web. Especial consideración a la herramienta www.prontuario.org” en el Curso “Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Penales en el espacio Judicial Europeo” Cuadernos Digitales de Formación. CGPJ 2011, nº 6.

- e) Los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento o la constituirían si se cometieran en su territorio.
- f) El Estado de condena y el estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo con ese traslado.

En la práctica, al no existir un procedimiento reglamentado, se sigue por analogía, el establecido para la extradición en su fase gubernativa.⁸ Y se implica a órganos políticos y judiciales (Ministerio de Justicia y Audiencia Nacional en nuestro caso ex art. 65.2 LOPJ).

También debe de hacerse mención al Protocolo adicional de 1997, que atiende a la regulación de supuestos no contemplados en el CTPC no ha sido firmado por España, pero ha sido ratificado por Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia Hungría, Irlanda, Islandia, Letonia, Lichtenstein, Lituania, Luxemburgo, la exRepública yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Rumania, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza y Ucrania.

Finalmente, debe de hacerse mención al Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) de 14 de junio de 1985, firmado el 25 de junio de 1991 y ratificado el 30 de junio de 1993, que tiene como finalidad completar el CTPC sobre el traslado de personas condenadas entre los Estados que integran “Schengen” (27 países más Noruega, Islandia y Suiza). La cuestión complementaria que regula atañe a las personas evadidas desde el Estado de condena al territorio del Estado de su nacionalidad, adelantando la solución recogida en el Protocolo adicional. En cuya consecuencia el Estado que hubiere impuesto una pena privativa de libertad o una medida de seguridad que restrinja la libertad, mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, contra un nacional de otro Estado Parte, que, al huir a su país, se haya sustraído a la ejecución de dicha pena o medida de seguridad, podrá solicitar a este Estado, si la persona evadida se encuentra en su territorio, que asuma la ejecución de la pena o de la medida de seguridad. La novedad fundamental, en relación al CTPC, es que la transmisión de la ejecución en este caso no se subordina al consentimiento del condenado⁹.

III. LOS CONVENIOS BILATERALES.

El CTPC ha sido también el principal inspirador de los dieciocho tratados bilaterales ratificados por España con otros países iberoamericanos, asiáticos, africanos, etc., que responden a razones de oportunidad y con ellos se garantiza además el principio de reciprocidad de una considerable relevancia en el campo de las relaciones de cooperación internacionales. Son los siguientes:

⁸ Cfr. Palomo del Arco. A. op. cit. quien cita a Bueno Arús, F. con la colaboración de J. Alarcón Bravo. “El procedimiento de traslado y los Convenios firmados por España”; conferencia impartida el 1.3.2001, cuando el primero era Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional y el segundo Subdirector General de Cooperación Jurídica Internacional, en las jornadas organizadas por la Fundación Ramón Rubial - Españoles en el Mundo y la Universidad Carlos III de Madrid.

⁹ Cfr. Palomo del Arco. A. op. cit. Cuadernos Digitales de Formación CGPJ, 2011, n° 6.

- Tratado con la República Argentina sobre traslado de condenados, hecho en Buenos Aires el 29 de octubre de 1987 (BOE 27 mayo de 1992).
- Tratado con Bolivia sobre transferencia de personas condenadas, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990 (BOE 30 mayo 1995).
- Tratado con la República Federativa del Brasil sobre el traslado de presos, hecho en Brasilia, el 7 de noviembre de 1996 (BOE 8 abril 1998).
- Tratado con la República de Colombia sobre traslado de personas condenadas, hecho en Madrid el 28 de abril de 1993 (BOE 7 mayo 1998)
- Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Costa Rica, hecho en Madrid el 23 de octubre de 1997 (BOE 7 noviembre 2000).
- Convenio con la República de Cuba sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 23 de julio de 1998 (BOE 7 noviembre 1998).
- Convenio con la República de Ecuador para el cumplimiento de condenas penales, hecho en Quito el 25 de agosto de 1995 (BOE 25 marzo 1997).
- Convenio con la República Árabe de Egipto sobre traslado de personas condenadas, hecho en El Cairo el 5 de abril de 1994 (BOE 26 junio 1995).
- Tratado con la República de El Salvador sobre traslado de personas condenadas, hecho en San Salvador el 14 de febrero de 1995 (BOE 8 junio 1996).
- Convenio con el Reino de Marruecos relativo a la asistencia a personas condenadas, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE 18 junio 1997).
- Tratado con los Estados Unidos Mexicanos sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Ciudad de México el 30 de mayo de 1997(BOE 15 mayo 1989).
- Convenio con la República de Nicaragua para el cumplimiento de condenas penales, firmado en Managua el 18 de febrero de 1995 (BOE 12 junio 1997).
- Tratado con la República de Panamá sobre traslado de personas condenadas, firmado en Madrid el 20 de marzo de 1996 (BOE 27 junio 1997).
- Tratado con la República de Paraguay sobre traslado de personas condenadas, firmado en Asunción el 7 de septiembre de 1994 (BOE 3 noviembre 1995).
- Tratado con la República del Perú sobre transferencia de personas sentenciadas a penas privativas de libertad así como de menores bajo tratamiento especial, hecho en Lima el 25 de febrero de 1986 (BOE 5 agosto 1987).
- Convenio con la Federación de Rusia, relativo al traslado de personas condenadas para el cumplimiento de penas privativas de libertad, hecho en Moscú el 16 de enero de 1998 (BOE 21 febrero 1998).
- Acuerdo con el Gobierno del Reino de Tailandia, sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales, hecho en Bangkok, el 1 de diciembre de 1983 (BOE 10 diciembre 1987).
- Convenio con la República de Venezuela, sobre ejecución de sentencias penales, firmado en Caracas el 17 de octubre de 1994 (BOE 18 noviembre 1995).

Asimismo se han celebrado convenios bilaterales sobre traslado de personas condenadas con Arabia Saudí, Cabo Verde, China, Filipinas, Honduras, Hungría, Mauritania, República Dominicana y Yemen.

Estas normas son ley especial frente a las normas internas –sustantivas, procesales o ejecutivas– y las multilaterales, las cuales quedan derogadas en caso de entrar en contradicción con aquéllas. La derogación tácita adquiere una especial relevancia en relación con las normas penitenciarias, ya que en ocasiones las convenciones entre países contemplan ciertas restricciones en la obtención de los beneficios penitenciarios¹⁰.

IV. UNIÓN EUROPEA: INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO. LA DECISIÓN MARCO 2008/909/JAI.

Tras nacer la cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea en el Tratado de Maastricht (1992), estableciendo con posterioridad el Tratado de Amsterdam (1997) el objetivo concreto de creación de “un espacio de libertad, seguridad y justicia” diseñando para ello unos instrumentos normativos específicos: las decisiones marco para la aproximación de las disposiciones normativas de los Estados miembros, supone un hito crucial el Consejo de Europa de Tampere (Finlandia) el 16 de octubre de 1999 al resaltar *el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y otras resoluciones judiciales*, como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión Europea (conclusión n. 33), lo que constituye un avance definitivo, la superación de los instrumentos clásicos de cooperación vía Tratado o Convenio multilateral o bilateral, basados en el principio de solicitud o petición, en cuya virtud un Estado soberano demanda, requiere o formula una petición a otro Estado soberano, el cual considerará si le da curso, constituyendo un sistema lento e incierto sobre el resultado a obtener.

Por reconocimiento mutuo, en una primera aproximación, debe entenderse que una vez adoptada una resolución dictada por un juez en el ejercicio de sus competencias en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales, será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá allí los mismos efectos o, al menos, similares que en el Estado de su adopción; y ello siempre sin merma de los derechos fundamentales reconocidos a las personas, pues su fin explícito es tanto facilitar la cooperación *entre autoridades*, como la protección judicial de los derechos individuales. Y ello sólo puede ser así, al sustentarse en el principio de la equivalencia y confianza entre los Estados miembros¹¹. Pero debe advertirse que la vinculación entre los Estados miembros no es siempre de la misma intensidad, pudiendo variar entre los estados, según el concreto contenido de cada instrumento normativo.

En el tema que nos ocupa, es importantísima la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, publicada en el Diario Oficial del 5 de diciembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo

¹⁰ Cfr.B. Mapelli Caffarena y M^a I. González Cano. op. cit. p. 32.

¹¹ Vide. Palomo del Arco, A. op. cit. Cuadernos digitales de Formación. CGPJ, 2011, n^o 6.

de sentencias en materia penal u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea¹².

Dicha Decisión Marco trata de paliar la insuficiencia del CTPC consistente en no establecer una obligación general de aceptar el Estado de ejecución el traslado de personas condenadas a penas o medidas privativas de libertad para su ejecución, mediante el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias o resoluciones judiciales penales, de modo que el Estado de ejecución sólo “podrá” denegar el reconocimiento mutuo cuando concurren los motivos tasados en el artículo 9.1 de la DM¹³.

Dicha DM parte de que el cumplimiento en el Estado de nacionalidad, de residencia legal o con el que se mantengan vínculos estrechos de otra índole, *favorece la reinserción social* de las personas condenadas. Asimismo la especial confianza mutua en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE, posibilita superar la mera cooperación voluntaria prevista en el CTPC.

Al tratarse de un sistema de reconocimiento mutuo, el título ejecutivo lo integra la propia sentencia acompañada de una certificación dictada por el Estado de emisión.

El ámbito objetivo de la DM está constituido por “penas o medidas privativas de libertad”, impuestas por razón de una infracción penal en un proceso penal y aunque no se prevé una duración mínima para dar lugar al reconocimiento y ejecución de la pena, constituye motivo de denegación facultativa del reconocimiento mutuo que al tiempo de recepción de la sentencia por el Estado de la ejecución, la parte de condena sin cumplir sea inferior a seis meses. Asimismo se comprenden expresamente las penas o medidas indeterminadas. El ámbito geo-

¹² Vide Bujosa Vadell, L. “El reconocimiento y la ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a lka Decisión Marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, en Revista General de Derecho Europeo n° 18 (2009), p. 9.

¹³ Dichos motivos recogidos en el art. 9.1 de la DM son:

- a) Falta de subsanación en un plazo razonable del certificado incompleto o incongrunete con la sentencia.
- b) Que el condenado no se encuentre en el Estado de emisión (de la condena) ni en el de ejecución; o que no hubiere prestado su consentimiento cuando fuere necesario.
- c) Vulneración del *ne bis in idem*.
- d) Falta de doble tipificación. (En este instrumento también se exceptiona el examen de tal requisito para las 32 categorías delictivas que tradicionalmente se enumeran en los instrumentos de reconocimiento mutuo a este fin, siempre que resulten castigadas en el Estado de emisión con una pena máxima de al menos tres años de privación de libertad. Pero se permite a los Estados realizar una declaración, en virtud de la cual no renuncian a realizar este control sobre la doble tipificación.
- e) La prescripción de la pena conforme al ordenamiento del Estado de ejecución.
- f) Existencia de inmunidad que impida la ejecución conforme a la normativa del Estado de ejecución.
- g) Edad del condenado, que no permita declaración de responsabilidad penal en el Estado de ejecución.
- h) La parte de condena por cumplir, a la recepción de la sentencia, es inferior a seis meses.
- i) La sentencia se hubiera dictado sin comparecencia del imputado a juicio.
- j) Cuando solicitada una concreta excepción a la aplicación del principio de especialidad, en los supuestos condicionados a la aceptación del Estado de emisión, éste no la concede.
- k) Imposibilidad de ejecutar la medida privativa de libertad de carácter psiquiátrico, sanitario o de otro orden, por impedirlo su sistema jurídico o sanitario.
- l) La sentencia se refiere a delitos que el ordenamiento del Estado de ejecución considera cometidos en su integridad, o en la mayor o fundamental parte, en el territorio (o lugar equivalente).

gráfico se extiende a los Estados miembros de la UE (27 estados) así como sobre el territorio de Gibraltar. Y el ámbito temporal se establece la obligación para los estados miembros de haber realizado la adopción de las disposiciones de la Decisión marco, a más tardar el 5 de diciembre de 2011 y a partir de esta fecha esta DM sustituirá en las relaciones de los estados miembros las disposiciones del CTPC de 1983, CESVIP de 1970, Título III, Capítulo 5, del CAAS, etc.

La DM remite a cada estado miembro la decisión de qué autoridades con arreglo a su legislación nacional, son competentes de conformidad con la presente DM, cuando dicho Estado miembro sea el Estado de emisión o el Estado de ejecución (art. 2). Es cuestión a dirimir por cada legislador interno si opta por una atribución exclusiva a las autoridades judiciales o bien, como sucede en el CTPC, residenciar el trámite previo de consultas y autorizaciones en la Autoridad central (por ejemplo, Ministerio de Justicia).

En cualquier caso, la DM parece favorecer la ausencia de cualquier control gubernativo o político, impropio en un instrumento de reconocimiento mutuo, a la vez que interesa la comunicación directa entre autoridades competentes (art. 5).

En cuanto a los presupuestos de aplicación son:

- 1) *Presencia del inculpado*, bien en el Estado de emisión, o bien en el Estado de ejecución. Si se encuentra en el Estado de emisión deber ser recabado su parecer sobre el traslado. Si se encuentra en el Estado de ejecución, resulta posible, a petición del Estado de emisión, que se acuerde, incluso antes de que se reciba la sentencia y el certificado, su *detención preventiva* u otra medida dirigida a garantizar su permanencia en este Estado hasta que se resuelva sobre el reconocimiento de la sentencia y ejecución de la condena (art. 14).
- 2) *Finalidad inexcusable de procurar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado*. Incluso el estado de ejecución puede presentar un parecer motivado cuando entienda que la transmisión no ayudará a la reinserción del condenado.
- 3) *El consentimiento del condenado*.
 - a) *Para la transmisión al estado de la nacionalidad del condenado, si a su vez, es el Estado donde vive.*
 - b) *Para la transmisión al estado de la nacionalidad del condenado, aunque no sea el estado donde vive, si es el estado donde será expulsado una vez puesto en libertad.*
 - c) *Para la transmisión al estado al que el condenado se haya fugado; o bien al que haya regresado ante el proceso penal incoado o sentencia condenatoria recaída en el Estado de emisión.*Debe tenerse presente, sin embargo, que los supuestos excepcionados a la exigencia del consentimiento del condenado integrarán en la práctica la mayoría de los supuestos.
- 4) *El consentimiento del estado de ejecución*. Pero no se requiere el mismo en los supuestos de que se trate del estado de nacionalidad del condenado y además vive en el mismo o va a ser allí expulsado una vez puesto en libertad.

En cuanto al procedimiento:

- a) *Iniciativa.*- En principio corresponde al Estado de la emisión de la condena quien inicie el trámite de traslado de la sentencia, aunque también está previsto que el impulso parta del Estado de ejecución. Pero también se permite al condenado interesar el traslado y además optar por plantear la petición, bien al Estado de Emisión o bien al Estado de ejecución.
- b) *Consultas.*- Para tener el Estado que decida la transmisión de la sentencia la convicción de que facilitará la reinserción social del condenado, la DM le exhorta a que realice consultas con las autoridades del otro Estado. Consulta que resulta preceptiva en el caso de que el consentimiento del Estado de ejecución sea exigible. El Estado de ejecución puede emitir un parecer motivado cuando considere que con la transmisión, no se favorece la reinserción del condenado.
- c) *Opinión y consentimiento del condenado.*- De encontrarse el condenado en el Estado de emisión se le debe dar la oportunidad de manifestar su opinión. Antes ya se han visto los supuestos en que el consentimiento del condenado es preciso.
- d) *Decisión de transmisión de la condena.*- Se trata de un acuerdo motivado teniendo en cuenta los presupuestos necesarios para su emisión, su adecuación a la finalidad de reinserción social del condenado y la opinión del condenado sobre el traslado. Si dicho acuerdo se adopta por una autoridad judicial, se tratará de una resolución susceptible de recurso. Y también será susceptible de recurso la decisión de no transmisión, cuando el condenado solicitare el traslado.
- e) *Información al condenado.*- La decisión de transmisión o no transmisión si la hubiere pedido el condenado deberá notificarse al condenado en el modelo del anexo II de la DM.
- f) *Transmisión de la sentencia y del certificado.*- Lo que se transmite es la sentencia o bien copia certificada de la misma –modelo del anexo I de la DM– firmada por la autoridad competente del Estado de emisión quien debe certificar su contenido. Contempla la DM la transmisión y comunicación directa entre autoridades competentes, pudiendo utilizarse cualquier medio que deje constancia escrita y que permita determinar su autenticidad. Hasta el momento en que el Estado de ejecución, inicie ésta, podrá el Estado de emisión retirar el certificado, si bien debe exponer las razones de la retirada.
- g) *Reconocimiento de la sentencia.*- La decisión sobre el reconocimiento y aceptación de la ejecución, debe decidirla el Estado de ejecución a la mayor brevedad posible; y en todo caso en un *plazo* de 90 días desde la recepción del certificado y de la sentencia, debe de mediar resolución firme al efecto. En cuanto a los motivos de denegación véase la nota 13.
- h) *Medidas de preparación para la ejecución: la adaptación por incompatibilidad con la legislación del Estado de ejecución y el traslado del condenado.*- Cuando la condena supere la pena máxima contemplada en la legislación nacional para delitos del mismo tipo, ésta deberá ser adap-

tada sin que pueda ser inferior a la máxima prevista en la legislación del Estado de ejecución. Más problemas conlleva cuando la incompatibilidad deriva de la naturaleza de la condena impuesta. Se permite la adaptación, siempre que sea posible manteniendo una cierta correspondencia, por lo que no se autoriza la transformación en sanción pecuniaria.

Si el condenado no se encontrara en el Estado de ejecución, deberá llevarse a cabo el traslado, tras ponerse de acuerdo las autoridades competentes, en un plazo máximo de 30 días, a contar desde la resolución firme de reconocimiento. Si para realizar el traslado resultara necesario el tránsito por otro Estado miembro diverso del de ejecución, deberá ser permitido, siempre que el Estado de emisión le hubiera solicitado con remisión de copia de certificado, no siendo necesaria la solicitud para tránsito aéreo sin escalas. Para el cumplimiento estricto del tránsito podrá mantenerse detenida a la persona trasladada.

- i) *Ejecución.*- Una vez realizado el traslado, el estado de ejecución iniciará la ejecución, momento en que el Estado de emisión ya no podrá proseguir la ejecución de la condena, salvo el supuesto de reconocimiento parcial, en que ejecutada la parte correspondiente de ese reconocimiento, revertirá de nuevo al Estado de emisión. A la ejecución es de aplicación el *principio de especialidad*, en cuya virtud, la persona condenada, en el Estado de ejecución, no podrá ser procesada, condenada ni privada de libertad de ninguna otra forma por una infracción cometida antes de su traslado salvo por la que hubiere motivado el traslado, aunque se exceptiona la aplicación de dicho principio en diferentes supuestos. La ejecución se regirá por la legislación del Estado de ejecución, de modo que sus autoridades serán las únicas competentes para determinar el procedimiento de ejecución., así como para aplicar la libertad condicional. Tanto el Estado de emisión como el Estado de ejecución pueden conceder el indulto.

V. EL ANTEPROYECTO DE LEY ESPAÑOL DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA APROBADO EL 8 DE FEBRERO DE 2013 POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el día 1 de diciembre de 2009 ha brindado a la Unión Europea de un nuevo marco institucional configurado por dos Tratados, uno básico, el Tratado de la Unión Europea (TUE), cuyo contenido es de carácter constitucional, y el otro Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que concreta el funcionamiento de la Unión Europea en los diferentes aspectos institucionales, procedimentales, jurídicos y competenciales. El Tratado de Lisboa aporta como novedad básica la eliminación de la clásica división en tres pilares adoptada en el Tratado de la UE de Maastricht y por ende el ámbito de la cooperación internacional pasa a integrar el derecho común, aplicándose a dicha materia el método legislativo comunitario ordinario, desapareciendo el mecanismo de la Decisión Marco y regulándose a partir de ahora dicha materia por medio de *Directivas*.

El artículo 67 TFUE proclama que la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. Y el artículo 82.1 TFUE proclama que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en *el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias* de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83. El principio de reconocimiento mutuo, como se ha visto, no es novedoso, pues ya se venía proclamando desde el Consejo de Tampere (1999) así como en el Programa de la Haya (2005). El artículo 83 TFUE otorga base jurídica para que la Unión pueda elaborar normas de derecho penal sustantivo, es decir, podrá dictar Directivas sobre normas mínimas relativas a la definición de infracciones penales y de sanciones en ámbitos delictivos de especial gravedad y que tengan una dimensión transfronteriza (terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada). Y así se han dictado la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre, sobre la orden europea de protección, y la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de la información en los procesos penales.

En fecha 8 de febrero de 2013, el Consejo de Ministros español ha aprobado el Anteproyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales penales en la Unión Europea, además del Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de reconocimiento Mutuo de Resoluciones judiciales Penales en la Unión Europea por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como el Anteproyecto de Ley sobre Intercambio de Información de Antecedentes Penales y Consideración de resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea.

Por el primer Anteproyecto, se traspone al derecho interno la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, de la que hemos tratado con anterioridad. Pero debe advertirse, que dicho Anteproyecto, lo que hace es también trasponer otras Decisiones Marco, como la DM 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de *libertad vigilada*, con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero. También traspone la Decisión marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación entre Estados miembros de la UE del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, que permite supervisar a las autoridades judiciales de un Estado miembro aquellas resoluciones adaptadas en un proceso penal celebrado con otro Estado miembro por las que se imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia de la libertad provisional. También incorpora la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011,

sobre la orden europea de protección, que tiene por objeto extender la protección que a través de las medidas pertinentes haya impuesto la autoridad competente de un Estado miembro para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otra, al territorio del Estado miembro al que se desplace esa persona para residir o permanecer durante un determinado periodo de tiempo.

Pero el Anteproyecto, además incorpora la normativa de cuatro Decisiones Marco ya traspuestas con anterioridad a la legislación española. Así, la DM 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, sobre la orden europea de detención y entrega, en virtud de la cual se sustituye el tradicional proceso de extradición entre los Estados miembros, por un proceso de entrega dotado de mayor rapidez y seguridad jurídica. Esta norma ya fue inmediatamente incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo; la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, que se incorporó al derecho español a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, que se incorporó al Derecho español a través de la Ley 1/2008, de 4 de diciembre para la ejecución en la UE de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, complementaria de la anterior; y la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, que se ha incorporado al derecho español a través de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la UE de resoluciones judiciales de decomiso y la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y complementaria del anterior.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se dice que: *“El principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros y consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la < piedra angular > de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento... el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha supuesto la consagración como principio jurídico del reconocimiento mutuo, en el que, según su artículo 82, se basa la cooperación judicial en materia penal.” “Este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación **directa** entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de moti-*

vos de denegación. Asimismo se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro.”

A nosotros nos interesa ahora en este trabajo las llamadas *órdenes europeas de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad*, que se regulan específicamente en el Título III del Anteproyecto, si bien debe decirse que el Título preliminar contiene las disposiciones básicas que conforman el régimen jurídico del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la UE; el Título I contiene las normas generales de la emisión y del reconocimiento y ejecución de las órdenes europeas, las normas comunes a todas las órdenes europeas que se regulan en el Anteproyecto. Sus artículos contienen las reglas comunes que rigen tanto la transmisión de las órdenes europeas a otros Estados miembros como la ejecución en España de resoluciones judiciales, los motivos generales de denegación del reconocimiento y la ejecución, y las normas sobre recursos, gastos e indemnizaciones y reembolsos, entre otras. La competencia tanto para la emisión como para la ejecución de las distintas órdenes europeas se distribuye entre los Jueces y Tribunales y el Ministerio Fiscal.

El Título III comprende un Capítulo I, titulado “Disposiciones generales”; un Capítulo II, relativo a la emisión y transmisión de una orden europea de cumplimiento de pena o medida privativa de libertad, y un Capítulo III, relativo a la ejecución de una orden europea de cumplimiento de pena o medida privativa de libertad.

Cuenta el Anteproyecto con tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales, aparte de contener 13 Anexos en que obran los Certificados, que en la materia que nos ocupa, son los Anexos II: “Certificado para la ejecución de resoluciones por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad en otro Estado miembro de la Unión Europea” y el Anexo III: “Certificado de notificación al condenado de la transmisión a otro Estado miembro de la Unión Europea de la resolución por la que se le imponen penas u otras medidas privativas de libertad.”

Se establece en el art. 72. *Orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad*, que: “1. La orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad comprende aquella resolución judicial firme dictada por una autoridad judicial de un Estado de la Unión Europea, por la que se condena a una persona física a una pena o medida privativa de libertad, incluso de duración indeterminada, como consecuencia de la comisión de una infracción penal, cuya transmisión, acompañada del correspondiente certificado, a otro Estado miembro pretende la ejecución en éste de aquella pena, *con el fin de facilitar la reinserción social del condenado.*” “2. Las condiciones, requisitos y procedimientos para emitir y ejecutar la orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad se regirán por lo previsto en esta ley, salvo en la medida en que convenios bilaterales y multilaterales suscritos por España simplifiquen o faciliten el procedimiento de ejecución de condenas.”

Y en el artículo 73. *Autoridades judiciales competentes en España para transmitir y ejecutar una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad*, se dispone:” 1. Son autoridades de emisión de una orden

europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad los **Jueces de Vigilancia Penitenciaria.**” “2. La autoridad competente para reconocer y acordar la ejecución de una orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad será **el Juez Central de lo Penal.** Para llevar a cabo la ejecución de la misma, será competente **el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria.**”¹⁴ “3. El Secretario judicial remitirá al Ministerio de Justicia, en el plazo de tres días desde su emisión o de su reconocimiento y ejecución, una copia de las órdenes europeas de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad.”

En cuanto al procedimiento relativo a la emisión y transmisión de una orden europea de cumplimiento de pena o medida privativa de libertad se regula en el art. 76¹⁵. Y en cuanto al procedimiento para la toma de decisión sobre el reconocimiento de la orden europea de cumplimiento –ejecución de una orden europea de cumplimiento– se regula en el artículo 91¹⁶.

¹⁴ La negrita es mía.

¹⁵ El art. 76 del Anteproyecto dice así: “1. La emisión de una orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad puede acordarse de oficio o a instancia de parte, siempre de conformidad con el procedimiento recogido en este artículo. 2. Podrá ser solicitada por el Ministerio Fiscal, por el condenado o por la autoridad competente del Estado de ejecución. Ninguna de estas solicitudes tendrá carácter vinculante. 3. De formularse la solicitud antes del inicio de la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal penal que la hubiere dictado remitirá por auto las actuaciones al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que corresponda a su partido judicial, para que éste trámite y decida sobre la emisión de la orden europea de cumplimiento. Si fueran varios los órganos sentenciadores que sucesivamente reciban solicitudes o aprecien de oficio la procedencia de emitir una orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad respecto del mismo condenado, cada uno de ellos remitirá las actuaciones al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que primero haya recibido el traslado mencionado. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, de oficio y a la vista de los antecedentes penales del imputado recabará los antecedentes necesarios de todos los órganos sentenciadores donde se le haya impuesto una pena privativa de libertad que esté vigente y pendiente cumplimiento. 4. Recibidos los autos remitidos por el órgano sentenciador, o cuando la solicitud o la apreciación de oficio tenga lugar comenzada ya la ejecución, el Juez de Vigilancia Penitenciaria oír a las partes personadas en el plazo de cinco días sobre la concurrencia de los requisitos para acordar la emisión de la orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad. Podrá también oír a las autoridades consulares del Estado al que se vaya a transmitir la orden. 5. Asimismo, el juez de Vigilancia Penitenciaria oír al condenado, en un plazo de 15 días, si tuviera que prestar su consentimiento. El Secretario judicial levantará acta de la audiencia del condenado, que estará asistido de abogado. Si el condenado no estuviera en España el consentimiento se requerirá por escrito o se recabará mediante declaración por videoconferencia en aplicación del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000. Se remitirá a la autoridad de emisión testimonio del acta o escrito que recoja el consentimiento del condenado a la remisión de la orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad. No será necesario recabar el consentimiento por escrito si en la causa constase expresamente que el condenado accede a cumplir la pena privativa de libertad en el Estado de ejecución de que se trate al haberse recabado su consentimiento durante alguna de las visitas o audiencias celebradas en el procedimiento. 6. Si el Juez entiende que pueden concurrir los requisitos para la emisión de la orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad, formulará a la autoridad de ejecución las consultas previas previstas en el artículo siguiente. Recibida la contestación de esa autoridad dictará auto resolviendo sobre si procede o no la emisión de la orden europea de cumplimiento, en el plazo de diez días desde su recepción.”

¹⁶ Dice así el art. 91: “ 1. El Juez Central de lo Penal seguirá el trámite previsto en esta ley para decidir sobre si procede o no dictar auto reconociendo la orden europea de cumplimiento. 2. Recibido el certificado, mediante diligencia de ordenación dictada en el plazo de 5 días desde su recepción, el Secretario judicial dará traslado al Ministerio Fiscal sobre si procede el reconocimiento y ejecución de la orden europea de cumplimiento, debiendo evacuarse ese trámite en el plazo de diez días. Verificado, el Juez Central de lo Penal resolverá en el plazo de otros diez días. 3. El Juez central de lo penal comprobará si concurre alguna causa de denegación del reconocimiento o de la ejecución, y también si el consentimiento del condenado ha sido prestado, salvo que el

mismo no sea necesario en virtud de la legislación del estado de emisión. En todo caso, no será necesario el consentimiento del condenado cuando: a) Sea español y resida en España; b) Vaya a ser expulsado a España una vez puesto en libertad en el Estado de emisión; c) se haya fugado o haya regresado a España por la condena dictada o por el proceso penal seguido en el Estado de emisión. 4 El auto que acuerde reconocer y ejecutar la orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad, una vez sea firme, será remitido al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para que se lleve a cabo la pena o medida privativa de libertad. En el auto se determinará el periodo total de privación de libertad que haya de cumplirse en España, deduciendo del mismo el que ya se haya cumplido en el Estado de emisión o el que proceda en virtud del tiempo que haya permanecido el condenado en prisión preventiva o cualquier otra medida restrictiva de su libertad que, adoptada por la autoridad del Estado de emisión, fuese computable.”

Felipe Renart García

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alicante

La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal

En 2003, tuve el privilegio y el honor de que el Prof. Dr. D. Francisco Bueno Arús prologara mi obra La libertad condicional: nuevo régimen jurídico, publicada ese mismo año por la editorial Edisofer. Todos aquellos momentos que tuve la fortuna de compartir con él y de enriquecerme con su magisterio permanecerán, para siempre, anclados en mi memoria.

El 11 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se pretende modificar el vigente Código Penal¹. Con esta vigésimo quinta reforma de nuestro texto punitivo se asiste, una vez más, al incesante calafateo de un cuerpo legal que, si bien debiera tener vocación de permanencia en aras de la seguridad jurídica, navega, por contrario, con el rumbo marcado por el emotivismo penal, la demagogia y por un ignominioso mercantilismo electoralista caracterizado por el trueque de normas represivas por votos. A su trepidante confección y superficial visión político-criminal se añaden su trasfondo sociopolítico y su inspiración en razones de oportunidad. Así, con resuelta convicción, la reforma es presentada como “necesaria para fortalecer la confianza en la administración de justicia”², procediéndose para ello a una profunda revisión del sistema de consecuencias penales mediante la incorporación de la eufemísticamente llamada prisión permanente revisable, la ampliación del

¹ Conviene destacar que, el 16 de julio de 2012, el Ministerio de Justicia adoptó una primera versión del texto del Anteproyecto. No obstante, transcurrido un breve lapso, esta redacción inicial fue objeto de importantes modificaciones, dando lugar a una segunda versión que fue la sometida a la aprobación del Consejo de Ministros.

² Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ministerio de Justicia, 16 de julio y 11 de octubre de 2012. Particularmente crítica con esta justificación, Margarita ROBLES FERNÁNDEZ en su *Ponencia* al texto del Anteproyecto que tuvo entrada, el 22 de octubre de 2012, en el Consejo General del Poder Judicial. Ponencia que fue sometida al debate de la Comisión de Estudios e Informes el 13 de diciembre de 2012 y que concluyó, con la aprobación del correspondiente *Informe*, el 16 de enero de 2013.

ámbito de aplicación de la libertad vigilada y la introducción de la custodia de seguridad. Si esta exacerbación punitiva merece ya de por sí una valoración negativa, no lo es menos la radical alteración de una institución como la libertad condicional, de tan honda raigambre en nuestro penitenciarismo. En efecto, con el fin de “incrementar la eficacia de la justicia penal”, el prelegislador, sin apego ni respeto por nuestra historia penal y penitenciaria, procede a aglutinar, en un único régimen de suspensión, instituciones que presentan un fundamento y una finalidad claramente divergentes³. Si la libertad condicional, desde su prístina configuración en la Ley de 1914, tanto en el marco del sistema progresivo como del actual de individualización científica, constituye una forma de cumplimiento del último período de condena, la suspensión de la ejecución de la pena se caracteriza, desde la Ley de 1908, por lo contrario, esto es, por evitar el cumplimiento de la misma. Y es, precisamente, a esta dispar naturaleza jurídica⁴ que responde su ubicación sistemática diferenciada, ya sea en el vigente Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal como en el propio Anteproyecto de 2012.

I. SUPUESTO ORDINARIO.

1. La desaparición de la competencia decisoria del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Consecuente con su pretensión de introducir “un nuevo sistema caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión”, el redactor de la primera versión del Anteproyecto, esto es, de la correspondiente a julio de 2012, establece que “el Juez o Tribunal acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional” (art. 90), defenestrando, así, una competencia que, desde 1979, el art. 76.2 de la LOGP atribuye en exclusiva al Juez de Vigilancia Penitenciaria (en lo sucesivo, JVP). Tal vez la crítica vertida por la voz

³ Así, en su comentario al Anteproyecto que analizamos, MANZANARES SAMANIEGO (“Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II)”, en *Diario La Ley*, núm. 7991, Madrid, 27 de diciembre de 2012) rechaza la pretendida regulación de la libertad condicional como una simple modalidad de la suspensión de la ejecución del resto de la pena. Señala este autor que “se trata de dos instituciones distintas entre las que ha de escoger el legislador, en el bien entendido de que la opción por la suspensión de la ejecución del resto de la pena acabaría con la libertad condicional tal y como siempre ha sido considerada en el Derecho Penal español. Es erróneo referirse a ambas instituciones como si fueran una sola con dos denominaciones diferentes”. Por su parte, el CONSEJO FISCAL, en su *Informe* al texto del Anteproyecto, de 8 de enero de 2013, apunta que “la vinculación que establece la nueva norma entre libertad condicional y suspensión representa una radical transmutación de la teoría y la praxis penal y penitenciaria vigente en nuestro país hasta la fecha, y por su extrema modificación de los principios estructurales característicos de nuestra tradición jurídica resulta de más que discutible oportunidad. La empresa de reducir a un régimen jurídico común un mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, como es la suspensión, y un elemento tan caracterizado de la ejecución penitenciaria de la pena como es la libertad condicional es sumamente arriesgada, pues ni su fundamento ni su finalidad guardan parentesco o semejanza” (pág. 75).

⁴ Por todos, RODRÍGUEZ ALONSO, A.: “Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos tiempos. Situación actual”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 256, Madrid, 2012, pág. 76, al señalar que “el encaje de la libertad condicional en el Código Penal, y a mayor abundamiento, dentro del Capítulo III, Título III, Libro I “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad” constituye un despropósito legal. La libertad condicional, como último grado del sistema de ejecución de la pena privativa de libertad (prisión), tiene su propio “*nome iuris*”, no suponiendo, en ningún caso, como tan reiteradamente se tiene postulado, un beneficio penitenciario y menos una forma sustitutiva de la ejecución

más autorizada de nuestro penitenciarismo, calificando esta pretensión de “grave retroceso”⁵, determinó que, en la segunda versión del Anteproyecto –esto es, la aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de octubre– se restituyera esta facultad al JVP. Sin embargo, la desazón –cuando no la indignación– se instaura de nuevo en el intérprete cuando advierte que, a renglón seguido y en idéntico precepto, se vuelve a atribuir al Juez o Tribunal la valoración de determinadas circunstancias “para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional”.

Ante la retirada de esta función decisoria al JVP⁶ sólo caben dos exégesis, por demás incompatibles entre sí: la más benevolente, que la atribuiría a la precipitación y a la irreflexión y, la más intuitiva, que vería en esta decisión propósitos inconfesables. Como escarpia de esta última hermenéutica, cabría recordar que los inicios de la actuación de los JVP en nuestro país distaron de ser pacíficos: a la postura recalcitrante de un sector minoritario de nuestra doctrina –el más cercano a la posición oficiosa de la Administración penitenciaria–, que manifestaba sus recelos ante la posibilidad de que la actuación administrativa quedase supeditada a la supervisión de quien se sospechaba no siempre iba a tener un cabal conocimiento de la realidad penitenciaria⁷, se añadían la ausencia de normas orgánicas y procesales que desarrollasen su intervención y la atribución de estas nuevas competencias a determinadas autoridades judiciales, esencialmente titulares de Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social o de Primera Instancia e Instrucción⁸. Esta última circunstancia fue la que propició que la doctrina advirtiera la necesidad de que el JVP contase con “una formación, especialización y dedicación suficiente para atender debidamente la compleja materia penitenciaria” que se le encomendaba, siendo menester que poseyera una sólida formación criminológica y que se dedicara exclusivamente a las funciones que la LOGP le atribuía⁹. Pese a las dificultades iniciales, la actua-

de la pena privativa de libertad de la que sigue formando parte. Lo que realmente se sustituye durante el período de libertad condicional no es la pena de privación de libertad, que sigue subsistiendo en toda su extensión, sino el régimen o condiciones de vida del penado”. En contra, JAÉN VALLEJO (“Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad”, Ponencia presentada en el *VII Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*, Bogotá, V-2003) al afirmar, refiriéndose a la suspensión y a la libertad condicional, que “ambas representan formas de inexecución de la pena privativa de libertad” y que “mientras que la suspensión supone la inexecución total de dicha pena, la libertad condicional supone sólo la inexecución parcial de aquella pena”. Partiendo de esta premisa, no debe sorprender que, en su “Propuesta de Articulado” (pág. 14) abogue por que la competencia para acordar la libertad condicional recaiga en los Jueces y Tribunales.

⁵ GARCÍA VALDÉS, C.: “Las nuevas reformas del Código Penal: algunos motivos de preocupación”, en *Cuartopoder*, 26 de agosto de 2012.

⁶ Parece sostener una opinión contraria DEL CARPIO DELGADO, J.: “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 8004, Madrid, 18 de enero de 2013.

⁷ Para más detalle, TÉLLEZ AGUILERA, A.: “El control jurisdiccional en el Derecho penitenciario español”, en *Congrés Penitenciari Internacional: la funció social de la política penitenciària*, Barcelona, 2006, pág. 91.

⁸ Véase el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 9 de julio de 1981. Para más detalle, RACIONERO CARMONA, F.: *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una perspectiva judicial*, Madrid, 1999, págs. 71 y ss.

⁹ GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1983, pág. 442. En parecidos términos se habían expresado, con anterioridad, GARCÍA VALDÉS (*Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, 1982, págs. 242 y ss) al señalar que “la preparación técnica de los Jueces de Vigilancia no

ción del JVP, desde el 1 de octubre de 1981 hasta la fecha, no puede ser más encomiable, habiendo demostrado, a lo largo de estas décadas, ser “la pieza clave del sistema penitenciario”¹⁰ y el idóneo catalizador del mandato constitucional contenido en el número 3 del art. 117 de nuestra Carta Magna. Es, precisamente, su alto grado de especialización el que legitima al JVP, respecto de la institución que nos ocupa, para interpretar y valorar adecuadamente el contenido del expediente de libertad condicional elevado por la Junta de Tratamiento (arts. 195 y 198 RP). Requiriéndose, pues, unos amplísimos conocimientos criminológicos y de la normativa penitenciaria para “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse” (art. 76.1 LOGP), no resulta aventurado prever que los Jueces y Tribunales ordinarios –a los que el Anteproyecto confiere ahora la facultad de conceder la libertad condicional–, huérfanos, por lo general, de los conocimientos antes citados, se limiten a refrendar lo propuesto por los especialistas que integran la Junta de Tratamiento y, en consecuencia, a operar con automatismos tan bienintencionados como indeseables¹¹. Así, *de facto* y durante un lapso que se antoja dilatado, se estaría confirmando a la Administración –y, con ello, al Ejecutivo–, una solapada facultad “decisoria” que vendría propiciada por la, cada vez más explicable, configuración de la libertad condicional como una modalidad más de suspensión de la ejecución de la pena¹².

puede ofrecer dudas. Su cualificación en materia criminológica exige una formación especial, impartida bien en el Centro judicial correspondiente o en la propia Escuela de Estudios Penitenciarios; pero es inexcusable atender a la misma”; BUENO ARÚS (“Los jueces de Vigilancia Penitenciaria y la Criminología”, Comunicación presentada en el *Coloquio español preparatorio del IX Congreso Internacional de Criminología*, Madrid, noviembre de 1982) al apuntar que “la formación del Juez de Vigilancia requiere, sin duda, además de un conocimiento suficiente de las materias que componen el acervo tradicional de los Jueces de Instancia, en particular el Derecho Penal y el Procesal, una especialización intensa en Derecho Penitenciario y en Criminología”.

¹⁰ Así lo calificó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 2/1987, de 21 de enero. De “pieza fundamental del sistema español de ejecución de penas privativas de libertad” lo define ESTÉVEZ JIMENO, A.: “Notas acerca del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XVII, Madrid, 2003, pág. 150; y de “revolución en el control judicial de la Administración Penitenciaria”, DEL MORAL, A.: “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XVII, Madrid, 2003, pág. 355.

¹¹ Para GARCÍA VALDÉS (“Las nuevas reformas...”, *ob. cit.*), “quitar la competencia a los Jueces de Vigilancia y retroceder a la de los órganos judiciales conocedores de la causa va a significar un caos y un retraso en la aplicación del beneficio. Un caos por cuanto puede haber varios Tribunales competentes al existir, en su caso, variadas condenas que hay que liquidar una a una y un retraso, indudable y pernicioso, porque un indeterminado número de tales jueces no es lo mismo que el especializado en esta materia que venía funcionando impecablemente”. Admite JAÉN VALLEJO (“Suspensión...”, *ob. cit.*, pág. 11) que, ya sean los jueces y tribunales sentenciadores o, en su caso, el Juez de Vigilancia quienes tengan atribuida la competencia para conceder la libertad condicional, “en ambos casos, los órganos técnicos de la administración penitenciaria siempre tendrán una importancia extraordinaria en la preparación de aquella decisión”.

¹² En sintonía con la tesis que sostenemos, SÁNZ MULAS (*Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid, 2000, pág. 288), refiriéndose, precisamente, a la suspensión, pone de manifiesto que “pocas son las consideraciones preventivo-especiales que el juzgador puede hacer si carece de los conocimientos criminológicos oportunos que le aporten una información rigurosa de las necesidades resocializadoras del sujeto. Una ausencia de preparación criminológica que a lo que finalmente conduce es a que la solución judicial se alcance valorando las circunstancias desde sus propios prejuicios y fobias; y que es, precisamente, lo que está ocurriendo”. De la misma opinión, MAPELLI CAFFARENA, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Madrid, 2011, págs. 127 y ss.; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: “El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-11, 2005.

Se ha señalado lo incomprensible del sentido de esta modificación, no sólo desde criterios político-criminales sino incluso políticos¹³. Sin embargo, en mi opinión, esta reforma responde a la dinámica del progresivo endurecimiento de nuestro sistema punitivo que se inicia en 2003 y que halla, desde entonces, su principal fuente de inspiración en el Derecho penal y procesal francés. En efecto, no puede desconocerse que, fundamentalmente desde la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, el legislador español se ha lanzado a una frenética e incesante labor importadora, introduciendo en nuestro país productos foráneos que encajan a la perfección con su política criminal o con su política *tout court*.

Desde la introducción de la *période de sûreté* en la legislación francesa¹⁴, el catálogo de supuestos que propician su aplicación no ha dejado de expandirse en el país vecino. En efecto, si la reforma del Código Penal francés de 1994 endurece las condiciones de su aplicación, la Ley de 12 de diciembre de 2005¹⁵ instaura la denominada “perpetuidad real” para un importante elenco de figuras delictivas. Con esta medida, el Tribunal puede decidir que el período de seguridad alcance los 30 años e, incluso, en los supuestos de *réclusion à perpétuité*, determinar la imposibilidad de obtener permisos de salida, acceder al tercer grado o a la libertad condicional. **La capacidad decisoria del JVP queda reducida a la mínima expresión** al poder únicamente acordar la reducción o la supresión del período de seguridad cuando el penado ha cumplido, respectivamente, 20 ó 30 años de condena. En marzo de 2011¹⁶, Francia vuelve a extender los supuestos de aplicación del período de seguridad como consecuencia del asesinato, en marzo de 2010, de un gendarme francés a manos de ETA. Como es de sobra conocido, nuestro país importa esta medida el año 2003 y aumenta los supuestos de aplicación en 2010. Con la introducción de la prisión permanente revisable en el Anteproyecto de 2012, se pretende modificar el art. 36 del Código Penal mediante la adición de dos nuevos apartados y la supeditación de la clasificación en tercer grado a la autorización... del Tribunal. Como puede fácilmente constatarse, si respecto de esta pena la facultad del JVP queda cercenada en Francia, en España queda, simplemente, anulada.

Por otra parte, el *suivi socio-judiciaire*, introducido en el Derecho penal francés en 1998¹⁷, faculta al Tribunal a someter a todo condenado por un delito contra la libertad e indemnidad sexual a cierto número de obligaciones y de medidas de control una vez finalizada su condena. Siguiendo el modelo francés, España incorpora la libertad vigilada a nuestro Código Penal en la reforma de 2010 y expande notablemente su aplicación en el Anteproyecto de 2012.

Aun cuando la mayoría de nuestra doctrina centre su atención en la *Sicherungsverwahrung* del §66 del Código Penal alemán¹⁸, la configuración de la cus-

¹³ GARCÍA VALDÉS, C.: “Las nuevas reformas...”, ob. cit.

¹⁴ *Loi n° 78-1097, du 22 novembre 1978, modifiant certaines dispositions du Code de Procédure Pénale (Journal Officiel de la République Française du 23 novembre 1978, pág. 3926).*

¹⁵ *Loi n° 2005-1549, du 12 décembre 2005, relative au traitement de la récidive des infractions pénales (Journal Officiel de la République Française n° 289, du 13 décembre 2005, págs. 19152 y ss).*

¹⁶ *Loi n° 2011-267, du 14 mars 2011, d’orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Journal Officiel de la République Française n° 0062, du 15 mars 2011, págs. 4582 y ss).*

¹⁷ *Loi n° 98-468, du 17 juin 1998, relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu’à la protection des mineurs (Journal Officiel de la République Française n° 139, du 18 juin 1998, págs. 9255 y ss).*

¹⁸ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a.: “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *InDret Penal*; BORJA JIMÉNEZ, E.: “Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012.

todia de seguridad de los arts. 96 y siguientes de nuestro Anteproyecto de 2012 guarda mayores paralelismos con la *Rétention de Sûreté* introducida en Francia por la Ley de 25 de febrero de 2008¹⁹ y que el actual Gobierno galo tiene el firme propósito de derogar²⁰.

El 7 de junio de 2011, el entonces Presidente Sarkozy acogió, con verdadero entusiasmo, el informe presentado por un diputado de su propio partido político por el que se proponían hasta 50 medidas para “reforzar la eficacia de la ejecución de las penas de prisión en Francia”²¹. De las mismas, cabría destacar la extensión de la libertad vigilada a todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, con independencia de la edad del sujeto pasivo, y la **limitación de las facultades del *Juge d’Application des Peines*** (JAP) a favor de los Jueces o Tribunales ordinarios o del Ministerio Fiscal²², lo que es, precisamente, asumido por el redactor del Anteproyecto español de 2012.

Siendo palmaria esta progresiva tendencia a mimetizar la política criminal francesa y a adoptar medidas populistas, surge el fundado temor de que nuestro legislador incorpore en un futuro –tal vez no muy lejano– la participación de “ciudadanos asesores” en las decisiones adoptadas en las jurisdicciones penal y penitenciaria. Y es que, conforme a la Ley n° 2011-939, de 10 de agosto de 2011, relativa a la participación de los ciudadanos en el funcionamiento de la justicia penal²³, Francia regula la participación activa de dos ciudadanos, no solo en el juicio oral (formulando preguntas a las partes) y en la posterior deliberación con el Tribunal acerca del contenido del fallo condenatorio, sino incluso en las decisiones adoptadas por el *Tribunal d’Application des Peines* en materia de libertad condicional y de período de seguridad.

El análisis de la política criminal seguida en nuestro país en la última década revela la incuestionable asunción de los postulados del Derecho Penal del enemigo. Ahora bien, desde la introducción del período de seguridad en la legislación española, distorsionando gravemente nuestro sistema de individualización científica, hasta la actual pretensión de despojar de funciones decisorias al JVP, se constata un preocupante coqueteo de nuestro legislador penal con las ideas del Derecho penitenciario del enemigo y, con ello, una previsible deflación de competencias atribuidas a este órgano judicial. En efecto, si nos atenemos a la evolución competencial del JVP en nuestro país, cabe recordar que el prelegislador penitenciario se enfrentó, en 1978, a la difícil elección entre los dos modelos que el Derecho comparado le brindaba: el del *Juge d’Application des Peines* francés, con funciones eminentemente penológicas o el del *Giudice di Sorveglianza* italiano, con competencias fundamentalmente tuitivas²⁴. La decisión del legislador de optar por

¹⁹ *Loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (Journal Officiel de la République Française n° 0048, du 26 février 2008).*

²⁰ Véase el diario *Le Figaro* de 8 de diciembre de 2012.

²¹ *Rapport pour renforcer l’efficacité de l’exécution des peines. Informe presentado por el Diputado Eric Ciotti y publicado en La Documentation Française, referencia n° 114000303, 128 págs.*

²² Nótese que, en Francia, el Ministerio Fiscal depende, en última instancia, del Ministro de Justicia.

²³ *Journal Officiel de la République Française n° 0185, du 11 Août 2011.*

²⁴ En efecto, mientras en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Penitenciaria el prelegislador utiliza la expresión “Juez de la Ejecución de las Penas”, el Título V tiene por rúbrica “Del Juez de Vigilancia”. En el Proyecto, la discordancia entre la denominación del órgano judicial en la Exposición de Motivos y la exis-

el modelo transalpino se evidencia en el contenido del art. 76 de la LOGP que potencia extraordinariamente las funciones del JVP como garante de los derechos de los reclusos. No obstante, de forma paulatina, si las sucesivas reformas legales, e incluso reglamentarias, han venido ampliando notablemente las funciones del citado art. 76²⁵, no es menos cierto que el legislador penal ha ido, progresivamente, atribuyendo al JVP no sólo ya funciones penológicas relativas a penas y medidas privativas de libertad, sino incluso a penas no privativas de libertad y a toda clase de medidas de seguridad²⁶. No deja, pues, de resultar muy significativo que, desde 1995, el legislador penal haya conferido crecientes funciones al JVP –lo que revela, sin duda, confianza y constatación de su importante cometido– y que, en 2012, le despoje de competencias decisorias respecto de instituciones básicas de nuestro Derecho penitenciario como la libertad condicional o el beneficio de su adelantamiento. Como significativo es, también, recurrir al Derecho comparado para justificar la introducción de la cadena perpetua y, paralelamente, guardar un mutismo absoluto acerca de la competencia que la mayoría de legislaciones foráneas atribuye al JVP respecto de la concesión de ambas instituciones²⁷. Como ya es tradición en la política patria, solo se alude a lo existente allende nuestras fronteras para tratar de legitimar la adopción de medidas restrictivas, ya sean de orden económico, social o jurídico.

tente en el articulado se exaspera; así, mientras que en el primer caso el prelegislador utiliza una fórmula híbrida –“Juez de Vigilancia de la Ejecución de las penas”– (*Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 148, Madrid, 15 de septiembre de 1978, pág. 3200), esto es, una suerte de simbiosis consistente en conjugar los *nomen iuris* de las legislaciones francesa e italiana, la rúbrica del Título V mantiene la escueta denominación de “Juez de Vigilancia” (*Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 148, Madrid, 15 de septiembre de 1978, pág. 3214). Para más detalle, GARCÍA VALDÉS, C.: *La reforma penitenciaria española*, Madrid, 1981, pág. 41; PEITEADO MARISCAL, P.: *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Madrid, 2000, pág. 437 (nota nº 8); MARTÍN DÍZ, F.: *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, Granada, 2002, pág. 63; RACIONERO CARMONA, F.: “Interrogantes penitenciarios en el quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en *Eguzkilore*, núm. 12 extraordinario, San Sebastián, 1998, pág. 46; TÉLLEZ AGUILERA, A.: “El control jurisdiccional...”, *ob. cit.*, págs. 91 y ss; del mismo autor, “Aproximación al Derecho Penitenciario de algunos países europeos”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1818, Madrid, 1998, págs. 18 y ss.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado: sus relaciones con la Administración Penitenciaria”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril, Madrid, 1986, págs. 75 y ss.

²⁵ Así, como señala TÉLLEZ AGUILERA (“El control jurisdiccional...”, *ob. cit.*, pág. 93), “ya el Reglamento penitenciario de 1996 dio, al respecto, un primer paso (competencias para aprobar el régimen flexible del artículo 100 RP, refundición de condenas, conocimiento de intervención de las comunicaciones, aprobación de salidas programadas, programas especiales del artículo 117, daciones de cuenta varias, como las limitaciones reglamentales del artículo 75 y otras impuestas por la práctica sin amparo reglamentario: aplicación del protocolo de prevención de suicidios, huelgas de hambre...)”.

²⁶ *Ibidem*, pág. 93, destacando “el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa (art. 58), pase al régimen general de cumplimiento (art. 78), propuestas de medidas ex art. 97, trabajos en beneficio de la comunidad, el incidente de enajenación mental sobrevenida del artículo 60 y toda clase de medidas de seguridad”. Ampliamente, TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid, 2005, págs. 191 y ss.

²⁷ Así, sin ánimo de exhaustividad, *Tribunal de l’Application des Peines* en Bélgica (*Loi relative aux Tribunaux de l’application des peines*, de 17 de mayo de 2006); *Juge de l’Application des Peines* o *Tribunal de l’Application des Peines* en Francia (art. 730 del *Code de Procédure Pénale*); *Tribunal de Execução de Penas* en Portugal (art. 138 del *Código da Execução das penas e medidas privativas da liberdade*); *Tribunale di Sorveglianza* en Italia (*legge 26 luglio 1975, n. 354*); *Juge de l’Application des Peines* o *Tribunal de l’Application des Peines* en Suiza (conforme a la legislación de cada cantón); *Juíz da Execução* en Brasil (art. 66 de la *Lei nº 7.210, de Execução Penal*, de 11 de julio de 1984).

2. Requisitos para la concesión de la libertad condicional.

Aún cuando se aprecien modificaciones semánticas, el art. 90.1 del Anteproyecto mantiene los requisitos que el vigente Código Penal establece para la concesión de la libertad condicional, esto es, la clasificación en tercer grado, la extinción de las tres cuartas partes de la pena impuesta y la observancia de buena conducta²⁸. Sin embargo, a diferencia de nuestro actual texto punitivo, que exige un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el art. 67 de la LOGP, el Anteproyecto confiere al Juez o Tribunal la valoración de determinadas circunstancias que, con ligeros matices, coinciden con las recogidas en el art. 80.1 para la que denominaremos, en lo sucesivo, “suspensión ordinaria”²⁹.

Pese a omitirse toda referencia a la necesidad de un informe previo que sirva de escarpia al Juez o Tribunal para fundamentar su decisión, lo razonable es entender³⁰ que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario seguirá ejerciendo la competencia que el art. 194 del RP le confiere para la tramitación del expediente de libertad condicional³¹. Sin embargo, los elementos que integran el contenido de éste (art. 195 RP) versan sobre aspectos no coincidentes con los factores que, conforme al art. 90 del Anteproyecto, el órgano judicial debe valorar para la concesión de la misma. Surge, pues, de inmediato la duda acerca de si el Juez o Tribunal puede recabar informes ajenos a los emitidos por la propia Administración Penitenciaria ya que, de ser así, tendría la facultad que la versión originaria del art. 90.1.3^a del Código Penal atribuía al JVP de acudir a “los expertos que estimara convenientes” y que la LO 7/2003 eliminó, compeñéndole a basarse en el informe final previsto en el art. 67 de la LOGP³². La respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa por cuanto que, al configurarse la libertad condicional como modalidad de suspensión y desaparecer el requisito del informe relativo

²⁸ Nótese la intencionada supresión de la expresión “de tratamiento penitenciario” en relación con la clasificación en 3º grado y la sustitución del término “condena” por el de “pena” respecto de la extinción de las tres cuartas partes.

²⁹ Así, “la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas” (art. 90.1 Anteproyecto).

³⁰ Aún cuando lo sea recurriendo a la interpretación analógica en atención a lo previsto en los arts. 91.2 y 92.1 del Anteproyecto.

³¹ En todo lo relativo al procedimiento de concesión de la libertad condicional, ampliamente, VEGA ALOCÉN, M.: *La libertad condicional en el Derecho español*, Madrid, 2001, págs. 67 y ss.; ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J.: *Procedimientos Penitenciarios*, Granada, 2009, págs. 267 y ss.

³² Lo que es objeto de una severa crítica por parte de RÍOS MARTÍN (*Manual...*, ob. cit., págs. 225 y ss.) al considerar que, a partir de 2003, el margen de actuación del JVP se limita por cuanto que el informe que debe ser tomado en cuenta debe ser el emitido por la Administración penitenciaria y no otros que se puedan aportar. “Esta norma –señala este autor–, supone un control ideado por el Gobierno... para que el Ministerio del Interior deje menos posibilidad de actuación al poder judicial y “le amordace”, olvidando que quien tiene que ejecutar lo juzgado es el poder judicial y no la Administración. Se trata, como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la LO //2003, de reducir el ámbito de discrecionalidad judicial en el cumplimiento de la pena”. De otra opinión, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA y RODRÍGUEZ RAMÍREZ (*Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, 2011, pág. 404) al señalar la inviabilidad de la previsión de contar con informes emitidos por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria considerara convenientes “debido a la manifiesta carencia de personal formado y especializado al servicio de los Jueces de Vigilancia (aunque se deja abierta la posibilidad de su designación en el punto 126 de los Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JVP en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009 mediante texto refundido, depurado y actualizado a junio de 2009)”.

al pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, nada obsta para que los órganos judiciales cuenten, por una parte, con los informes que la doctrina reclama insistentemente para la suspensión “ordinaria”³³ y, por otra, con los emitidos por el órgano colegiado de la institución penitenciaria sobre aspectos de naturaleza estrictamente penitenciaria. A diferencia del vigente art. 90 del CP, no se aprecia ya impedimento legal alguno para la obtención de informes complementarios. El peligro existente de que el órgano judicial ciña su decisión a la mera constatación de los requisitos objetivos legalmente establecidos³⁴ –ya sea por ausencia de formación criminológica o por falta de tiempo– sólo puede ser conjurado con la facilitación de cuantos informes técnicos pueda requerir para que su decisión resulte acertada. A su vez, con el fin de evitar el riesgo de una excesiva administrativización en la concesión de la libertad condicional y, con ello, una merma de la función que el art. 117.3 de la CE le confiere, parece oportuno que cuente con la opinión de cuantos “expertos estime convenientes”.

Por otra parte, y estrechamente vinculada con la anterior interrogante, se desconoce si será la Junta de Tratamiento quien propondrá, tal y como prevé el art. 195 i) del RP, las prohibiciones y deberes establecidos en el art. 83 del Anteproyecto o si, por el contrario, el Juez o Tribunal valorará la oportunidad de su imposición sin necesidad de propuesta previa. Lo razonable pasa, a mi entender, por conferir la propuesta inicial al citado órgano colegiado por su más cercano conocimiento del penado, sin que ello obste para que el órgano judicial pueda recabar informes complementarios de otros especialistas ajenos a la institución penitenciaria.

En el supuesto de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII de Título XXII del Libro II del Código Penal, el prelegislador procede a transcribir, en su más estricta literalidad, el contenido del último y farragoso párrafo del vigente art. 90.1 de nuestro texto punitivo. Con ello, amén de perpetuar el despropósito que ya cometiera su homólogo en la LO 7/2003 al exigir, para el acceso a la libertad condicional, idéntico requisito que el previsto en el art. 72.6 de la LOGP para el acceso al tercer grado, muestra su complacencia con la exigencia de delación, que sigue ocupando un deleznable protagonismo³⁵.

II. PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.

Lo ya manifestado por voces mucho más autorizadas acerca de la previsión de la prisión permanente revisable en el Anteproyecto de 2012³⁶ determina que nuestro análisis recaiga, exclusivamente, sobre su incidencia en la libertad condicional.

³³ Por todos, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995”, en *Actualidad Penal*, tomo 3, Madrid, 2000, págs. 7748 y ss.

³⁴ Así, respecto del art. 80.1 del Anteproyecto, TRAPERO BARREALES (“El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en el anteproyecto de reforma del CP”, en *Diario La Ley*, núm. 7941, Madrid, 10 de octubre de 2012) advierte que “parece decisiva la cooperación de personal con formación criminológica para adoptar una decisión lo más ajustada a la situación concreta. Sin este apoyo de personal especializado se puede aventurar una utilización de la suspensión que no responde a su auténtica finalidad”.

³⁵ Ampliamente, RENART GARCÍA, F.: *La libertad...*, ob. cit., págs. 163 y ss.

³⁶ Por todos, CUERDA RIEZU, A.: “Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión”, en *Otrosí*, núm. 12, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Octubre-Diciembre 2012, págs. 29 y ss.

1. Período de seguridad (art. 36).

Escasas han sido las reformas operadas en el Código Penal que no hayan sido aprovechadas por nuestro legislador para dotar al art. 36 de mayor contenido aflictivo, invadiendo, de manera cada vez más preocupante, un ámbito penitenciario que debiera resultarle ajeno. Lejana ya su prístina y escueta redacción, el contenido de este precepto ha ido progresivamente torpedeando las bases sobre las que se asienta nuestro sistema de individualización científica, introduciendo y ampliando, a través del período de seguridad, toda una serie de plazos de los que nuestro legislador penitenciario rehuía, en 1979, para el acceso al tercer grado. Si con la LO 7/2003 ya resultaba reprochable que, para la aplicación del régimen abierto, el legislador hiciera distinciones atendiendo exclusivamente a la clase de delito cometido, con la introducción de la prisión permanente se incide de nuevo en esta diferenciación³⁷ al fijar el período de seguridad en veinte años, para los condenados por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, y en quince años, para el resto de casos. A su vez, lejos de mostrar cualquier tipo de reserva en su creciente acoso a nuestro sistema penitenciario, llega incluso a limitar el disfrute de permisos ordinarios de salida al margen de lo previsto en el art. 47.2 de la LOGP, estableciendo plazos caprichosos y reiterando la distinción por el delito. En efecto, si como se verá en lugar más oportuno, el prelegislador parece tomar como referencia, en la prisión permanente, la cifra de 40 años de condena para la aplicación de las reglas penológicas del novedoso art. 78bis, cobra todo su sentido que el acceso al 3º grado se establezca en la mitad, esto es, en 20 años, no pudiendo predicarse lo mismo respecto del plazo previsto para la concesión de un permiso de salida, al fijarlo en 12 años en lugar de los 10 que corresponderían a la cuarta parte de la condena.

Inciendo en su grave intromisión en la legislación penitenciaria, en el supuesto de condenados a prisión permanente, la segunda versión del Anteproyecto³⁸ parece detraer la competencia resolutoria del Centro Directivo en materia clasificatoria para atribuírsela al Tribunal; en efecto, conforme al novedoso apartado 3 del art. 36, “la clasificación en tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias”. Con ello, cabría entender que la propuesta de la Junta de Tratamiento ya no debería elevarse al Centro Directivo –contraviniendo, así, lo dispuesto en el art. 106.5 en relación con el 103.4, ambos del RP–, y que los recursos de alzada y reforma que el penado pudiera interponer ante una resolución denegatoria ya no lo serían ante el JVP (art. 76.2.f LOGP) sino ante la propia jurisdicción ordinaria³⁹. De ser así, se quebraría no solo la competencia exclusiva de la Administración

³⁷ Particularmente crítico con la pretendida nueva redacción del art. 36, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica (I)”, en *Diario La Ley*, núm. 7989, Madrid, 21 de diciembre de 2012.

³⁸ En la primera versión del Anteproyecto, el art. 36.3 establecía que “en el caso de que hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, la concesión de permisos de salida o la progresión a tercer grado requerirán de la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social adoptado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria conforme a lo dispuesto en el párrafo último del apartado anterior. En ambos casos, la progresión a tercer grado requerirá que el penado haya extinguido de forma efectiva 32 años de prisión”.

³⁹ Un análisis de las características de la resolución de la clasificación penitenciaria en ALARCÓN BRAVO, J.: “Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 240, Madrid, 1988, pág. 16.

Penitenciaria para acordar la progresión de grado sino, también, la potestad del JVP de conocer sobre clasificación vía recurso⁴⁰.

2. Libertad condicional (art. 92).

Los requisitos establecidos en el art. 92 del Anteproyecto para la “suspensión de la ejecución de la pena” de los condenados a prisión permanente revisable no diferirían, en su esencia, de los previstos en el art. 90 si no fuera por la sorprendente desaparición de la exigencia de buena conducta y por la lógica exclusión, en atención al carácter atemporal de esta pena, del cumplimiento de las tres cuartas partes. Superando ampliamente los plazos establecidos en la mayoría de las legislaciones de los países que conforman nuestro entorno cultural⁴¹, el prelegislador español requiere el cumplimiento efectivo de veinticinco años de condena, pudiendo alcanzarse los treinta y cinco años en los supuestos de concurso real de delitos (art. 78.3bis).

3. Límites y reglas penológicas en el concurso real de delitos (arts. 76 y 78 bis).

La introducción de la prisión permanente revisable y la posibilidad de que ésta concorra con otras penas como consecuencia de la comisión de varios delitos, constriñe al prelegislador a ampliar el contenido del art. 76.1 mediante la adición de la letra e) a las cuatro ya existentes desde 2003. No obstante, la propia complejidad de la materia, derivada de la combinación de supuestos posibles, atendiendo no sólo al *quantum* de las penas sino también a la naturaleza de los delitos cometidos, determina que el contenido de la citada letra se ciña a una remisión expresa a los arts. 92 y 78 bis. Es, precisamente, en este último precepto donde se inserta un auténtico aluvión de plazos –ocho, en concreto– que obliga al intérprete a realizar una auténtica labor de disección normativa. Y ello por cuanto que los distintos períodos señalados para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional difieren no sólo por el número de condenas a prisión permanente y por el *quantum* del resto de penas, sino también por la propia pertenencia del condenado a una organización criminal u organización o grupo terrorista en el momento de la comisión del hecho delictivo.

(Ver cuadro en página siguiente)

Ha de partirse de la lógica premisa de que los plazos previstos en el art. 78 bis guardan una estrecha relación con las reglas penológicas establecidas en el art. 78.2, también del Anteproyecto, para el supuesto de aplicación del régimen general de cumplimiento por acuerdo del JVP. Siendo esto así, a la vista de los períodos mínimos de cumplimiento fijados, habrá que convenir que el límite de 40 años de la letra

⁴⁰ Sobre la intervención judicial en la clasificación, ampliamente, LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Madrid, 2005, págs. 185 y ss. En el ámbito procedimental, TÉLLEZ AGUILERA, A.: “Los recursos en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria”, en *La Ley Penal*, núm. 23, Madrid, 2006, págs. 42 y ss.

⁴¹ 26 años, conforme al párrafo 3º del art. 176 del CP italiano; 22 años, según lo establecido en el art. 131-23 del CP francés; 15 años, de acuerdo con lo prevenido en el §57 del CP alemán; 10 años, a tenor de la Ley de Libertad Condicional belga de 5 de marzo de 1998; 12 años, conforme a la Sección 10 (1) del CP finlandés; 15 años, según lo establecido en el art. 64c del CP suizo.

| Plazos Art. 78 bis | 3.º Grado | Libertad condicional (suspensión resto de la pena) |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|-------------------------------------------------------------------|
| Sujeto condenado por varios delitos con UNA pena de Prisión Permanente y la suma del resto de penas impuestas es superior a 5 años | 18 años | 25 años |
| Sujeto condenado por varios delitos con DOS o más penas de Prisión Permanente | 22 años | 30 años |
| Sujeto condenado por varios delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales con UNA pena de Prisión Permanente y la suma del resto de penas Impuestas es superior a 5 años | 24 años | 28 años |
| Sujeto condenado por varios delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales con DOS o más penas de Prisión Permanente | 32 años | 35 años |

d) del art. 76 despliega los mismos efectos penológicos que la prisión permanente revisable. Esto es, en ambos supuestos, existe una paridad absoluta en los lapsos de condena a extinguir para el acceso al 3º grado y a la libertad condicional. La única diferencia es que mientras el penado a quien se le apliquen las letras c) y d) del art. 76 cumple un máximo de 40 años de condena, en el supuesto de prisión permanente se pueden alcanzar los 45 años como límite si el Tribunal decide aplicar el máximo del tiempo de suspensión (10 años) previsto en el art. 92.3 del Anteproyecto⁴². Esto es, si el órgano judicial colegiado, una vez acordada la aplicación del régimen general de cumplimiento por parte del JVP, concede la libertad condicional una vez cumplidos 35 años de condena, siendo 10 años la duración máxima de la suspensión, el penado a prisión permanente revisable habrá obtenido la remisión de la pena a los 45 años de su ingreso en el centro penitenciario. En consecuencia, en el mejor de los casos, cinco años de “suspensión de la ejecución del resto de la pena” serán los que separen al terrorista que haya sido condenado a 81 años de prisión por la comisión de dos delitos de terrorismo (siendo, por ejemplo, uno de ellos el de detención ilegal del art. 572.2.3º del Anteproyecto, con la concurrencia de más de dos agravantes) del otro terrorista que haya sido condenado, al menos, a dos penas de prisión permanente por la muerte de, al menos, dos personas (art. 572.2.1º, también del Anteproyecto)⁴³.

⁴² Vuelve a incurrir el prelegislador en una flagrante contradicción al señalar, en este precepto, que “son aplicables las normas contenidas... en los arts. 83 a 87 de este Código”, sin reparar en la imposible aplicación de lo prevenido en el art. 84.

⁴³ Curiosamente, es el mismo plazo que separa el acceso al 3º grado, en aplicación del art. 36.3 del Anteproyecto, del penado “común” que ha sido condenado, por tres delitos, a las penas de 4 años, 6 meses y prisión permanente, del penado terrorista que ha sido condenado por idéntico número de delitos y a idénticas penas.

III. REVOCACIÓN.

Conforme al art. 90.6 del texto del Anteproyecto, “la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena”.

En la Exposición de Motivos, ya confesaba el prelegislador la razón por la cual el régimen de la libertad condicional pasaba a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, y que no era otra que el condenado cumpliera “toda la pena que restaba” en caso de revocación. Y es que, a partir del instante en que la libertad condicional deje de ser período de cumplimiento para convertirse en período de suspensión, se habrá sorteado la posible vulneración del principio *ne bis in idem* por el doble cumplimiento de una parte de la pena impuesta por un mismo delito⁴⁴. En efecto, al no ejecutarse la pena durante el lapso de libertad condicional al haberse configurado como tiempo de suspensión, la revocación deja de generar una duplicidad de cumplimiento de condena. Como señala Manzanares Samaniego, “nada se cumple durante la suspensión y nada, por lo tanto, habrá de abonarse en caso de revocación”⁴⁵.

La remisión expresa que el art. 90.5 del Anteproyecto efectúa a concretos preceptos reguladores de la suspensión ordinaria determina que las causas de revocación de la libertad condicional no presenten singularidad alguna, confundándose con las generales de la citada institución lo que, como tendremos ocasión de verificar, genera tan previsibles como inevitables disfunciones. Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 86.1 del Anteproyecto, el Juez o Tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado cometa un nuevo delito durante el período de suspensión; incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria; incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84 ó, por último, facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado, no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el Juez o Tribunal podrá imponer al pena-

⁴⁴ Acerca de la conculcación del citado principio en la revocación de la actual regulación de la libertad condicional, VEGA ALOCÉN, M.: *La libertad...*, ob. cit., págs. 278 y ss.; RENART GARCÍA, F.: *La libertad...*, ob. cit., pág. 259; TERRADILLOS BASOCO, J. M^º: “Malos tiempos para las alternativas a la cárcel (a propósito de las últimas reformas penales en España)”, en *Derecho Penal. Alternativas a la prisión*, Año 1, núm. 1, Buenos Aires, 2012, pág. 241. En contra, RACIONERO CARMONA (*Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Madrid, 1999, pág. 283), al considerar que con el cómputo del tiempo pasado en libertad condicional “se pierde un importante elemento disuasorio para incurrir en causa de revocación”.

⁴⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Comentarios a la reforma... (II)”, ob. cit., poniendo “como término de comparación” el §72 a) del Código Penal alemán.

do nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas o, prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado (art. 86.2).

Desde las Leyes de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908, y de Libertad Condicional, de 23 de julio de 1914, hasta la actualidad, **la comisión de un nuevo hecho delictivo** ha constituido, con ligeros matices, la primera causa de revocación de ambas instituciones. Ahora bien, el que la causa fuera coincidente jamás ha determinado, por afectar a instituciones de distinta naturaleza, que sus efectos fueran confluyentes. No obstante, a partir del instante en que el redactor del Anteproyecto de 2012 configura la libertad condicional como modalidad de suspensión y unifica las causas de revocación, la interpretación de las normas que la regulan también habrá de realizarse en sintonía con las atinentes a la suspensión. Es por ello que, a diferencia de los que acontece con el vigente art. 93 del CP, la comisión de un delito imprudente dejará, en lo sucesivo, de generar la revocación de la libertad condicional. Y ello por cuanto que carecería de sentido que las anteriores condenas por delitos imprudentes no fueran tenidas en cuenta para dejar en suspenso la ejecución de la pena (art. 80.2 del Anteproyecto) pero desplegaran su eficacia para la revocación de la misma (art. 86.1 del Anteproyecto)⁴⁶. Probablemente sin pretenderlo, el prelegislador viene así a colmar una de las aspiraciones de la doctrina penitenciaria que venía reclamando la distinción entre delitos dolosos e imprudentes con el fin de evitar que un condenado a una pena larga, con buenas expectativas resocializadoras y con excelente adaptación a la vida en libertad tuviera que reingresar necesariamente en un medio criminógeno como consecuencia de un delito imprudente⁴⁷.

⁴⁶ Así, respecto del vigente art. 84.1 del Código Penal, la doctrina mayoritaria entiende que la comisión y ulterior condena en sentencia firme por delitos imprudentes durante el plazo de suspensión no constituye incumplimiento de esta condición de no delinquir. “Tal conclusión –señala NÚÑEZ FERNÁNDEZ (“Las consecuencias jurídicas del delito”, en GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2011, pág. 888)– se alcanza por varios motivos. Por un lado, una tesis contraria carecería de sentido teniendo en cuenta que los antecedentes por delitos imprudentes no cuentan como actividad delictiva previa a efectos de denegar la suspensión. Por otro, la realización del delito imprudente no implica una voluntad de infringir la norma reguladora de la infracción penal cometida por el sujeto y, en consecuencia, no constituye un fracaso desde el punto de vista preventivo especial que fundamenta la suspensión”. De la misma opinión, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Granada, 2008, pág. 54; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Art. 84”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Barcelona, 2012, pág. 354; TAMARIT SUMALLA, J. Mª.: “Art. 84”, en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, 6ª ed., Pamplona, 2011, pág. 594; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Valencia, 2010, págs. 572 y ss.; GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pág. 110; DE LA MATA BARRANCO, N. J. y HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: algunos problemas de la práctica judicial (con especial referencia al cómputo de los plazos legales)”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011, pág. 34; GONZÁLEZ CASSO, J.: “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *Diario La Ley*, tomo 6, ref. D-356, Madrid, 1996, pág. 9. En contra, DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Barcelona, 1997, pág. 446, con el argumento, legalista pero contrario al reo, de que, al no haber en el art. 84 una explicación equivalente a la dada por el art. 81.1ª para la primariedad delictiva, debe considerarse el término delinquir en sentido estricto y por tanto excluirse del mismo las faltas pero no los delitos imprudentes.

⁴⁷ En este sentido, RÍOS MARTÍN, J. C.: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 6ª ed., Madrid, 2011, pág. 240; PEITEADO MARISCAL, P.: *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*

Otro aspecto que redundaría en beneficio de los futuros “liberados condicionales” es que, a diferencia del vigente art. 93 del Código Penal por el que se constriñe al JVP a revocar la libertad condicional en el supuesto de inobservancia de las reglas de conducta impuestas, el art. 86 del Anteproyecto requiere que el **incumplimiento de las prohibiciones y deberes** impuestos conforme al art. 82 sea “grave o reiterado”. Con ello, se resuelve la controversia doctrinal originada por la ausencia de homogeneidad entre la norma penal y el art. 201 del Reglamento Penitenciario⁴⁸ y se satisface –aún cuando resulte de la distorsionadora configuración de la libertad condicional como modalidad suspensiva de la ejecución de la pena– una de las principales reivindicaciones en esta materia⁴⁹. No obstante, aún cuando quepa congratularse por la desaparición de la citada paridad de efectos revocatorios, no es menos cierto que la introducción de un elemento valorativo como la “gravedad” genera una notable inseguridad jurídica, fundamentalmente cuando, de su siempre subjetiva apreciación, se derive que el tiempo transcurrido en libertad condicional deje de computar como tiempo de cumplimiento de condena. La concentración de facultades decisorias en los Jueces y Tribunales ordinarios, en detrimento del JVP, y la lejana relación de éstos con las Instituciones Penitenciarias, supondrá que los informes emitidos por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas cobren una singular, cuando no decisiva, relevancia valorativa⁵⁰.

de libertad, Madrid, 2000, pág. 594 (nota 49); RENART GARCÍA, F.: *La libertad...*, ob. cit., pág. 251; JAÉN VALLEJO, M.: “Suspensión...”, ob. cit., pág. 12. En la doctrina italiana, MANTOVANI (*Diritto Penale. Parte Generale*, 4ª ed., Milán, 2001, págs. 869 y ss) señala que el automatismo de la revocación no está exento de crítica, sobre todo porque no se distingue el hecho criminal, ya que “un delito de leve entidad puede conducir a la revocación”.

⁴⁸ Sostienen que el art. 201 del RP no es más que un complemento del art. 93 del CP y que, en consecuencia, opera el automatismo en la revocación, BUENO ARÚS, F.: “Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigente”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999, pág. 580; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “Art. 93”, en CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, 1ª ed., tomo I, Madrid, 1997, pág. 1306; PRATS CANUT, J. M.: “Art. 93”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Elcano, 2001, pág. 508, RENART GARCÍA, F.: *La libertad...*, ob. cit., pág. 256. Por el contrario, destacando el carácter potestativo de la revocación, AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Elcano, 1997, pág. 92; POZA CISNEROS, Mª.: “Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código Penal”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de Formación Continuada, núm. 4, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 354.

⁴⁹ Numerosos autores abogan por una interpretación del art. 93 vinculada a lo dispuesto en el art. 84.2 del Código Penal. Conforme a la misma, en el supuesto de inobservancia de las reglas de conducta, la revocación no tendría que adoptarse de plano sino que, por analogía con lo dispuesto en el art. 84.2, relativo a la revocación de la remisión condicional de la pena, solo el incumplimiento reiterado daría lugar a la misma. En ese sentido, JAÉN VALLEJO, M.: “Suspensión...”, ob. cit., pág. 12; SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: “Art. 93”, en DEL MORAL GARCÍA, A. y SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coords.): *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, tomo I, Granada, 2002, págs. 1059 y ss. (nota 92); LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: “Art. 93”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed., Madrid, 1997, pág. 295; DE LAMO RUBIO, J.: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Barcelona, 1997, pág. 526; GÓMEZ ARROYO, J. L.: “Reflexiones sobre la libertad condicional”, en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 2, Madrid, 2000, pág. 162; RÍOS MARTÍN, J. A.: *Manual...*, ob. cit., pág. 241; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Derecho Penal. Parte General. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho Penal de Ejecución*, tomo IV, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 146.

⁵⁰ Véase el art. 18 del RD 840/2011, de 17 de junio (BOE de 18 de junio de 2011). Al configurarse la libertad condicional como supuesto de suspensión, los servicios sociales penitenciarios dejarán de tener la competencia, para el seguimiento y control de los liberados condicionales, que les confiere el art. 200 del RP.

Pese a la interpretación realizada por Robles Fernández⁵¹ –sin duda influenciada por el contenido de la primera versión del Anteproyecto, esto es, la de 16 de julio de 2012⁵²–, en el sentido de atribuir eficacia revocatoria al incumplimiento de las prestaciones o medidas previstas en el art. 84 del Anteproyecto, habrá que convenir en que ésta jamás podrá tener lugar por cuanto que el art. 90.5 excluye la aplicación del art. 84 de la concesión de la libertad condicional. En consecuencia, de la imposibilidad de que el Juez o Tribunal pueda condicionar la suspensión de la ejecución del resto de la pena al cumplimiento de las prestaciones o medidas del art. 84 se deriva la imposibilidad de su revocación atendiendo a las mismas.

La precipitación y la ausencia de rigor en la elaboración del anteproyecto se evidencian, así mismo, en la pretendida aplicación de la última de las causas de revocación previstas en el art. 86.1 a la libertad condicional. Conforme al art. 90.4, se faculta al Juez o Tribunal para denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena si el penado no cumple con determinados requisitos de naturaleza patrimonial. La incongruencia se verifica cuando se constata que éstos coinciden, en su más estricta literalidad, con los contemplados en el art. 86.1 para la revocación, por lo que jamás podrá tener eficacia revocatoria la inexactitud o insuficiencia en la información suministrada por el penado acerca, por ejemplo, del paradero de bienes (art. 86) por ser esta misma circunstancia la que impidió, en un momento anterior, la propia concesión de la libertad condicional (art. 90.4).

IV. CONCLUSIONES.

Con la única excepción de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (art. 84), no se constata en nuestra historia penal y penitenciaria ningún otro intento de asimilar la libertad condicional a la condena condicional. La voluntad del prelegislador de 2012 de desmontar el andamiaje jurídico de una institución plenamente consolidada en el Derecho patrio y foráneo persigue, en última instancia, dos fines claramente definidos: el despojo de facultades decisorias al Juez de Vigilancia Penitenciaria y la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional en caso de revocación. Y para este reprochable propósito, procede a realizar toda una serie de piruetas jurídicas destinadas a alumbrar un híbrido, cuando lo más honesto habría sido afrontar, sin mayores subterfugios, la modificación de los arts. 76 de la LOGP y 93 del CP. La retirada de funciones al Juez de Vigilancia, tanto en la esfera de la libertad condicional, de su adelantamiento como del conocimiento, vía recurso, del acceso al tercer grado de los condenados a cadena perpetua, se inscribe en el marco de una política criminal, iniciada en 2003, de constante acoso a nuestro sistema penitenciario y a las bases jurídicas que lo sustentan. Solo dos aspectos positivos –a mi parecer, no buscados de propósito–, parecen derivarse de la bicefálica configuración de la suspensión y de su afectación a la libertad condicional: la pérdida de eficacia revocatoria del delito imprudente y la necesidad de gravedad o reiteración en el incumplimiento de las prohibiciones y deberes impuestos al penado.

⁵¹ ROBLES FERNÁNDEZ, M.: *Ponencia*, Comisión de Estudios e Informes, Consejo General del Poder Judicial, octubre-diciembre 2012, pág. 123.

⁵² De acuerdo con la misma, el art. 90.5 establecía que “el los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 81, 82.2 y 83 a 87 de este Código”.

El encarnizamiento punitivo que caracteriza al Anteproyecto no requería de disimulados recursos como el aglutinamiento, en un único régimen de suspensión, de instituciones que presentan una tradición, un fundamento y una finalidad claramente divergentes. A la sutil administrativización que, es de temer, se producirá en la concesión de la libertad condicional se añadirán los indudables y perniciosos retrasos que se darán en su aplicación y la caótica situación que depararán los conflictos competenciales en el ámbito jurisdiccional.

Solo queda confiar en que, en un futuro cercano, se materialicen las palabras del maestro García Valdés: “la humanización del castigo procede del legislador culto y avanzado que no alcanza a entender que un Derecho moderno contemple... prisiones sin esperanza”⁵³.

⁵³ GARCÍA VALDÉS, C.: “El doble flujo de la legislación penal y sus límites: la cadena perpetua”, en *Cuartopoder*, 19 de septiembre de 2012.

Abel Téllez Aguilera

Magistrado. Doctor en Derecho

Calístrato frente a Ulpiano.
Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento
en el Mundo Antiguo

I

“De todos esos discípulos, uno le recuerda ahora y con pluma temblorosa por el dolor de haberle perdido, traza estas líneas, arrasados los ojos”¹. Con estas bellas palabras, con las que Jiménez de Asúa escribía la necrológica de quien fue su maestro en la distancia, Constancio Bernaldo de Quirós, quiero comenzar esta modesta contribución a la memoria de quien sin duda alguna, y con todo mérito, debe de ser considerado una auténtica leyenda del Derecho penitenciario español, D. Francisco Bueno Arús.

Y lo hago escogiendo un tema, el histórico, por el que Bueno Arús tenía especial cariño, no perdiendo nunca la ocasión de subrayar la dimensión histórica de la pena de prisión. Así, en el prólogo que me escribió para uno de mis libros, sin ambages, afirmaba: “Los hombres de hoy estamos tan acostumbrados a pensar que la prisión constituye un institución arraigada en nuestro sistema social de premios y de castigos, que nos cuesta un verdadero esfuerzo reflexionar sobre el carácter histórico (y, por tanto, no eterno) de la misma. La prisión no pertenece a la naturaleza de las cosas: hubo un tiempo en que no existía y tampoco faltan las voces actuales que postulan su supresión. Lo único perenne es la existencia de penas, sanciones o medios de disciplina, los cuales consisten en definitiva en privación de derechos y libertades. Pero la privación de la libertad de movimientos, la prisión, tal como la entienden nuestros Códigos, es el resultado de una evolución racionalizadora del Derecho punitivo...”².

¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “La larga y ejemplar vida de Constancio Bernaldo de Quirós”, en *El Criminalista*, segunda serie, tomo V, ed. Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires 1961, p. 253. Este artículo se publicó originariamente en *La Ley* de 22 de diciembre de 1959 –tomo 96–, y es que Bernaldo de Quirós falleció, en el apartamento 7 del número 80 de la calle Zamora de Médico D.F., el 11 de agosto de 1959.

² BUENO ARÚS, Francisco, en prólogo a mi libro *Los sistemas penitenciarios y las prisiones, Derecho y realidad*, ed. Edisofer, Madrid, 1998, p. 11.

En efecto, debemos partir de la premisa de que, pese a que pudiera pensarse lo contrario, lo cierto es que la pena de prisión no es una constante histórica en el Derecho penal de los pueblos; a diferencia de la existencia de un sistema de premios y castigos, la prisión no ha acompañado al hombre en todo su viaje histórico; hubo un tiempo en donde no existía. Si ello es así, no menos verdad es que siempre existieron lugares donde retener a la persona o culpable de haber cometido un delito; lo que ha variado históricamente es su concepción³: de la cárcel como antecámara de los suplicios, en donde el preso es atormentado para obtener de él una declaración y en donde espera la ejecución de la pena, hasta la prisión entendida como pena autónoma orientada a la recuperación social del condenado, hay un largo proceso⁴. Lo que permanece inalterable a lo largo de esta evolución penitenciaria es la necesidad social del internamiento, lo que varía es la manera de llevarlo a cabo y la función del mismo, siendo en tal sentido ya clásica la división tripartita que en el primer tercio del XIX realizara Lucas al distinguir entre periodo de cárcel preventiva, cárcel pena, y pena reformadora⁵. Pero esta mutación no se produce de forma abrupta en el tiempo sino que es producto de un cambio progresivo, de ahí la dificultad de establecer un momento histórico fijo y determinado que señale el hito del nacimiento de la pena de prisión, máxime cuando, pese a lo mantenido por algunos autores⁶, y como ahora veremos, ejemplos de cárcel-pena se pueden rastrear en los derechos punitivos de muchos pueblos antiguos en los que, en opinión de una moderna corriente doctrinal, la pena de encarcelamiento no era tan excepcional como hasta ahora se creía. Dicha nueva perspectiva es la que pretende representar el título de este trabajo, en donde la idea de exclusividad de la cárcel-custodia en el mundo antiguo, la tesis de Mommsen, vendría representada por Ulpiano y la de la presencia de la pena de encarcelamiento en dicho periodo lo sería por Calístrato.

II

Pues bien, si bien la regla general de la función del encarcelamiento hasta, como mínimo, el siglo XVI es la de mera custodia del acusado hasta el momento del juicio o del condenado hasta la ejecución de una pena, cruenta en la mayo-

³ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Teoría de la pena*, reimpresión de la 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 67 (La primera y segunda edición de esta obra, años 1981 y 1982 respectivamente, aparecieron bajo el título *Introducción a la penología*).

⁴ Vid. LUCAS, Charles, *Du Système pénitentiaire en Europe et aux États-Units*, vol. I., ed. Bossange, Paris, 1828, sec. 2.

⁵ Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, "La prisión, ayer y hoy", en VV.AA., *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, ed. Junta de Andalucía, Sevilla, 1983, p.114.

⁶ Sería el caso de Elías Neuman (NEUMAN, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*, ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, pp. 20 y ss.) quien citando a Thot (THOT, Ladislao, "Ciencia Penitenciaria", en *Revista de Identificación y Ciencias Penales* (Universidad Nacional de La Plata 1936, pp. 19 y ss. -del mismo autor, ya antes, *Historia de las antiguas instituciones de Derecho penal*, ed. América Unida, Buenos Aires, 1927-) rastrea la cárcel custodia en civilizaciones antiguas, incluidas las precolombinas, si bien, cuando se ocupa de Grecia y acude a Platón como fuente sí que señala que éste autor hace referencia a la existencia en Atenas, junto a una cárcel custodia (en la plaza del mercado) y otra para suplicios, una destinada a la corrección ("sofonisterion") (ob. cit., p. 21). En el mismo sentido, vide en nuestro país, BARBERO SANTOS, Marino, "Reflexiones sobre la prisión", en su obra *Marginación social y Derecho represivo*, ed. Bosh, Barcelona, 1980, p. 121.

ría de las ocasiones, existen hoy numerosos testimonios que vienen a justificar el no desconocimiento total de la cárcel-pena en épocas anteriores, incluido el mundo antiguo, rompiendo así una doctrina que se consolidó en el diecinueve⁷, pese a esporádicas formulaciones contrarias que se pueden encontrar ya en el siglo anterior⁸.

Así, no ha faltado quien, sobre la base de comparaciones lingüísticas, haya querido entrever la existencia de la pena de prisión, junto a la de muerte y composición, en el Derecho indoeuropeo⁹, opinión refutada por quienes sostienen que la prisión como pena no figuraba en el sistema pena de los pueblos arios, siendo de ello significativo el hecho de que los alemanes sólo conocieran la prisión con su romanización, lo que se deduce de la derivación que del término latino “carcer” hacen étimos como “karkara” (gótico), “charchari” (antiguo paleoalemán) o “carcen” (anglosajón)¹⁰.

Otros autores han centrados sus estudios en los textos bíblicos para rastrear el tratamiento que las legislaciones del Antiguo Egipto e Israel dispensaron a la prisión¹¹. Por lo que al Egipto Antiguo se refiere¹² se tiene noticia de una forma de prisión denominada “reclusorio” que aparece ya citada en el Primer Periodo Intermedio, siendo una fortificación en donde eran sometidos a trabajos forzados los morosos del Estado, mientras que la cárcel custodia, por su carácter provisional, no tuvo instituciones propias, si bien se ha subrayado que la falta de documentación de estas instituciones bien pudiera deberse al “decorum” egipcio que llevó a este pueblo a obviar en su legado referencias negativas de su cultura¹³.

⁷ En tal sentido, negando rotundamente los vestigios de la pena de encarcelamiento en el mundo antiguo ni en Medioevo, y retrasando su nacimiento al 1660 vide MINGHELLI-VAINI, Giovanni, *Sulla riforme delle carceri e l'assintenza pubblica*, ed. Bocca, Torino, 1852, p. 2.

⁸ BOMBARDINI, Antonio, *De carcere et antiquo ejus usu ad hæc usque tempora deducto, tractatus in duas partes distributus, quarum alter historiam carceris, altera praxim complectitur*, ed. Manfrè, Padova, 1713, cap. VIII.

⁹ PICHET, Adolphe, *Les origines indo-européennes ou les Arys primitifs, essai dde Paleontologie linguistique*, tomo II, Paris, 1863, p. 456.

¹⁰ SCHRADER, *Realesikon der indogermanischen Altertuskunde, Grundzüge einer Kultur und völkergeschichte Alteruropas*, Strasburgo, 1901, p. 836. Haciéndose eco de la citada polémica, MANZINI, Vicente, *Paleontología criminal*, traducción revisada por Constancio Bernaldo de Quirós, Casa Editorial Viuda de Rodríguez Serra, Madrid, s.f., p. 114, nota 1.

¹¹ Vid. MARTÍN NIETO, Evaristo, “Pena y prisiones en la Biblia”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 196, enero-marzo 1972, esp., pp. 63 y ss.

¹² Ampliamente, vide: CAPART, Jean, “Esquisse d’une histoire du droit pénal égyptien”, en *Revue de l’Université de Bruxelles*, nº 5, 1899-1900, pp. 5 y ss. (esp., pp. 22 y ss.); QUIRKE, S., “State and Labour in the Middle Kingdom. A Reconsideration of the Term hrht”, en *Revue d’Égyptologie*, vol. 39, 1988, pp. 83 y ss.; BEDELL, Ellen D., *Criminal Law in the Egyptian Ramesseid Period*, Brandeis University, 1973; LORTON, David, “The Treatment of Criminals in Ancient Egypt through the New Kingdom”, en *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, vol. 20, 1977, pp. 2 y ss.; McDOWELL, Andrea G., *Jurisdiction in the Workmen’s Community of Deir el-Medīna*, ed. Nederlands Instituut voor het Nabije Oosten, Leiden, 1990; TYLDESLEY, Joice, *Judgement of the Pharaoh. Crime and Punishment in Ancient Egypt*, ed., Weidenfeld & Nicolson, London, 2000.

¹³ DIEGO ESPINEL, Andrés, “Cárceles y reclusorios en el Antiguo Egipto (2686-1069 a.C.)”, en VV.AA. (Sofía Torallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2003, p. 11.

En el Antiguo Testamento¹⁴ hay varias citas del Génesis que han servido para vislumbrar la existencia de, junto una cárcel custodia¹⁵, una prisión propiamente punitiva para delitos de lesa majestad, una cárcel para los “presos del Rey”¹⁶, cayendo los ingresados en cualquiera de ambas en el estado social más humillante¹⁷ y quedando sometidos a unas autoridades que delegaban el poder en presos de confianza¹⁸.

En cuanto a Israel, los textos bíblicos señalan que, antes del destierro eran concedores de la cárcel preventiva¹⁹, la cual se sufría de ordinario por largo tiempo²⁰, no siendo sino hasta después de aquél cuando aparece propiamente dicha la pena de prisión, siendo instituida en un decreto que el Rey Artejes dio a Esdrás, en el que se le conmina a que nombre Magistrados para la Administración de Justicia y que éstos castiguen inexorablemente la infracción a la ley de Dios con las penas de muerte, destierro, confiscación de los bienes o cárcel²¹.

El rastreo en el Lejano Oriente lo vislumbran algunos autores en la China de 2600 años antes de Cristo²², cuando uno de sus libros sagrados, el “Chou-King”, dispone en su capítulo 2-12, como el Emperador Yao, debiendo imponer castigo

¹⁴ Ampliamente, GÓMEZ ARANDA, Mariano, “La cárcel en el Antiguo Testamento”, en VV.AA (Sofía Torallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, cit., pp. 41 y ss.

¹⁵ “Enviad a uno de los vuestros a buscar a vuestro hermano, los demás quedaréis prisioneros. Así se comprobarán vuestras palabras y se verá si decís la verdad. Si no, ¡vive el Faraón que sois espías! Y los metió a todos en la cárcel por tres días” (Génesis, 42, 16-17).

¹⁶ “Cuando el marido oyó lo que su mujer le decía sobre la conducta de su siervo con ella, montó en cólera, mandó a prenderlo y lo metió en la cárcel, donde estaban los presos del Rey. Así José fue a parar a la cárcel” (Génesis, 39, 19-20). Se ha de aclarar que el falso delito de intento de adulterio imputado a José lo es contra su amo, Putifar, que era capitán de la Guardia del Rey, por lo que la afrenta a él tenía la misma consideración que la hecha al Jefe del Estado.

¹⁷ De ahí la cita del Éxodo: “A media noche mató Yahvé a todos los primogénitos en Egipto, desde el primogénito del Faraón, que se sienta en el trono, hasta del recluso en la cárcel” (Éxodo, 12, 29). Martín Nieto (obra cit., p. 122) de la cita del Génesis (41,44) “El Faraón mandó llamar a José. Sacado a toda prisa de la cárcel, se le afeitó, le cambiaron de ropa y se presentó al Faraón” ha querido ver la existencia en las cárceles faraónicas de un uniforme penitenciario, algo muy alejado de la pura literalidad del texto, en donde no se especifica ninguna clase de vestimenta.

¹⁸ “El jefe de la prisión confió a José todos los presos de la cárcel, y todo lo que allí se hacía, se hacía por él. El jefe de la prisión no se preocupaba de nada de lo encomendado a José, porque Yahvé estaba con él y hacía prosperar cuanto emprendía” (Génesis 3, 21-23).

¹⁹ “El hijo de la Israelita, la cual se llamaba Salumit, de la tribu de Dan, blasfemó en nombre divino y lo maldijo. Fue llevado a Moisés y estuvo detenido hasta que se recibiera orden de Yahvé sobre lo que debía hacerse con él” (Lev., 24, 11-12); “Estando los israelitas en el destierro, sorprendieron a un hombre recogiendo leña en sábado. Los que lo sorprendieron, lo llevaron ante Moisés, Aarón y la comunidad, y lo tuvieron detenido, porque no se había determinado todavía que debía hacerse con él” (Num., 15, 32-34). Según Martín Nieto (ob. cit., p. 67), en época posterior se mete en estas cárceles preventivas a los sospechosos, como medida policial, frecuentemente arbitraria. Así, Miqueas es recluido por anunciador de desgracias y desventuras (1 Re. 22,27), Jeremías por ser sospechoso de pasarse al enemigo (Jer. 37, 15-18), Janani por hablar con total lealtad al Rey y hacerle ver su postura insensata y su falta de fe (2 Cro. 16, 7-10).

²⁰ Así en la sátira de Isaías contra el Rey de Babilonia: “¿Es este el hombre que hacía temblar la tierra, que sacudía a los reinos, que dejaba al mundo hecho un desierto, arrasaba a las ciudades y no soltaba de la prisión a sus presos?” (Is. 14, 16-17).

²¹ “Y tú, Esdras, de acuerdo con tu sabiduría divina, nombrarás Magistrados para la Administración de Justicia a todo el pueblo allende del río, que conoce la ley de tu Dios, con obligación de enseñársela a quienes la ignoren. Y se castigará inexorablemente a todo aquel que no cumpla la ley de tu Dios, que es también la ley del Rey, con la muerte, el destierro, la confiscación de bienes o la cárcel” (Esdras 7, 25-26).

²² BELTRANI-SCALIA, Martino, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia (saggio storico e teologico)*, Tipografia G. Favale e Comp., Torino, 1867, pp. 42 y s.

a cuatro perturbadores de su reino, encierra a uno de ellos, Kouen, en la prisión de Yuchan, y en otro de los libros, el “Lun-Yu” (capítulo 5-1), se haría referencia a la existencia de prisiones preventivas²³.

En la Grecia clásica existió la cárcel custodia²⁴ restringida para los supuestos de acusaciones por delitos de especial gravedad y, en determinados casos, eludible mediante el pago de fianza²⁵. Sin embargo, no es pacífica entre la doctrina la aceptación de que en el mundo helénico existiera la pena de prisión propiamente dicha. Frente a los que lo niegan de manera rotunda²⁶, y los que se limitan a reconocerla en su versión de arresto a morosos por impago de deudas (prisión por deudas)²⁷, están quienes afirman la existencia de la prisión (desmos) como pena principal, directa o indirecta, de corta y de larga duración²⁸, siendo frecuente para apoyar esta tesis el acudir a un pasaje que Platón incluye en su “Apología de Sócrates” (Segunda parte, “¿Cuál sería el castigo justo”): “¿Qué tengo que temer? ¿Tal vez sufrir lo que Meletos propone contra mí, cosa que, repito, aún no sé si es un bien o un mal? ¿Voy a decantarme hacia las cosas que sé que son malas y proponer contra mí algún castigo concreto? ¿Tal vez la cárcel? ¿Y por qué tengo que encerrarme en una cárcel, a merced de los que vayan ocupando anualmente el cargo de los Once, que son los vigilantes? ¿O debo tal vez proponer una multa y prisión hasta que no haya pagado el último plazo? Estamos en lo mismo: debería estar siempre en la cárcel, pues no tengo con qué pagar”²⁹. El mismo autor, y ya desde el punto de vista estrictamente filosófico, en el libro IX de “Las Leyes”,

²³ Sobre el Derecho penal del Antiguo Oriente: THOT, Ladislao, *Estudios históricos de Derecho penal oriental. Historia del Derecho penal chino*, ed. Museo Vucetich, La Plata, 1934; ANDREOZZI, Alfonso, *Le leggi penale degli antichi cinesi*, ed. G. Civelli, Firenze, 1878; KOHLER, Josef, *Das Chinesische Strafrecht*, ed. Stahel, Würzburg, 1886.

²⁴ Por todos, HUNTER, Virginia J., “The Prison of Athens: a comparative approach”, en *Phoenix*, vol. 51, 1997, pp. 296 y ss. (esp., pp. 300 y ss.).

²⁵ Así, en el siglo V a. c., escribe Antifonte (Or., 5, 17-18): “Y de nuevo fui puesto en prisión, oh ciudadanos, la más injusta que haya soportado nadie. Pues aunque quería presentar las tres garantías conforme a la ley, éstos maniobraron de tal forma que no me fue posible hacerlo. De cualquier extranjero que alguna vez haya querido prestar fianzas, a ninguno jamás se lo puso en prisión. Incluso los encargados de los malhechores hacen uso de esta misma ley, de modo que, pudiendo usarse la ley para todos, sólo a mí dejó de servirme de ayuda. Y esto era lo que ellos buscaban: en primer lugar, que yo quedara desamparado, sin poder ocuparme de mis propios asuntos; y luego, maltratarme físicamente, y encontrarme con que mis amigos estaban más dispuestos a testificar en falso a favor de aquéllos que a decir la verdad en el mío, por temor del sufrimiento físico”.

²⁶ Vid. NEUMAN, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad...*, cit., p. 21 (reproducido en Prisión abierta, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 10). En la doctrina especializada, TODD, Stephen C., *The Shape of Athenian Law*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1993, esp. p. 140.

²⁷ Con respaldo en textos bíblicos: “Ponte a buenas con tu adversario, mientras vas con él por el camino; no sea que te entregue al Juez, y el Juez al alguacil y te metan en la cárcel. En verdad te digo que no saldrás de allí hasta que pagues el último céntimo” (Mt. 5, 25-26). “Nada más salir, aquel siervo encontró a un compañero que le debía cien denarios; le agarró y le ahogaba, diciendo: paga lo que debes. El compañero se echó a sus pies y le estaba suplicando: ten paciencia conmigo y te pagaré. Pero él no quiso, sino que fue y le metió en la cárcel hasta que pagara la deuda” (Mt. 18, 28-30). En el mismo sentido, la conocida expresión de Demóstenes (Or., 22, 34): “¡Prueba que tu padre no era un deudor o que no se salió de la prisión escapándose, sino pagando el dinero!”.

²⁸ Vid. DU BOYS, Albert, *Historie du Droit Criminel des Peuples Anciens*, ed. Joubert, Paris, 1845, p. 179.

²⁹ Junto a este texto de Platón, se suele citar asimismo otro de Lisias (Or., 6, 21), coetáneo de aquél: “Considerar la vida del propio Andócides desde que cometió impiedad, y si hay otro semejante a él. Porque Andócides, después de cometer impiedad, y conducido ante el Tribunal para serle impuesta una pena pecuniaria, se ató las cadenas a sí mismo proponiendo la prisión para sí, si no entregaba a su acompañante (...) ¿y cómo no pensar que algún dios le privó del juicio, éste que consideró mejor condenarse a prisión que a una multa, teniendo las mismas esperanzas de obtener una u otra pena?”.

señala que las penas que se deberían aplicar a los delincuentes deberían ser la muerte, el látigo y la cárcel, proponiendo la implantación de tres tipos de prisiones: una en la plaza del mercado, con fines de custodia, otra, denominada “sofronisterion”³⁰, ubicada dentro de la ciudad y que servía para la enmienda y corrección de los delincuentes³¹, y una tercera, destinada al suplicio, y que con el fin de amedrentar, se construiría en un paraje desértico y sombrío, alejado lo más posible de la ciudad³². Asimismo, en el libro III, Platón³³ distingue entre crímenes extraordinarios, cuyos autores deberían ser castigados con la muerte civil, y aquellos que sólo merecerían sanciones de corrección por la comisión de crímenes menores, las cuales serían cumplidas en el “sofronisterion”, prisión a la que sólo podrían acercarse los miembros del llamado “círculo nocturno”, sociedad filantrópica dedicada a la corrección de los delincuentes³⁴. Últimamente la postura de la aceptación de la pena de prisión en la Grecia Clásica parece ir contando con más adeptos, si bien limitando la misma a una práctica forense que la permitía cuando así era asumida voluntariamente por el penado que la prefería a la pérdida total de derechos y patrimonio, pudiendo aquí citarse las modernas contribuciones de autores como MacDowell³⁵ o Allen³⁶ que siguen así la estela de otros anteriores como Barkan³⁷.

III

Para abordar el estudio de la concepción que los romanos tuvieron del encarcelamiento hemos de partir de una premisa que, aún siendo generalmente aceptada, debe ser, en su justa medida, matizada. Y es la de entender que los romanos, como

³⁰ Los “sofronisti” eran los encargados de la vigilancia del comportamiento de los adolescentes, que por la noche rondaban la ciudad deteniendo a los vagabundos y maleantes.

³¹ Continúan las dudas si los restos arqueológicos encontrados en 1951 por M. Crosby en las excavaciones del Ágora de Atenas corresponden a dicha prisión, como afirman Vanderpool y sus seguidores (VANDERPOOL, Eugene, “The state prison of Athens”, en VV.AA. Keith De Vries ed., *From Athens to Gordion. The papers of a Memorial Symposium for Rodney S. Young*, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1980, pp. 17 y ss.). En contra de ello: KOUMANUDIS, S.N., “Perhaps- Usually – Certainly”, en *Horos*, nº 2, 1984, pp. 71 y ss.; HUNTER, Virginia J., “The Prison of Athens: a comparative approach”, cit., p. 319. Haciéndose eco de esta polémica, en nuestro idioma, RIAÑO RUFILANCHAS, Daniel, “Cárcel y encarcelamiento de la Grecia Clásica”, en VV.AA. (Sofía Torallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, cit., pp. 93 y s.

³² En términos similares, Plutarco en su *De Legibus*, Libro X in fine.

³³ Sobre la concepción penológica en el pensamiento de Platón es de obligada consulta; SAUNDERS, Trevor J., *Bibliography on Plato’s Laws 1920-1970*, ed. Arno Press, New York, 1976; Del mismo autor, *Plato’s penal code: tradition, controversy and reform in Greek penology*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1991; STALLEY, R.F., “Punishment in Plato’s Laws”, en *History of Political Thought*, vol. 16, 1995, pp. 469 y ss.; HUNTER, Virginia, “Plato’s Prisons”, en *Greece and Rome*, Second Series, nº 55, 2008, pp. 193 y ss.

³⁴ Vid. LEVI, Alessandro, *Delitto e pena nel pensiero degli greci*, ed. Fratelli Bocca, Torino, 1903, pp. 223 y ss. Sobre el pensamiento de Platón, más ampliamente, recordar el ya clásico BORTOLUCCI, Giovanni, “Il delitto e la pena nei dialoghi di Platone”, en *Archivio Giuridico*, serie III, Vol. III, 1905, pp. 177 y ss.

³⁵ MacDOWELL, Douglas M., *The Law in Classical Athens*, ed. Thames and Hudson, London, 1978, esp. p. 257.

³⁶ ALLEN, Danielle S., “Imprisonment in classical Athens”, en *Classical Quarterly*, vol. 47, 1997, pp. 121 y ss.

³⁷ BARKAN, Irving, “Imprisonment as a Penalty in Ancient Athens”, en *Classical Philology*, vol. 31, 1936, pp. 338 y ss.

afirmara Carrara en manida expresión, fueron unos pigmeos en Derecho penal y unos gigantes en Derecho civil, minusvalía que los modernos romanistas atribuyen no tanto a la endeblez del repertorio normativo penal cuanto al desdén por su estudio de una doctrina romanista³⁸ a la que en su momento se enfrentara Enrico Ferri³⁹. Sea como fuere, lo cierto y verdad es que los romanos concibieron prioritariamente a la prisión, y ya desde fechas muy tempranas, como mera cárcel custodia. Con bellas palabras lo expresaba Bernaldo de Quirós⁴⁰: “Primero son unos brazos autoritarios que dominan, forcegeantes, al malhechor fugitivo y sorprendido en flagrante delito. Después, por unas cuantas horas más, es el árbol infeliz (arbor infelix de los romanos), el pilar o el poste en que el malhechor, bien amarrado, aguarda el juicio. Por último, cuando estas escenas se repiten demasiado todos los días, es la construcción fuerte, incómoda y desnuda, en que la dilación de los procesos forza a que esperen semanas, meses, años enteros, los que, después de la sentencia, han de salir para que el fallo se cumpla, en forma de muerte, de mutilación o de azotes”. Y Mommsen afirmará, categórico como siempre: “ni el Derecho de la época republicana ni el de la época del Imperio, conocieron la pena de cárcel pública; todavía en el Derecho justiniano se consideraba no como inaudita, pero sin embargo como inadmisibles e ilegítimas, una condena judicial a cárcel temporal o perpetua”⁴¹.

Como es sabido, la sólida tesis de Mommsen estaba fundada en un texto de Ulpiano recogido en el Digesto, según la cual la cárcel debería ser usada para retener a las personas y no para castigarlas (D., 48, 19, 8, 9, “*Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in uinculis contineantur; sed id eos facere non oportet, nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*”), lo que supuso el punto de obligada referencia para la interpretación de los textos que en las fuentes jurídicas se refieren a la cárcel, la cual sólo se admitiría como castigo para los esclavos, según se interpretó a partir del segundo gran texto de referencia, la constitución de Caracalla de al año 214, recogida en el Código justiniano (Cod. Just., 9, 47, 6, “*Imp. Antonius A. Apioni. Incredibile est, quod adlegas liberum hominem, ut uinculis perpetuis contineretur, esse damnatum: hoc enim uix in sola servili conditione procedere potest*”)⁴².

³⁸ Efectivamente, los romanistas han centrado fundamentalmente sus estudios en la esfera civil del Derecho romano, dejando en cierta medida en segundo plano al Derecho penal romano. Dicho descuido arranca, según algunos (vid. TORRENT, Armando, “Derecho penal romano I. Épocas monárquica y republicana”, en VV.AA. (Aránzazu Calzada y Fermín Camacho, coord.) *El Derecho penal: de Roma al Derecho actual*, ed. Edisofer, Madrid, 2005, p. 11 y s.), a la visión que del mismo dio la gran obra de Theodor Mommsen (*Römisches Strafrecht*, ed. Duncker & Humblot, Leipzig, 1899) que situaba la materia penal romana en un lugar intermedio entre el Derecho y la Historia, la contribución de Contardo Ferrini (FERRINI, Contardo, *Diritto penale romano*, ed. Hoepli, Milano, 1899), que venía a subrayar la falta de una legislación orgánica romana en materia penal, y el tratamiento marcadamente privatístico que le otorgó Moriz Wlassak (*Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Sitzb. Wien, 1917).

³⁹ FERRI, Enrico, “La rehabilitazione del Diritto penale romano”, en *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, ed. UTET, Torino, 1926, pp. 375 y ss.

⁴⁰ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones de Derecho penitenciario*, Imprenta Universitaria, México, 1953, pp. 41 y s.

⁴¹ MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, traducción castellana de Pedro Dorado Montero, ed. La España Moderna, Madrid, s.f., p. 592.

⁴² Sobre la trascendencia de este texto, vide SOLAZZI, Siro, “La condanna ai vincula perpetua in C. 9, 47, 6”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. 22, 1956, pp. 345 y ss.

La opinión de Mommsen fue mayoritariamente aceptada por la doctrina romanista del siglo XX, si bien no faltaron algunos autores que, en mayor o menor medida, introdujeron en ella matices, como el admitir la pena de prisión en la época imperial⁴³ y excepcionalmente, ordenada por el Senado, en la República⁴⁴, verla en la época postclásica, como consecuencia de un fenómeno de absorción de la mera “coercitio” por la represión penal general⁴⁵, o el atribuirle a Justiniano el ser él único que rompiera con el mandato del Digesto⁴⁶. Sin embargo, en los últimos años se ha producido un movimiento crítico contra la “tesis Mommsen” abanderado por Marco Balzarini, quien ha calificado a la misma de “dogma”⁴⁷, dando lugar así a un cuerpo doctrinal que aboga por entender que en Roma, con mayor o menor extensión, sí que existió la pena de prisión. Y para apoyar esta teoría, los autores, junto a fuentes literarias de diverso origen⁴⁸, han venido a realizar un estudio completo y contextualizado del capítulo del Digesto en que se recoge el texto de Ulpiano, capítulo que lleva como general rúbrica el de “De poenis”, encontrando allí tres textos que aluden directamente a la utilización de la cárcel como pena, todos pertenecientes a un mismo autor, Calístrato, jurista coetáneo de Ulpiano⁴⁹.

1º.- El primer texto del Digesto digno de mención es aquel que pertenecía al libro sexto del “De cognitionibus” de Calístrato, recogido en D. 48, 19, 28, 7, en el que expresamente se recoge la expresión “vincula publica coerceri”⁵⁰. Se ha entendido que “vincula”, cuando aparece junto al término “carcer” hace que éste último se refiera al lugar físico del encierro y aquél a las ataduras. En sentido

⁴³ Algunos limitándola en este período a las provincias romanas, cuyos gobernadores comenzaron a obviar la prohibición legal de la existencia de la prisión como pena. Vid. TORRENT, Armando, voz “vincula”, en *Diccionario de Derecho Romano*, ed. Edidofor, Madrid, 2005, p. 1478.

⁴⁴ Vid. BRASIELLO, Ugo, *La repressione penale in Diritto romano*, ed. Jovene, Napoli, 1937, pp. 386, 405 y ss., y 486 y ss.; HITZIG, H.F., “Carcer”, en VV.AA. (A.F. von Pauly und G. Wissowa eds.), *Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, III, 2, Stuttgart, 1899, pp. 1576 y ss.

⁴⁵ DE DOMINICIS, Antonio, “Coercitio”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, 1974, p. 424.

⁴⁶ ROBINSON, Olivia., “Private Prisons”, en *Revue International des Droits de l’Antiquité*, vol. 15, 1968, pp. 390 y s.

⁴⁷ BALZARINI, Marco, “Pene detentive e cognitio extra ordinem criminale”, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, ed. Jovene, Napoli, 1984, pp. 2865 y ss.; Del mismo, “Il problema della pena detentiva nella tarda Repubblica: alcune aporie”, en VV.AA. (O. Diliberto ed.), *Il problema della pena criminale tra filologia greca e diritto romano*, ed. Jovene, Napoli, 1993, pp. 371 y ss.; En nuestro idioma, el mismo autor, “La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, nº 1, 1989, pp. 221 y ss.

⁴⁸ La represión de las Bacanales (Tito Livio, *Ab urbe condita*, 39, 18, 3), el proceso contra Catilina y sus conjurados (Cicerón, *Catilinarias*, II, 12, 27 y IV, 4), los casos del banquero Fulvio y de P. Munacio (Plinio, *Historia Naturalis*, 21, 6), las vicisitudes de Q. Pleminio (Tito Livio, *Ab urbe condita*, 29, 21-23; 31, 12, 2; 34, 44, 6-8), el llamado “supplicium Campanum” (Tito Livio, *Ab urbe condita*, 26, 13, 15; 26, 16, 6), los casos de Rufila (Tácito, *Annales*, 3, 36) y Cornelio (Valerio Máximo, I, 1, 10), la automutilación de Vetieno (Valerio Máximo, VI, 3, 3), la represión por Tiberio en Pollentia (Suetonio, *Tiberius*, 37, 3)...

⁴⁹ Ampliamente al respecto, RODRÍGUEZ MARTÍN, José Domingo, “La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano versus Calístrato”, en VV.AA. (Sofía Torallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, cit., pp. 181 y ss., al que seguimos en su exposición.

⁵⁰ D. 48, 19, 28, 7: “Ad statuas confugere vel imágenes principum in iniuriam alterius prohibitum est. Eum enim leges omnibus hominibus aequaliter securitatem tribuant, merito ius est in iniuriam potius alterius quam sui defensionis gratia ad statuas vel imágenes principum confugere; nisi si quis ex vinculis vel custodia etentus a pontetioribus ad huiusmodi praesidium confugerit; his enim venia tribuenda est. Ne autem ad status vel imágenes quis confugiat, senatus censuit; eumque, qui imaginem Caesaris in inuidiam alterius praetulisset, in vincula publica coerceri diuus Pius rescripsit”.

amplio de “vincula” como prisión o encierro surge cuando dicha palabra aparece en solitario, en cuyo caso suele ir acompañada de privada o publica para así diferenciar el carácter de dicho encierro⁵¹. Así, tanto el hecho de que los “vincula publica” sean establecidos como castigo por el Príncipe, como la circunstancia de que en el mismo aparezca contrapuesto a la detención privada (“vincula vel custodia”, dejaría claro el sentido de la expresión “in vincula publica coerceri”, esto es, condena a pena de prisión que el propio Digesto prevé para diverso tipo de ilícitos (D. 11, 5, 1 4; 26, 10, 3, 16). Esta es hoy la interpretación mayoritaria⁵², frente a quienes intentan interpretar los “vincula publica” como penas a trabajos públicos forzados (“opus publicum”)⁵³ o quienes simplemente achacan a Calístrato, dado su origen oriental, un mal dominio del latín⁵⁴.

2º.- El segundo texto de interés es aquel del Digesto (D. 48, 19, 28, 14) en el que Calístrato hace referencia a una disposición de Adriano que establece una gradación de las penas reclusivas, esta vez utilizando el término “custodia”, según la cual la condena temporal (“in tempus”), puede agravarse y prolongarse perpetuamente (“in perpetuum”, la perpetua convertirse en condena en minas (“in metallum”), y ésta puede acabar en la pena de muerte (“summum supplicium”)⁵⁵. El gran debate de la doctrina romanista a este respecto se ha centrado en determinar si dicha gradación los es de penas imponibles a los ciudadanos libres o sólo a los esclavos, y el dar respuesta a la aparente contradicción con la también disposición adriana que prohibía la “perpetua vincula” (D. 48, 19, 35). Respeto a la primera objeción se ha señalado, aparte de contextualizar el rescripto del Digesto con sus disposiciones inmediatamente anteriores, el contrasentido de graduar unas penas respecto de quienes, los esclavos, ya tenían per se privada totalmente su libertad⁵⁶. Y en cuanto a la prohibición de la reclusión perpetua, se ha concluido que la proscripción de Adriano es sólo de la “vincula perpetua”, entendiendo aquí “vincula” como sujeción o encadenamiento, de donde se deduce que la pena de prisión perpetua (“custodia perpetua”) es compatible con la prohibición de

⁵¹ Esta interpretación se basa en la propia clave que al respecto da el mismo Calístrato al afirmar que “no hay diferencia entre estar sujeto por paredes o por cadenas”. D. 4, 6, 9: “Succurritur etiam ei, qui in vinculis fuisset, quod non solum ad eum pertinet, qui publica custodia coercetur, sed ad eum quoque, qui a latronibus aut praedonibus vel potentiore vi oppressus vinculis coerebatur. Vinculorum autem appellatio latius accipitur: nam etiam inclusos veluti lautumiis vincitorum numero haberi placet, quia nihil intersit, parietibus an compedibus teneatur. Custodiam autem solam publicam accipi Labeo putat”. Definiéndose “custodia” en D. 50, 16, 224: “Vinculorum appellatione vel privata vel publica vincula significant, custodiae vero tantum publicam custodiam”.

⁵² Así, BALZARINI, Marco, “La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano”, cit., p. 231; BONINI, Roberto, *I Libri de cognitionibus di Callistrato, ricerche sull’elaborazione giurisprudenziale della cognitio extra ordinem*, ed. Giuffrè, Milano, 1964, pp. 142 y 151; WACKE, Andreas, “Die potentiore in den Rechtsquellen”, en *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, II, 13, 1980, pp. 601 y s., y nota 198; RODRÍGUEZ MARTÍN, José Domingo, “La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano versus Calístrato”, cit., p. 186.

⁵³ Vid. BRASIELLO, Ugo, *La repressione penale in Diritto romano*, cit., p. 367; LOVATO, Andrea, *Il carcere nel diritto penale romano dai Severi a Giustiniano*, Caccuci Editori, Bari, 1994, p. 117, nota 101.

⁵⁴ Siguiendo a Mommsen en este sentido, al decir que Calístrato “apenas balbuceaba el latín”. Vid. KUNKEL, Wolfgang, *Die römische Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, ed. Böhlau, Köln, 2001 (reimpresión de edición de 1967), p. 235.

⁵⁵ D. 48, 19, 28, 14: “Ita et in custodiis gradum servandum esse idem princeps rescripsit, id est ut, qui in tempus damnati erant, in perpetuum damnarentur, qui in perpetuum damnati erant, in metallum damnarentur, qui in metallum damnati id ad miserint, summo supplicio adficerentur”.

⁵⁶ ROBINSON, Olivia, “Private Prisons”, cit., p. 391.

encadenamiento perpetuo (“vincula perpetua”) dirigida a mitigar unos rigores excesivos en las condiciones de cumplimiento de la pena.

3º.- Finalmente hace la doctrina asimismo alusión a un texto del Digesto (D. 48, 19, 7) en el que se relacionan una serie de penas, en el que se encuentra el término “vinculorum”⁵⁷, que haría referencia a cárcel⁵⁸, interpretación ésta concorde con la existencia de otros catálogos punitivos en fuentes jurídicas y extrajurídicas que incluyen las expresiones “carcer” y “vincula publica”⁵⁹.

Junto a las citadas manifestaciones de la prisión⁶⁰, en su doble vertiente de lugar de detención, en espera de juicio o ejecución, y pena propiamente dicha, existieron en Roma, lógicamente, otras “privaciones de libertad”, como la, tan arraigada históricamente, prisión por deudas⁶¹, que produjo en el siglo V a.C. la famosa *secessio plebis in montem sacrum*, de la que derivó la creación del tribunal, y que con el tiempo constituiría una de las fuentes del colonato propia del Imperio; los trabajos forzados en sus diversas manifestaciones⁶²; la condena a exhibirse en el circo como gladiadores (“damnatio in ludum gladiatorum”) o la de luchar con fieras (“damnatio in ludum venatorium”)⁶³; el “ergastulum” o reclusión, temporal o perpetua, impuesta a los esclavos por sus amos que se cumplía en un lugar destinado a tal fin en la casa del dueño⁶⁴, debiendo descartarse, según

⁵⁷ D. 48, 19, 7: “Ueluti fustium, admonitio; flagellorum, castigatio, vinculorum, verbaratio”.

⁵⁸ De esta opinión BALZARINI, Marco, “La pena de encarcelamiento hasta Ulpiano”, cit., p. 232; EINSNHUT, Werner, “Die römische Gefängnisstrafe”, en *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, I, 2, 1972, p. 280; ARBANDT, S., und MACHEINER, W., “Gefangenschaft”, en *Reallexikon für Antike und Christentum*, IX, 1976, p. 331.

⁵⁹ Vide, Lucrecio, *De rerum natura*, III, 1011-1022; Seneca, *De Ira*, I, 16, 1-3; Cicerón, *De Republica*, 3, 34; Tertuliano, *De Anima*, 33, 7.

⁶⁰ Ampliamente, de obligada consulta, PAVÓN TORREJÓN, Pilar, *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2003.

⁶¹ Institución que según Dorado, fue introducida en España no por los romanos sino por los celtas. DORADO MONTERO, Pedro, *Contribución al estudio de la Historia primitiva de España (El Derecho penal en Iberia)*, ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1901, pp. 26 y ss.

⁶² Trabajos forzados en minas (“damnatio in metallum”, D. 48, 19, 8, 4-6), especialmente en canteras como las de mármol de Carrara, o en minas de azufre, los trabajos en servicios de explotación de dichas minas (“damnatio in opus metalli”, D. 48, 19, 28, 6), o en otros trabajos auxiliares menos importantes y peligrosos (“damnatio in ministerium metallicorum”), así como la ejecución forzosa de obras de construcción y mantenimiento de instalaciones públicas, como vías, alcantarillado o baños (“damnatio in opus publicum”) que caso de ser perpetuas acarrearán la pérdida de la ciudadanía romana (D. 48, 19, 34; consecuencia gravosa ya relatada por Plinio el Joven según cita de VON BAR, Carl Ludwig, *A History of Continental Criminal Law*, ed. Little Brown and Company, Boston, 1916, p. 36) y colocando al penado en la situación de siervo de la pena (“servus poenae”) viéndose por ello privado de toda capacidad jurídica, disuelto su matrimonio, confiscados sus bienes y despojado del derecho de disponer y recibir en testamento (D. 28, 1, 8, 4; 49, 14, 12; 29, 2, 25, 3; 28, 3, 6, 6; 48, 19, 8, 8 y 11-12; 48, 19, 17; 34, 8, 3; 48, 19, 12; 48, 19, 36). La importancia de este tipo de penas de trabajos forzados ha llevado a algunos autores a colocarlas como antecedentes directos de la pena privativa de libertad (KRIEGSMANN, Nikolaus Hermann, *Einführung in die Gefängniskunde*, ed. Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heilderberg, 1912, traducido al español por R. Pérez Bances, *Preceptiva penitenciaria*, Imprenta de Alrededor del Mundo, Madrid, 1917, p. 10).

⁶³ D. 48, 19, 8, 11-12.

⁶⁴ En realidad, como acertadamente expone Martino Beltrani-Scalia (*Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia...*, cit., pp. 128 y ss.), el nombre “ergastulum” era el lugar subterráneo de la casa en que se tenían encadenados por la noche a los esclavos y que servía de cárcel para ellos por el día, viniendo conformado cada ergástolo por quince o más esclavos, siendo encargada su vigilancia a un esclavo que se denominaba “ergastolarium”. Los esclavos que realizaban labores rústicas dormían aparte, siempre bajo la vigilancia del principal esclavo de confianza de la villa, el “villicus” (¿antecedente etimológico de “bellaco”?).

modernas investigaciones⁶⁵, la existencia de prisiones castrenses, debido al carácter eminentemente cruento y de respuesta inmediata que caracterizó a la disciplina militar romana.

Respecto a los lugares destinados a la reclusión, decir que éstos eran de muy diversa morfología, por lo que no puede hablarse de una auténtica arquitectura penitenciaria⁶⁶. Así pues, desde los inicios de Roma se proveyeron de los más diversos lugares para encerrar a los reclusos, destacando en tal sentido los llamados “lutumiae” (“lautumiae”)⁶⁷ en el que los internos tenían cierta movilidad, frente a los “lapidicinae” en los que se hallaban encadenados⁶⁸, no pudiendo hablarse de edificaciones propiamente construidas para ser prisiones sino hasta la época de Alejandro Severo (222-235 d.C.)⁶⁹.

Pero, sin duda alguna, la prisión prototípica de la época romana por antonomasia es el “Tuliano” (“Tullignum”), que posteriormente pasó a conocerse con el nombre de “cárcel mamertina”⁷⁰, establecimiento penitenciario del que sí se cuenta con profusa información histórica⁷¹ y arqueológica⁷², al permanecer sus restos

Como hemos dicho en otro lugar (*Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, cit., p. 28) se trataba pues, de una verdadera cárcel privada, dirigida a la represión de delitos e indisciplinas, ejercida, por delegación de la autoridad pública, por el paterfamilias, quien en caso de declinar esta competencia se entendía que renunciaba a la propiedad del esclavo, el cual podía ser, en ese caso, condenado de por vida a trabajos forzados en las minas.

⁶⁵ Vid. PEREA YÉBENES, Sabino, “El soldado romano, la ley militar y las cárceles in castris”, en VV.AA. (Sofía Torallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, cit., pp. 115 y ss.

⁶⁶ Subrayando este dato, GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de Ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, p. 76.

⁶⁷ Beltrani-Scalia (ob. cit., p. 89) hace derivar el término del griego λαττυμια, que vendría a significar cantera de piedras, etimología que ya exponía VARRÓN en su *De lingua latina*, V, 151, en donde decía que en Siracusa a los inmersos en un proceso penal los encerraban en canteras, siendo que en el lugar en que se hallaba esta cárcel había habido también canteras. En Roma, las antiguas canteras era de tufo, una piedra caliza muy porosa, empleada, sobre todo, en las construcciones de la época republicana, canteras que se encontraban en las pendientes del Capitolio.

⁶⁸ Según Romero de Aguilar, estas prisiones se hallaban divididas en tres niveles: la parte subterránea dedicada a las ejecuciones, un piso medio para los presos encadenados (“custodia areta”) y una superior para los no encadenados (“custodia communis”). ROMERO DE AGUILAR, Diego, *Ciencia penitenciaria (Historia y organización en las Instituciones Penitenciarias en Francia y Bélgica)*, Imprenta de la Escuela de Reforma, Alcalá de Henares, 1935, p. 38.

⁶⁹ Según afirma THOT, Ladislao, “Ciencia penitenciaria”, cit., p. 20.

⁷⁰ El nombre de “carcer mamertinus” aparece ya en textos cristianos y se pone en relación con quienes fueron sus propietarios. Aún en el siglo IV d.C. se seguía haciendo alusión a ella como lugar de encarcelamiento y ajusticiamiento. En las fuentes hagiográficas se le cita con el nombre de “carcer mamertinus” y en las latinas con el de “custodia mamertini”. Según Krauss (KRAUSS, F. A. Karl, *Im Kerker von und nach Christus*, ed. Akademische Verlag. Von Mohr, Freiburg i B und Leipzig., p. 57) originariamente la superestructura de la cisterna sirvió para proteger del calor ardiente de las aguas del manantial, de ahí el étimo “mammers”, nombre sabino y etrusco de Marte, el fulgurante dios del calor.

⁷¹ Por todos, vide CANCELLIERI, Francesco, *Notizie del Carecere Tulliano, detto poi Mamertino alle radici del Campidoglio*, Imp. Giovanni Ferreti, Roma, 1855; GORI, Fabio, *Il Carcere Mamertino ed il rubere Tulliano visitati e descritti*, Tipografia delle Scienze matematiche e fisiche, s.l., 1868; PIATTI, P. Tommaso., *Il Carcere Mamertino. La chiesa di S. Guiseppe dei Falegnani e il Santuario del SSmo. Crocifisso*, Industria Tipografica Romana, Roma, 1925 (otra ed., 1938), con fotografía en pp. 5-10; FORTINI, Patrizia, *Carcere tullianum: il carcere mamertino al foro romano*, ed. Electra, Firenze, 1998.

⁷² Así, ampliamente, GONZÁLEZ SERRANO, Pilar, “La arqueología de las cárceles romanas”, en VV.AA. (Sofía Torallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, cit., es., pp. 167 y ss.

visibles y visitables hoy en día bajo la iglesia de San Giuseppe dei Falegnami (San José de los carpinteros), edificada en el siglo XVI sobre la Iglesia de San Pietro in Carcere, iglesia que toma el nombre del supuesto hecho de que en este reclusorio romano se dice estuvo encarcelado San Pedro.

La construcción subterránea se halla al pie del Capitolio, en el Clivus Argentarius, al oeste de la Curia, próxima al templo de la Concordia y al arco de Sétimo Severo⁷³. Originariamente debió ser una cisterna, semejante a las que se han encontrado en el Palatino o en el Tusculum. Su atribución se atribuía tradicionalmente al rey Tulio Hostilio, tercer rey de Roma, de donde tomaría su nombre⁷⁴. Sin embargo, Tito Livio vino a asegurar que quien la mandó construir fue el sucesor de Tulio, el rey Anco Marcio⁷⁵. Sea como fuere, lo cierto es que la moderna doctrina hace depender el nombre de la cárcel tuliana del término “tullius”, chorro o fuente de agua, de donde “tullianum” significaría manantial o casa de fuentes, y es que lo que en realidad se encerraba en este primitivo “tholos” era un manantial que alimentaba a una cisterna y que aún hoy sigue vivo, aunque con mucho menor caudal que en el pasado. El agua sobrante iba a parar a la Cloaca Máxima por una conducción subterránea.

En la estructura del Tuliano pueden apreciarse las distintas transformaciones y remodelaciones de las que, progresivamente fue objeto⁷⁶. Sobre la cisterna de planta circular, cubierta originariamente por una falsa cúpula, hecha por aproximación de hiladas horizontales de sillares de tufo, se construyó a finales del siglo II a.C., con bloques de Monteverde y piedra de Anio, una estancia de planta trapezoidal, para albergar en ella a los prisioneros, la “cácer tullianus”. Para ello, se procedió a cercenar la primitiva bóveda y a cubrirla con un techo plano que, en un principio, debió de ser de madera y más tarde de piedra, y sobre ella se apoyó la bóveda de la nueva cubierta.

En las excavaciones realizadas en el Capitolio, salió a la luz la antigua fachada de la cárcel, que se hallaba soterrada bajo la iglesia de San Giuseppe dei Falegnami. El muro de dicha fachada fue construido con gruesos sillares de travertino en la época imperial, como indica la inscripción de los nombres de dos consules, Gayo Vibio Rufino y Marco Cocceio Nerva, que ostentaron sus cargos bajo Tiberio y Calígula (20-40 d.C.).

Una puerta que se abría en la pared rectilínea daba acceso a un estrecho pasadizo que iba a dar a la Cloaca Máxima, sirviendo de salida a las aguas excedentes y de evacuación de los cadáveres de los ajusticiados. La entrada en el Tuliano propiamente dicho se realizaba por un agujero circular practicado en su techo, lo que convertía al lugar en un antro sin apenas luz ni ventilación, calificado ya por Salustio como un lugar “repugnante y asqueroso”⁷⁷.

⁷³ VARRÓN en su *De lingua latina*, V, 151, TITO LIVIO, *Ab Urbe Condita*, XXVI, 27, 3; XXXII, 26, 17.

⁷⁴ Tesis sobre el origen que se basa en VARRÓN en su *De lingua latina*, V, 151. Vid. MORO RODRIGUEZ, Amador, “La prisión en la Roma antigua”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, nº 19, octubre 1946, p. 88 (aunque con cita incorrecta de Varrón).

⁷⁵ TITO LIVIO, *Ab Urbe Condita*, XXVI, 27, 3; XXXII, 26, 17.

⁷⁶ Para lo que sigue, vid. GONZÁLEZ SERRANO, Pilar, “La arqueología de las cárceles romanas”, cit., pp. 168 y ss.

⁷⁷ SALUSTIO, *Catilinae coniuratio*, 53, 3 y ss.: “En la *carcer* hay un lugar llamado Tullianum, excavado a unos doce metros de profundidad bajo el nivel del suelo. Está ceñido todo alrededor por gruesas murallas y se

Finalmente, en cuanto a la organización de las prisiones en Roma⁷⁸, hemos de decir que con la llegada del Imperio, el número de las prisiones de la Urbe se multiplica⁷⁹ debido al deseo de Augusto de controlar la seguridad de la ciudad, para lo cual dispuso el establecimiento de tropas permanentes en Roma, instituyendo tres prefecturas: **a/** el prefecto del Pretorio, que disponía de amplio poder para el mantenimiento del orden público, contaba con nueve cohortes (pretorianas) ubicadas en los “*castra praetoria*” situados al nordeste de la ciudad, fuera de la muralla servia; **b/** el prefecto de la Urbe, de rango consular, que contaba con tres cohortes ubicadas en los “*castra urbana*” en la región VII de la ciudad, junto al Templo del Sol, para llevar a cabo la instrucción de los delitos y velar por la ciudad cuando el emperador estaba ausente; y el prefecto de los “*vigiles*” para luchar contra los frecuentes incendios que asolaban Roma, contando con siete cohortes que se situaban en siete “*stationes*” distribuidas a lo largo de la ciudad, de tal manera que cada una de ellas protegía dos de las catorce regiones de la ciudad, lo que garantizaba una rápida y eficaz intervención ante los incendios.

Pues bien, en las cohortes pretorianas, urbanas y de “*vigiles*” existían grupos de hombres denominados “*optiones carceris*” que tenían a su cargo el control de las cárceles y la función de arrestar a los delincuentes que sorprendían durante sus rondas. Los “*optiones carcerarios*” que a su vez eran asistidos por un grupo de tres hombres de inferior rango llamados “*carcerarii*”. La existencia de cárceles distribuidas por toda la ciudad a partir de Augusto estaba, pues, en estrecha relación con las tareas de policía realizadas por las distintas cohortes de las que disponía la Urbe. Las cohortes pretorianas y las urbanas desempeñaban su labor durante el día, mientras que las de los “*vigiles*” lo hacían por la noche, por lo que ambas compartían funciones de policía, deteniendo a los sospechosos y encarcelándolos en sus instalaciones (“*castra*”). Algunos autores⁸⁰ afirman que durante el Bajo Imperio, las prisiones romanas contaron con un cierto entramado organizativo, existiendo al frente de cada uno de ellas un “*commentariensis*”, especie de director asistido de ayudantes (adjutores), escribanos (*cornicularii*), llaveros (*clavicularii*), esclavos públicos (*statores*) y soldados (*options*), “directores” que eran reclutados entre los antiguos oficiales del ejército y que tenían la obligación, bajo multa de veinte libras de oro, de informar del movimiento de la población reclusa a las autoridades judiciales. Dicha organización vino acompañada de cierta “normativa penitenciaria” dictada con el objeto de regular determinados aspectos de la vida en prisión. Así, Bernaldo de Quirós⁸¹ señala que en el año 320 se publica lo que él considera “el primer programa de reforma penitenciaria”, representado por las disposiciones al respecto contenidas en la Constitución imperial de Constantino en donde, amén de prohibirse la crucifi-

cubre con bloques de piedra que se van juntando en bóveda. La suciedad, la oscuridad y su olor nauseabundo hacen de él un lugar repugnante y espantoso”.

⁷⁸ Vid. PAVÓN TORREJÓN, Pilar, “Las cárceles civiles en el Imperio romano”, en VV.AA. (Sofía Torallas Tovar e Inmaculada Pérez Martín eds.), *Castigo y reclusión en el Mundo Antiguo*, cit., es., pp. 103 y ss.

⁷⁹ Lo que haría que Juvenal (*Satira III*, 309) añorara tiempos pasados en los que en Roma sólo había una cárcel (el Tuliano): “*Felices proavorum atavos, felicia dicas secula quae quandam sub regibus atque tribunis viderunt uno contentam carcer Romanam*”.

⁸⁰ ROMERO DE AGUILAR, Diego, *Ciencia penitenciaria...*, cit., p. 38.

⁸¹ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones de Derecho penitenciario*, cit., pp. 44 y s.

xión, se ordena la separación por sexos en las prisiones, se prohíben los rigores inútiles, el Estado asume el deber de mantener a su costa a los presos pobres y se prescribe la existencia en toda prisión de un patio bien soleado, para alegría y salud de los reclusos, previsiones todas ellas que, como es fácilmente deducible, fueron más teóricas que reales.

IV

De lo dicho anteriormente podemos concluir que si bien en el Derecho penal romano la pena de prisión sólo tuvo un papel secundario, ya que el mismo vino caracterizado por la preeminencia de penas cruentas guiadas por el fin intimidatorio⁸², no menos verdad es que esa marginación no lo fue tanto como hasta hace poco la doctrina venía manteniendo. Hubo pues una convivencia, si bien desequilibrada, entre la cárcel-custodia y la cárcel-pena que heredaron los siglos posteriores.

En efecto, durante la Edad Media, como es bien sabido, el latir jurídico de Europa lo marca el Derecho germánico⁸³, en cuyo seno la pena de prisión no encuentra cabida. La “blutrache” o venganza de sangre, la composición⁸⁴ y el talión⁸⁵ encuadran un catálogo penal caracterizado por la crueldad: muerte, amputaciones, quema de las carnes...todo ello revestido de macabra escenificación. Se

⁸² Pues pese al mandato del Digesto (D. 48, 19, 20, “Poena constituitur in enmediationem hominum”), como dijera Jiménez de Asúa, “la enmienda estuvo más en las frases que en la práctica”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1956, p. 278. Y antes, del mismo autor, *La sentencia indeterminada*, prólogo de Constanco Bernaldo de Quirós, 2ª ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1948 (1ª ed., Madrid, 1913), p. 49.

⁸³ Ampliamente, sobre el Derecho germánico: ZOPFL, Heinrich, *Alterthümer des Deutschen Reichs und Rechts*, C.F. Winter'sche Verlagshandlung, Leipzig und Heidelberg, 1860-1861; BRUNNER, Heinrich, *Historia del Derecho germánico*, traducido por José Luis Álvarez López, ed. Labor, Barcelona, 1936; DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo, *El elemento germánico en el Derecho español*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1915 (existe moderna reimpresión, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993); GARCÍA GALLO, Alfonso, “El carácter germánico de la épica y del Derecho en la Edad Media española”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 25, 1955, pp. 583 y ss.; ORLANDIS Y ROVIRA, José, “Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 16, 1945, pp. 112 y ss.; PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, José Manuel, *Breviario de Derecho germánico*, ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1993. Más concretamente, sobre el Derecho penal germánico: WILDA, Wilhelm, Eduard, *Das Strafrecht der Germanen*, C.A. Schwetschke und sohn, Halle, 1842; KÖSTLIN, Christian Reinhold, *Geschichte des Deutschen Strafrecht*, Verlag der D. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1859; VON HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, band I, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1925, pp. 38 y ss., 258 y ss.; BLANDINI, Giacomo, *Il delitto e la pena nelle leggi longobarde*, Tipografia Francesco Galati, Catania, 1890. En nuestro idioma: VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, traducido y adicionado por Quintiliano Saldaña de la 18ª edición alemana, 3ª ed., tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, s.f., pp. 156 y ss.; MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed., revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pp. 40 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, cit., pp. 280 y ss.

⁸⁴ Sobre el origen y evolución de la misma, OSENBRÜGGEN, Eduard, *Das Strafrecht der Langobardem*, Verlag der F.R. Hunter'schen Buchhandlung, Schaffhausen, 1863, pp. 14 y ss.

⁸⁵ Hay que señalar que el Talión (“ojo por ojo y diente por diente”) fue igualmente la pena tipo en la legislación musulmana, al así prescribirlo expresamente el Corán (Sura II, versículo 173 y V, versículo 49). Al respecto, vide DU BOYS, Albert, *Historie du Droit Criminel des Peuples Modernes*, Auguste Durand, Paris, 1858, p. 260. Ampliamente, sobre el Derecho penal musulmán, VALDÉS RUBIO, José María, *Derecho penal*, tomo II, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1910, pp. 156 y ss.

trata de un Derecho en el que la costumbre tiene valor de fuente del ordenamiento jurídico (sobre todo antes del siglo XIII), que coloca como eje del sistema probatorio a la ordalía y donde la corrupción judicial está a la orden del día⁸⁶. No es que exista una prohibición legal de la pena de prisión, es que la misma no encaja en la mentalidad punitiva del Medioevo pues dicha era inapropiada para dar respuesta los dos fines que la sanción debía perseguir: expiar la culpa ante los ojos de Dios y de la comunidad, siendo en este sentido mucho más eficaz las penas corporales, ni tenía un valor retributivo lo suficiente para compensar el daño ocasionado a la víctima. Era cara e ineficaz, por lo que era mucho más intimidante el destierro o el extrañamiento, habida cuenta que en una época de tanta inseguridad, la amenaza de expulsión hacia lo desconocido producía una amenaza mayor que el mero arresto⁸⁷.

Es más. Como magistralmente señalara Beltrani-Scalcia⁸⁸, el desconocimiento de la cárcel custodia por los pueblos germánicos derivaba, en principio, de la lógica razón del nomadismo que caracterizó a los primeros pueblos bárbaros, matizando que, conforme éstos fueron ocupando y asentándose en territorio del Imperio romano, fueron paulatinamente atemperando su sistema punitivo y, por tanto, asumiendo penas en las que se intuye el germen de la pena privativa de libertad. En este sentido fue Zopfl el primero que quiso ver en el “cepo” o “Stock” dicho origen embrionario⁸⁹.

Vemos así pues, un nuevo paralelismo. En el Medioevo la cárcel custodia tiene un papel preponderante pero no exclusivo, una cárcel que era administrada por los príncipes y señores con total arbitrariedad, ordenándola en función de la procedencia social de los destinatarios. No había señorío, abadía ni comunidad que no tuviera, en lo más profundo de su recinto, “asquerosos y lóbregos calabozos donde comían los condenados el pan del dolor, rodeados de tinieblas, insectos e inmundicias”⁹⁰. Como magistralmente resumiera Von Hentig⁹¹: “la cárcel en la Edad Media era asunto de arbitrio de los príncipes o de las ciudades, ordenada en función de la procedencia social: una medida secundaria que podía redimirse por dinero u otras prestaciones. La pena de cárcel se encuentra allí donde la pena de muerte o de mutilación era excesiva para la gente principal, o el destierro era muy poco para el extranjero. La detención durante años era en general demasiado onerosa, como lo demuestran las tentativas de hacer recaer sobre la estirpe los gastos de alimentación y custodia acudiendo al arresto domiciliario o al emparedamiento. Los primeros pasos tienen muy poco en común con la prisión moderna y sus problemas”.

⁸⁶ Vid., GARCÍA VALDÉS, Carlos, “El nacimiento de la pena privativa de libertad”, en *Estudios de Derecho penitenciario*, ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 12 y ss.

⁸⁷ Véase en tal sentido, RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *Arrestos, cárceles y prisiones en los Derechos históricos españoles*, ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2008, p. 71. En el mismo sentido, anteriormente, SAINZ GUERRA, Juan, *La evolución del Derecho penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004, pp. 301 y s.; ROLDÁN VERDEJO, Roberto, *Los delitos contra la vida en los Fueros de Castilla y León*, Universidad de la Laguna, 1978, pp. 100 y s.

⁸⁸ BELTRANI-SCALIA, Martino, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia (saggio storico e teo-rico)*, cit., p. 196.

⁸⁹ ZOPFL, Heinrich, *Alterthümer des Deutschen Reichs und Rechts*, C.F. Winter’sche Verlagshandlung, Leipzig und Heidelberg, 1861, p. 40.

⁹⁰ MELCHOR Y LAMANETTE, Federico, *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pp. 115 y s.

⁹¹ VON HENTIG, Hans, *La pena*, tomo II, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 199.

Sin embargo, como había ocurrido también en épocas anteriores, y muy especialmente en el Derecho romano, la configuración de la cárcel custodia, traída ahora del Digesto a los textos jurídicos medievales⁹², encontrará algunas importantes excepciones.

En primer lugar, sigue existiendo la sempiterna prisión por deudas, con las mismas características que en los siglos anteriores⁹³. Además, los distintos ordenamientos van configurando, por vía de la excepcionalidad, la imposición de la pena para casos concretos: un edicto de Luitprando, rey de los Longobardos (712-744) disponía que cada Juez tuviera en su ciudad una cárcel para encerrar a los ladrones por uno o dos años⁹⁴; una capitular de Carlomagno del año 831 permitía que las gentes “boni generi” que hubiesen delinquido fueran ingresadas en prisión hasta que se corrigieran⁹⁵, y diversos fueros y ordenamientos permitieron su utilización para supuestos en los que la levedad de la infracción o la naturaleza de la misma, hacía parecer desmesurada la utilización de la muerte o de las penas corporales, admitiéndose, en determinados textos normativos, con cierta profusión, el castigo temporal conocido bajo el nombre de “cadena”⁹⁶.

⁹² En nuestro caso, con dos claros reflejos en las Partidas de Alfonso X El Sabio (siglo XIII): “Ca la carcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella” (Ley 2ª, Título II, Partida VIII), y “Ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos an solamente en ella fasta que sean juzgados” (Ley 4ª, Título XXXI, Partida VII).

⁹³ De particular interés al respecto, por su completa documentación, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 30, 1960, pp. 249 y ss. Más recientemente, RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *Arrestos, cárceles y prisiones en los Derechos históricos españoles*, cit., es., pp. 101 y ss., 263 y ss., y 297 y ss.

⁹⁴ Dicha pena compartía protagonismo con otro tipo de penas corporales y humillantes como la decalcación y las marcas en la frente: “De furonibus: Ut unisquisque iudex in civitatem suam faciat carcerem sub terra; et cum inventus fuerit, ipsum furtum componat, et conpraehindat eum, et mittat in ipso carcere and annos duo vel tres, et postea dimittat eum sanum. Et si talis persona fuerit, ut non habebat unde ipsum furtum componere, debeat eum dare in manus illius cui ipsum furtum cedit, et ipse de eo faciat quod voluerit. Et si postea iterum ipse in furto tentus fuerit, decalvit eum et cedat per disciplinam sicut devit furonem, et ponat ei signum in fronte et facie; et si nec sic emendare volverit, et post ipsas districciones in furtum tentus fuerit, et post ipsas districciones in furtum tentus fuerit, vindat eum foris provincia, et habeat sibi iudex praetum ipsius; verumtament ut provata causa sit, et non eum sine vera provatione deveat vindere”. BAUDI DI VESME, Carlo, *Edicta Regum Lagobardorum*, 2ª ed., Suntibus et Typus Georgii Franz, Monachii, 1856 (1ª ed., 1855), p. 84.

Resaltando el carácter patrimonial del edicto de Luitprando en cuanto, al fin y al cabo, sólo si no podía pagar el rescate (composición), el penado era recluido temporalmente, y en caso de reincidencia era vendido al extranjero, véase OSENBRÜGGEN, Eduard, *Das Strafrecht der Langobardem*, cit. p. 30.

⁹⁵ Vid. CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna Penología*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, (Reimpresión 1974), p. 300.

⁹⁶ Así en el Ordenamiento de Alcalá (1384), Título XX, Leyes 3 (“De como los aguaciles deben de usar de su oficio” –condena de un año de cadena a los mismos por irregularidades en su función–, ley llevada luego a la Ley 4 del Ordenamiento de Segovia de 1433), 5 “Penas que merecen los guadores de presos si los soltaren o no los guardaren bien”, 12 (“De los que hiciesen ayuntamiento de gentes contra los Oficiales, pena que deben tener”, dos meses de cadena), 13 (“De los que acometieren a los Oficiales para herirlos o matarlos, pena que deben de tener” –un año de cadena), 14 (distinguiendo entre penados hidalgos y no hidalgos, hasta un año de cadena). Título XXI, Ley 2 (“Facer mal de fornicio” con alguna mujer de la casa de su señor, distinguiendo si es o no hidalgo, un año de cadena). Vid. *El Ordenamiento de Leyes que hizo D. Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos cuarenta y ocho*, Librería de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847, pp. 30 y s., y 38 y ss., 42 y ss. En este sentido, César Herrero vislumbra aquí un incipiente atisbo de la cárcel-pena. Vid. HERRERO HERRERO, César, *España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)*, prólogo de Carlos García Valdés, ed. Dirección General de la Policía, Madrid, 1985, p. 90.

En segundo lugar, debemos señalar que en esta época adquiere especial importancia la llamada “prisión de Estado”, esto es, la utilización de la prisión contra los enemigos del poder político. A ella serán enviados aquellos enemigos de la monarquía o del señorío acusados de haber cometido delitos de traición, cuando no a los meros adversarios políticos, reales o potenciales, de los detentadores del poder⁹⁷. Respecto a la dureza de la prisión de Estado escribiría Bernaldo de Quirós⁹⁸: “Para el reo de Estado, sobre todo, la prisión ha llegado al máximo del rigor. El espacio reducido al mínimo, la luz suprimida, el aire, la alimentación, el movimiento, dejando tan sólo al reo la lenta circulación de la sangre, la respiración entrecortada, el pensamiento aletargado, casi caído en el coma. Se ha llegado en esta época, para el delincuente de Estado, a la jaula colgada bajo los corretores o las bóvedas, en que el reo se retuerce y revuelve más como reptil que como ave”.

La prisión de Estado se alza así como un importante precursor de la pena de encarcelamiento, constituyendo otra excepción a la cárcel-custodia imperante en la época, pero guardando con ella una nota común: sigue sin existir una arquitectura penitenciaria propiamente dicha, por lo que se utiliza la diversidad de lugares en los que aquella se cumplía. No obstante, y dentro de esta diversidad, sobresalieron el uso de fortificaciones y torres, muchos de los cuales pasarán a la historia por su tétrica popularidad⁹⁹: “los plomos” del Palacio Ducal veneciano¹⁰⁰, la Torre de Londres¹⁰¹, el castillo romano de San Angelo¹⁰², la Bastilla parisina¹⁰³....

⁹⁷ Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, Teoría de la pena, cit., p. 70.

⁹⁸ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, Lecciones de Derecho penitenciario, cit., pp. 47 y s.

⁹⁹ Vide, ampliamente, CUMPLIDO, Ignacio (ed.), *Las prisiones de Estado*, 2 tomos, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1855-1856; SOCIEDAD LITERARIA, *Prisiones de Europa*, 2 tomos, I. López Bernagosi editor, Barcelona, 1863.

¹⁰⁰ Respecto a su descripción leemos en el tomo I de *Prisiones de Europa*, (cit., pp. 343 y ss.): “Los Plomos de Venecia son una prisión de estado que toma su nombre de su posición misma. Es una hilera doble en profundidad que los calabozos situados bajo la cubierta de plomo del Palacio de los Dux. Cada uno de estos calabozos recibe su luz por una o dos ventanas con fuertísimas rejas de hierro, a través de las cuales el prisionero puede ver, según el lado del paralelogramo que ocupa, el techo de plomo de la Iglesia de San Marcos, el de otros palacios, y alguna parte de la plaza pública; habiéndose calculado con suma inteligencia las distancias, para imposibilitar toda clase de comunicación entre los prisioneros y los habitantes de las casas que se encuentran a su alrededor.

Bajo estos plomos, regados durante el invierno por la lluvia y algunas veces por la nieve, la temperatura es tan fría que el prisionero, viéndose privado de fuego, se puede morir de frío si no cuenta con dinero, o si su calabozo no encierra una estufa o calorífero. En verano por el contrario, el sol calienta los plomos, asa al prisionero, por decirlo así, en su calabozo, y si trata de aspirar el aire libre, asiéndose a las rejas de su ventana, respira el calor sofocante de los techos vecinos, calentados durante el día por un sol de treinta y cinco grados.

El suplicio más cruel, además de este calor, es la tenaz persecución de los insectos que se disputan la sangre del prisionero a la caída de la tarde y cuando la brisa del mar empieza a refrescar las paredes de su calabozo. A esta hora, se lanzan sobre la víctima nubes de mosquitos armados de enormes dardos, transformando un cuerpo humano en una llaga, oculta bajo tumores informes. Al día siguiente, puesta la sangre en eferescencia por el calor, produce nuevas ampollas, y la pobre víctima se ve acometida de un horrible comezón. En seguida llegan las pulgas, pero en tan crecido número que convierte la estancia en un nublado. Por último, salen de sus inviolables madrigueras legiones de chinches y corren a beber en la misma fuente, donde los insectos volátiles y saltadores lo han hecho a sus anchas y a más no poder.

No existe un ser viviente, dotado de sentido común, que no esté conforme en decir que estos suplicios equivalen a los tormentos más agudos.

De ordinario, ni el golpe del hacha del verdugo, ni mucho menos el grillete, es lo que acaba con el prisionero; por el contrario, el suplicio continuo, la perpetua irritación de su espíritu, atormentado por los sufrimientos del cuerpo, es o que conduce a un mártir a la muerte”.

Finalmente una tercera excepción a la cárcel custodia y, por tanto, una expresión más de la pena de encarcelamiento anterior a la Edad Moderna la encontramos en el ámbito del Derecho canónico. La preferencia de la Iglesia por castigos no cruentos (“*Ecclesi abhorret a sanguine*”¹⁰⁴) y la finalidad de la enmienda a través del arrepentimiento y la oración (“*Ecclesia non sinit sanguinem sed constrictio cordis: poenitentia*”) hicieron que, en el Derecho canónico, la pena privativa de libertad encontrara un buen acomodo.

Originariamente, la prisión eclesiástica fue destinada a los religiosos rebeldes o condenados por la comisión de determinados delitos. Así en una regla de San Colombano, a principios del siglo VI se señala a la cárcel como una de las tantas penitencias que los abades de los monasterios podían y debían imponer con el fin de enmienda de los monjes¹⁰⁵, si bien en el 780 una capitular de Carlomagno prohibía a los abades aplicar con crueldad y excesivo rigor las penas a los frailes, limitaciones refrendadas cinco años después por el Concilio de Frankfurt. Será en el siglo XIII cuando la prisión pierda el carácter exclusivamente penitencial para convertirse en el Derecho canónico como una autentica pena, debiéndose dicho tránsito a un Decreto del Papa Bonifacio VIII¹⁰⁶, luego confirmado por otra decretal del Papa Clemente V (“*Duro tamen tradere carceri sive arcto, qui magis ad poenam quam ad custodiam videatur*”). Sólo más tarde esta pena, destinada en

Con particular detalle, explicando la evolución de las prisiones ducales venecianas, vid. ZANOTO, Francesco, *Il palazzo ducale illustrato*, Venezia, 1854, que retrotrae su primera documentación al año 1297. En el mismo sentido, BELTRANI-SCALIA, Martino, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia (saggio storico e teorico)*, cit., pp. 257 y ss.

Asimismo, sobre los Plomos del XVIII y principios del XIX, ya a nivel literario, vide; PELLICO, Silvio, Mis prisiones, traducción de Ciro Bayo, 3ª ed., Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1945, esp., pp. 47 y ss. CASANOVA, Giacomo, *La fuga de los Plomos*, ed. Alianza, Madrid, 2003.

¹⁰¹ Construida a orillas del Támesis en época romana, esta fortaleza compuesta por un conjunto de torres amuralladas recibía a sus presos políticos desde el río (y por la noche para evitar toda publicidad) a través de una entrada bajo arco denominada gráficamente como la “puerta del traidor” (Traitor’s Gate). Una pormenorizada descripción en *Prisiones de Europa*, cit., tomo II, pp. 359 y ss. Asimismo, véase, DIXON, William Hepworth, *Her Majesty’s Tower*, Harper & Brothers, New York, 1867; ALBEROLA, Ginés, “La Torre de Londres”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, nº 67, octubre 1950, pp. 90 y ss. Más modernamente, WILSON, Derek A., *The Tower: The Tumultuous History of the Tower of London from 1078*, ed. Stribner, London, 1979.

¹⁰² Fue edificado originariamente por Adriano para servir como su mausoleo (año 123), convirtiéndose en fortaleza en el siglo III tras la muerte de Caracalla y siendo sede en interminables ocasiones de los prisioneros del Estado. Una descripción de sus subterráneos calabozos en CELLINI, Benvenuto, *Vita di Benvenuto Cellini, orifice e scultore fiorentino, da lui medesimo scritta*, Società Tipografica de Classici Italiani, Milano, 1806, pp., 421 y s.

¹⁰³ Sobre su amplia bibliografía, por todos, el clásico BINGHAM, Denis Arthur, *The Bastille*, James Pott and Company, New York, 1901, y más modernamente, LÜSEBRINK, Hans-Jürgen, and REICHARDT, Rolf, *The Bastille: A Story of a Symbol of Despotism and Freedom*, Duke University Press, Durham, 1997 (edición original alemana, 1990).

¹⁰⁴ ROMERO DE AGUILAR, Diego, *Ciencia penitenciaria...*, cit., p. 39.

¹⁰⁵ “*Verbosus taciturnitate dammandus est, inquietus mansuetudine, gulosus jejunio, somnolentus vigilia, superbus carcere, destitutor repulsione*”. HOLSTENII, Lucae, *Codex regularum monasticarum et canonicarum*, a P.R.P. Manianus Brockie illustratus, Augustae Vindelicorum, ed. Adam & Veith, Romae, 1759, p. 68.

¹⁰⁶ “*Quavis ad reorum custodiam, non ad poenam carcer specialiter esse noscatur: nos tamen non improbamus, si subjectos tibi clericos confessos de criminibus seu convictos, eorum excessibus et personis ceterisque circumstantiis provida deliberatione pensatis, in perpetuum vel ad tempus, prout videris expedire, carceri mancipes ad poenitentiam peragendam*”.

principio a los religiosos, se extendió a los seculares acusados de herejía¹⁰⁷. Y es que la Edad Media se caracterizará por el estrecho vínculo que une Iglesia y Estado, un “parentesco consanguíneo”¹⁰⁸ que propició que las sanciones canónicas se extendieran a la legislación penal ordinaria.

La expresión más característica de esta pena de prisión canónica era la denominada “*detrusio in monasterio*” consistente en el aislamiento del monje en una celda dispuesta para ello, en los inicios, en un ala del monasterio destinada al efecto, y más tarde en una edificación separada construida ad hoc y denominada “*carcer*” o “*ergastulum*”, tránsito éste que se produjo en el año 817 tras una reunión de todos los abades franceses, alemanes e italianos¹⁰⁹.

La celda monacal era el marco en donde el clérigo “delincuente” había de purgar su pecado a través de la lectura de los textos sagrados, por lo que el régimen de vida era de total aislamiento, acompañado de duras disciplinas¹¹⁰ y ayunos¹¹¹, y en donde, a lo más, se le permitía la realización de trabajos manuales¹¹², sin que esto significase que no existieran excepciones a dicho aislamiento, como aconteció, por ejemplo, en la prisión de Gante, donde en el siglo XVIII se permitirá el trabajo diurno en común, algo ya permitido por el Concilio de Beziers de 1266¹¹³, prisión de Gante en donde, como antecedente del régimen penitenciario auburniano, se prescribía la regla del silencio en dicho régimen comunal¹¹⁴.

Ante la perspectiva antes descrita se puede afirmar que la prisión canónica era menos severa que la laica¹¹⁵, la cual, como sabemos, frente al aislamiento celular de la *detrusio* se caracterizaba por el hacinamiento y la insalubridad. Sin embargo, no todas las prisiones eclesiásticas tuvieron el mismo régimen. A partir del siglo XII aparecen los celebres “*vade in pace*”. Construido el primero de ellos

¹⁰⁷ Al respecto vid. MONTES, Padre Jerónimo, *El crimen de herejía (Derecho penal canónico)*, Casa editorial M. Núñez Samper, Madrid, 1919.

¹⁰⁸ En aguda expresión de Quintiliano Saldaña en sus adiciones al *Tratado de Derecho penal* de von Liszt, tomo I, 3ª ed., Reus, Madrid, s.f., p. 219.

¹⁰⁹ Según nos da cuenta Jean Mabillon, *Ouvrages posthumes*, P. Thuiller, tomo II, Paris, 1724, p. 321.

¹¹⁰ Y es que tampoco ha de olvidarse que la idea de “suplicio” también inspira la penalidad canónica: “Poena est supplicium, quo quis ob delictum afficitur” (REIFFENSTUEL, R.P.F. Anaclero, *Jus canonicum universum*, apud Antonius Bortoli, Venetii, 1755, tomo V, Libro V, título 37, folio 299).

¹¹¹ A pan y agua: “ab episcopo in civitate retrudantur in cellam, ibique mense integro panem cum aquam manducet” (canón 19 del II Concilio de Tours, año 567), y con abundancia de la palabra de Dios; “intra monasterium in ergastulo ponerentur parvo pane et aqua brevi cum abundantia divi verbi, usque ad satisfactionem fruerentur”.

¹¹² San Giovanni Climaco, abad del convento del Monte Sinaí, lo describía con estas palabras: “Locus erat ab ipso monasterio uno dumtaxat lapide, seu milliari sejunctus, carcer dictus, illetabilis prosus et omnibus corporis gaudiis destitutus. Nullus ibi unquam culinae fumus cernebatur, non aliud quisquam et foco propter panem et minuta oluscula in mensam inferebatur. In hoc eos qui post religiosas professionem in peccatum possent nec plures simul cingebat sed singulos seorsim, aut ut plurimum binos; manebantque ibi quoad praeses de singulis divinitus educeretur”. CLIMACI, Joannis, *Opera omnia*, M. Radero ed., Paris, 1633, p. 68.

¹¹³ Al establecer como régimen de cumplimiento el aislamiento “ut alterutrum vel per se vel per alios per vertere nequeant” (canon 23).

¹¹⁴ Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Teoría de la pena*, cit., p. 72.

¹¹⁵ En este sentido KAHN, Louis, *Étude sur le délit et la peine en Droit canon*, Librairie Administrative Bderger-Levrault et Cie., Paris et Nancy, 1898, pp. 106 y ss., y esp. pp. 117 y ss. En contra LEA, Henry Charles, *Histoire de l'Inquisition au Moyen-âge*, tomo I, Société nouvelle de librairie et d'édition, Paris, 1900. pp. 549 y ss. Vid. MONTES, Padre Jerónimo, *El crimen de herejía...*, cit., pp. 340 y ss.

por el abate del monasterio de San Marino dei Campi, y exportados posteriormente a muchas ciudades europeas, consistían en mazmorras subterráneas, e incluso pozos, donde los monjes eran descolgados con una cuerda. Al cruzar el umbral de los mismos el fraile era despedido con la locución “*vade in pace*” (ve en paz); éstas serían las últimas palabras que oíría en su vida, pues la muerte no se haría esperar.

Sin duda alguna, la prisión eclesiástica es una de las manifestaciones de la cárcel-pena que más ha influido en la evolución penitenciaria posterior¹¹⁶. El aislamiento celular que la caracteriza y la finalidad redentora de la pena influirán, con el paso de los siglos, en la configuración de los sistemas penitenciarios¹¹⁷ y concepciones penológicas que el Derecho penitenciario desarrollará a partir del siglo XIX.

V

De todo lo anterior podemos concluir que en el Mundo Antiguo¹¹⁸, la pena de cárcel no fue una absoluta desconocida y, si bien, en modo alguno representó el papel preponderante que tendrá en el Derecho penal a partir de la Ilustración, no fue tan marginal y subsidiaria¹¹⁹ como hasta ahora se venía manteniendo, existiendo una moderna doctrina que, procedente de diversas disciplinas históricas y trascendiendo lo estrictamente jurídico, está en la actualidad aportando enriquecedores enfoques que permiten redescubrir institutos nucleares del penitenciarismo¹²⁰.

¹¹⁶ Resaltando este dato, por todos, KAHN, Louis, *Étude sur le délit et la peine en Droit canon...* cit., pp. 123 y ss.

¹¹⁷ Esta influencia encontró un claro impulso con la obra de Jean MABILLON, *Réflexions sur les prisons des ordres religieux* publicada entre 1690 y 1695, en donde se alababa las ventajas del sistema celular. Sobre su repercusión como precursor del sistema auburiano véase SELLIN, Thorsten, “Dom Jean Mabillon. A reformer of the Seventeenth Century”, en *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1927, pp. 581 y ss.

¹¹⁸ Como habrá observado el avezado lector, en el presente trabajo hemos colocado la frontera entre el Mundo Antiguo y el Moderno en el siglo XVI por entender que es en dicho periodo cuando, en el ámbito penitenciario, se produce la generalización de la cárcel pena y el incipiente desarrollo de la “cárcel reinsertadora” (en palabras de Lucas), no desconociéndose sin embargo que en la historiografía general el citado tránsito entre Mundos se coloca en hitos tales como la toma de Constantinopla por los Turcos (1453), el descubrimiento de América (1492) o, incluso, la Reforma Protestante (1517), todo lo cual contrasta con la mayor aceptación del inicio del Mundo Contemporáneo que los historiadores mayoritariamente colocan en la Revolución francesa de 1789, si bien no faltan apuestas minoritarias a favor de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776) o, en nuestra órbita histórica, la Guerra de Independencia española de 1808.

¹¹⁹ Estas son las dos notas con las que tradicionalmente se ha caracterizado a la pena de encarcelamiento hasta, al menos, la Monarquía absoluta. Así, por ejemplo, lo sostuvieron trabajos clásicos de Historia del Derecho español, como LÓPEZ-AMO MARÍN, Ángel, “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, nº 26, 1956, pp. 337 y ss. En tal sentido vide, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 387 y ss. Más modernamente, DE LAS HERAS SANTOS, José Luis, *La Justicia Penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991, pp. 265 y ss.; PÉREZ MARCOS, Regina M^a, *Un Tratado de Derecho penitenciario del siglo XVI. La visita de la cárcel y de los presos de Tomás Cerdán de Tallada*, UNED, Madrid, 2005, p. 19.

¹²⁰ En tal sentido podríamos citar los avances investigadores llevados a cabo en torno al estudio de las primeras Casas de corrección europeas, antecedentes del moderno penitenciarismo. Así para la “Bridewell” londinense, de capital importancia, HINKLE, William G., *A History of Bridewell Prison 1553-1700*, ed. Edwin Mellen Press, Lampeter-New York, 2006.

Notas

Notas



Imprime:

Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario
y Formación para el Empleo



Maquetación e Impresión:

Taller de Artes Gráficas
Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



El Taller de Artes Gráficas del Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)
posee la Certificación ISO 9001:2008 Nº 03/C-SC005



DNV CERTIFICA QUE EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD EN IMPRESIÓN, ARTES GRÁFICAS, DISEÑO Y CONFECCIÓN INDUSTRIAL ES CONFORME A LA NORMA ISO 9001:2008. CENTROS DEL ALCANCE: MADRID I, MADRID III, MADRID V, TOPAS, EL DUESO, CÓRDOBA, JAÉN, SEGOVIA Y LA GERENCIA DEL OATPFE.

