



253
2007

Revista de Estudios Penitenciarios

Revista de Estudios Penitenciarios

N.º 253 - 2007

Estudios e Intervenciones:

Informe sociológico: Efectos aparejados
por el hecho de compartir celda

FRANCISCO BENITO RANGEL, MANUEL GIL
PARRA Y MIGUEL ÁNGEL VICENTE CUENCA

Aproximación a un "Derecho
Penitenciario del Enemigo"

EUGENIO ARRIBAS LÓPEZ

El empleo de medios coercitivos en prisión:
Indicaciones regimentales y psiquiátricas

LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES



MINISTERIO
DEL INTERIOR



MINISTERIO
DEL INTERIOR

Revista de Estudios Penitenciarios

N.º 253
Año 2007



MINISTERIO
DEL INTERIOR

DIRECCIÓN GENERAL
DE INSTITUCIONES
PENITENCIARIAS

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidenta

D.^a Mercedes Gallizo Llamas

Directora General de Instituciones Penitenciarias

Vicepresidente

D. Ángel Herbella Alonso

Vocal Asesor

Vocales

D. Carlos García Valdés

Catedrático de Derecho Penal

D. Francisco Bueno Arús

Profesor y Doctor en Derecho

D. José Luis de Castro Antonio

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

D. Emilio Tavera Benito

Jurista Criminólogo

D. Abel Téllez Aguilera

Magistrado y Doctor en Derecho

D.^a Carmen Archanco López-Peigrín

Subdirectora General de Sanidad Penitenciaria

D.^a Gloria Corrochano Hernando

**Subdirectora Adjunta de la Subdirección General
de Tratamiento y Gestión Penitenciaria**

D.^a María Luisa Cordovilla Pérez

Subdirectora General de la Inspección Penitenciaria

D.^a María Yela García

Jefe de Servicio de la Subdirección General de Medio Abierto

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.

Catálogo general de publicaciones oficiales

<http://www.060.es>

Edita: Ministerio  Interior. Secretaría General Técnica.

NIPO: 126-07-061-3

ISSN: 0210-6035

Depósito legal: M-49195-2007

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

SUMARIO

	Págs.
<hr/>	
ESTUDIOS E INTERVENCIONES	7
Efectos aparejados por el hecho de compartir celda. FRANCISCO BENITO RANGEL, MANUEL GIL PARRA y MIGUEL ÁNGEL VICENTE CUENCA	9
Aproximación a un “Derecho Penitenciario del Enemigo”. EUGENIO ARRIBAS LÓPEZ	29
El empleo de medios coercitivos en prisión: Indicaciones regimenterales y psiquiátricas. LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES	59
 NORMATIVA PENITENCIARIA	 99

ESTUDIOS E INTERVENCIONES

*Francisco Benito Rangel
Manuel Gil Parra
Miguel Ángel Vicente Cuenca.*

*Sociólogos del Cuerpo Superior de Técnicos
de Instituciones Penitenciarias.*

Efectos Aparejados por el hecho de compartir celda

Percepción que tienen los internos sobre el hecho de compartir celda y los efectos aparejados en la población reclusa de los Centros Penitenciarios de la Comunidad de Madrid

La sobreocupación de los Centros Penitenciarios no deja indiferentes a sus profesionales, ni a las Instituciones con las que se relacionan, ni a la sociedad en general.

Con este interés, retoma la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en Junio de 2004 la recomendación efectuada por la Institución del Defensor del Pueblo de estudiar el efecto que tiene en la población reclusa el hecho de compartir celda.

A tal fin se constituyó un equipo de trabajo, formado por tres Sociólogos y dos Psicólogos de Instituciones Penitenciarias, bajo la coordinación de la Subdirección General Adjunta de Tratamiento y Gestión Penitenciaria.

En Octubre de 2006 fue entregado el informe final que aspiraba a dar respuesta a la demanda Institucional planteada, mediante el análisis de 379 cuestionarios cumplimentados por la población reclusa de forma anónima y voluntaria en el ámbito de los Centros Penitenciarios de la Comunidad de Madrid.

El informe final, que verá la luz en una próxima publicación para conocimiento e información de todos aquellos sectores sociales a quienes las Instituciones Penitenciarias les preocupa de una u otra manera, se articula en dos estudios diferenciados y complementarios: un estudio sociológico centrado en percibir la opinión de la población reclusa sobre el hecho de compartir celda y sus efectos aparejados;

seguido del estudio psicológico, que analiza los efectos derivados del uso compartido de celda mediante la evaluación de la ansiedad-estado.

En este artículo se hace un avance-resumen del citado informe.

INTRODUCCIÓN.

La investigación realizada sobre los efectos aparejados por el hecho de compartir celda en la población reclusa tiene su origen en la aceptación por parte de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de una recomendación efectuada por la Institución del Defensor del Pueblo.

Para ello y bajo la dirección de la Subdirección General Adjunta de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, se formó un equipo de trabajo formado por tres Sociólogos (Unidad de Apoyo y Central de Observación de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria) y dos Psicólogos (Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria) al objeto de realizar dos estudios: uno **sociológico** sobre la percepción que tienen los internos sobre el hecho de compartir celda y los efectos aparejados en la población reclusa de los Centros Penitenciarios de la Comunidad de Madrid; y otro **psicológico**, relacionado con el estado actual de ansiedad de los internos (STAI).

A tal fin se puso a disposición del equipo de trabajo, un proyecto de investigación sociológico elaborado en Junio de 2003 por el Servicio de Planificación y Seguimiento del entonces Gabinete Técnico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Dicho proyecto sirvió de referencia para la investigación "**Efectos aparejados por el hecho de compartir celda.**", de la que este resumen¹ forma parte.

1.- ANTECEDENTES.

La investigación estaba motivada por la existencia de un volumen importante de población reclusa que está obligada a compartir celda, como consecuencia de la sobreocupación de los Centros Penitenciarios en la actualidad.²

Este hecho dificulta, en opinión de la Institución del Defensor del Pueblo, que "el derecho a la intimidad de los reclusos durante su estancia en la celda encuentre una adecuada vía de expresión", siendo un "factor ansiógeno". Y ello porque "compartir lo escaso genera agresividad y en consecuencia esta conflictividad será mayor cuanto mayor sea el tiempo durante el que se haya de compartir celda".

A este respecto, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias consideraba que "Es muy posible que esta valoración sea cierta - el hecho de compartir el espacio de una celda genera ansiedad en quien debe soportar esta situación -, pero también es cierto y está comprobado en la realidad cotidiana de la vida en prisión, *aunque no existan estudios científicos* al respecto, que dicha ansiedad en muchos casos la genera, pre-

¹ Realizado en base a los antecedentes administrativos que daban lugar a la aceptación de la recomendación de la Institución del Defensor del Pueblo y que servían de soporte documental para la elaboración del proyecto.

² Proyecto de Investigación "Efectos aparejados por el hecho de compartir celda". Junio 2003.

cisamente la situación contraria, es decir la soledad. Son muchos los internos que voluntariamente solicitan poder compartir celda porque no quieren estar solos, debido a que esa soledad les genera cierta dosis de ansiedad".

La investigación a la que remite este artículo estaba motivada por la carencia de estudios científicos sobre los efectos aparejados por el hecho de compartir celda, intentando dar respuesta a la demanda planteada.

Se pretendía estudiar la percepción que de esta circunstancia tenían los internos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid y las consecuencias que pudieran venir aparejadas a la misma³, y responder a las siguientes preguntas:

¿Es un factor ansiógeno compartir celda?

¿La soledad, en prisión, genera ansiedad?

¿Compartir celda es un obstáculo al derecho a la intimidad?

Para ello se partió de la siguiente hipótesis de investigación:

"Compartir celda genera ansiedad en los internos, siendo más negativo que positivo para los mismos, se elevan los niveles de conflictividad, siendo estos mayores cuanto mayor sea el tiempo durante el que se haya de compartir celda".

2.- SOBRECUPACIÓN DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS.

La actual sobreocupación⁴ de los Centros Penitenciarios en el ámbito de la Comunidad de Madrid es percibida por un 85% de los internos.

Cuadro 1.- ¿Piensa usted que hay demasiada gente para el espacio de que dispone esta prisión?

Respuestas	Frecuencia	Porcentaje	% válido	% acumulado
Si	315	83.1	84.9	84.9
No	48	12.7	12.9	97.8
Ns/Nc	8	2.1	2.2	100.0
Total	371	97.9	100.0	
Perdidos Sistema	8	2.1		
Total	379	100.0		

Este hecho obliga a los internos a tener que compartir celda. Al preguntarles si en el momento de cumplimentar el cuestionario se encontraban en esta situación, respondían que 'sí' nueve de cada diez internos (86.6%). De ellos el 72.3%, es decir prácticamente tres de cada cuatro, lo hacía de forma obligada. Ocho de cada diez internos (80.8%), afirmaba haber compartido celda en algún otro periodo de internamiento.

³ Informe que se completó con un estudio psicológico sobre el estado actual de ansiedad de los internos en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

⁴ Referida a las fechas en que se realizó el estudio suponía que la población penitenciaria superaba en un 43 % la capacidad de ocupación óptima de los centros penitenciarios, que supondría una ocupación individual de todas las celdas de los diferentes centros penitenciarios.

Cuadro 2.- ¿Comparte celda a petición propia?

Respuestas	Frecuencia	Porcentaje	% válido	% acumulado
Si	85	26.4	27.1	27.1
No	227	70.5	72.3	99.4
Ns/Nc	2	.6	.6	100.0
Total	314	97.5	100.0	
Perdidos Sistema	8	2.5		
Total	322	100.0		

Entre los colectivos de personas que en mayor medida manifestaban compartir celda a petición propia nos encontramos con las mujeres, los más jóvenes (la media de edad es prácticamente de 34 años frente a una media de 37,5 años de los que no comparten celda a petición propia) los extranjeros y aquellos que tenían un bajo nivel educativo.

Es este el único caso en el que un grupo, el de los que 'nunca han ido a la escuela o tienen estudios primarios incompletos' prefiere estar acompañado en la celda (50.5%) a solo (49.5%). En cualquiera de los siguientes niveles superiores de estudio la gran mayoría prefiere estar solo: 55.2% (*EGB o equivalente*), 76% (*BUP, FP, o equivalente*) y 62% (*Titulados medios o superiores*).

Cuadro 3 Preferencia a estar solo o acompañado en la celda, según nivel educativo alcanzado. Porcentajes verticales. Casos válidos

Respuestas	Nunca ha ido a la escuela y primarios incompletos	EGB o equivalente	BUP, FP o equivalente	Titulados medios o superiores
Estar solo en la celda	49.5%	55.2%	76%	62%
Estar acompañado por quien sea o por un amigo o un colega	50.5%	44.8%	24%	38%
Total	100%	100%	100%	100%
	(91)	(105)	(96)	(63)
Total casos válidos:355.	Casos perdidos:24.		Total casos 379	

Los internos que compartían celda llevaban haciéndolo una media de 1,6 años, aunque conviene aclarar que este valor es más orientativo que significativo pues nos encontramos con una desviación típica lo suficientemente grande como para tomarlo con sumo cuidado.

Es decir, el tiempo que los internos llevan compartiendo celda tiene una amplitud que va desde aquellos que llevan 'menos de un año' (51.8%), situación mayoritaria, pasando por aquellos que llevan compartiéndola 'de uno a dos años' (17.9%), hasta llegar a aquellos que afirman llevar 'más de dos años' (30.4%).

Han solicitado celda individual alguna vez uno de cada tres internos que la comparten (30.6%), mientras que casi tres de cada cuatro internos (69.1%) no lo ha pedido nunca.

3.- LA INTIMIDAD EN PRISIÓN.

Otro paso en la investigación consistió en responder a las siguientes preguntas: ¿es la ausencia de intimidad un "factor ansiógeno"? y ¿tiene la intimidad una adecuada vía de expresión en la Institución Penitenciaria? Para ello, se elaboró una batería de afirmaciones sobre la intimidad respecto de la que los internos debían manifestar su grado de acuerdo.

El resultado, que se concreta en el cuadro 4 y referido a los casos válidos, agrupa en dos bloques 'Muy de acuerdo + bastante de acuerdo' y 'Muy en desacuerdo + bastante en desacuerdo' las respuestas de la población interna. De su lectura podemos concluir que determinadas consecuencias 'positivas' relacionadas con la intimidad y el hecho de compartir celda, como que:

- cuatro de cada diez creen que tener compañero de celda ayuda a combatir la desesperanza (40.2%), puede evitar las ideas suicidas (38.4%) y no disminuye la intimidad (38.6%).
- Uno de cada tres internos cree que poder compartir celda con un compañero reduce la frustración (33.3%).

Por el contrario, la intimidad se ve afectada negativamente por compartir celda (73.5% de los internos) que además creen que

- puede producir mayor sensación de ansiedad (52.2%), mayor conflictividad con compañero de celda (50.7%) y más agresividad en general (44.6%).

Con el ánimo de resumir los ocho puntos anteriores podemos indicar que la mayoría de la población reclusa considera que la intimidad se ve perjudicada por el hecho de compartir celda. Su falta puede producir, para uno de cada dos internos, mayor sensación de ansiedad, que tendría su reflejo en una mayor agresividad general y en una posible mayor conflictividad con el compañero de celda. Ello explica que la falta de intimidad sea algo más que una incomodidad grave para uno de cada tres internos, como observaremos con posterioridad.

Ello no obvia el hecho de que casi uno de cada dos internos considere que: tener un compañero de celda pueda combatir la desesperanza (40.2%), una buena relación con el compañero de celda no disminuya la intimidad dentro de la misma (39.1%) y que compartir celda con un compañero pueda evitar las ideas suicidas (38.4%).

De igual forma, para uno de cada tres internos poder compartir celda con un compañero reduce la frustración (30%), en uno de cada cuatro casos se considera que la falta de intimidad no produce mayor agresividad en general (26%), ni mayor conflictividad con el compañero (22.6%), ni mayor sensación de ansiedad (22.6%).

Cuadro 4.- Percepción de la intimidad.

Afirmaciones sobre la intimidad	Muy de acuerdo + Bastante de acuerdo	Muy en desacuerdo + bastante en desacuerdo
La intimidad se ve perjudicada por el hecho de compartir celda	41.1%	11.1%
Una buena relación con el compañero de celda no disminuye la intimidad dentro de la celda	39.1%	38.6%
La falta de intimidad produce mayor agresividad en general	44.6%	26.0%
Tener un compañero de celda puede combatir la desesperanza	40.2%	25.3%
La falta de intimidad al compartir celda puede producir mayor conflictividad con compañero de celda	50.7%	22.6%
Compartir celda con un compañero puede evitar las ideas suicidas	38.4%	30.0%
La falta de intimidad puede producir mayor sensación de ansiedad	52.2%	22.6%
Poder compartir celda con un compañero reduce la frustración	30.0%	33.3%

4.- PERCEPCION DE LA SOLEDAD

Para medir si los internos percibían la soledad como un factor 'ansiógeno' se generó una escala de valoración, de la que se dedujo que así es entendida para el 44.9% de los internos, que además es desagradable para un 54.7%, que favorece la depresión para un 49.8%, que produce resentimiento para un 41.9% y que aumenta la agresividad para un 32.9%.

Cuadro 5.- Percepción de la Soledad.

LA SOLEDAD	ESCALA DE VALORACIÓN DE LA SOLEDAD PORCENTAJES SOBRE CASOS VALIDOS											LA SOLEDAD
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	n	
Es desagradable	34.8	8.8	11.1	6.6	14.2	6.3	2.8	6.6	2.0	6.8	(351)	Agradable
Aumenta la agresividad	17.9	8.1	6.9	5.2	16.2	8.1	5.5	11.0	6.6	14.5	(346)	Disminuya
Favorece la depresión	27.3	10.1	12.4	6.0	10.1	4.3	4.6	6.9	4.6	13.8	(348)	No influye en la depresión
Produce resentimiento	23.1	11.6	7.2	4.3	13.9	4.3	7.5	6.4	5.8	15.9	(346)	No produce
Produce ansiedad	27.4	8.6	8.9	4.0	17.1	4.9	2.6	4.9	6.6	15.1	(350)	No produce

En resumen, la soledad produce ansiedad, es desagradable y favorece la depresión prácticamente para uno de cada dos internos. Para cuatro de cada diez, produce resentimiento y para uno de cada tres hace que aumente la agresividad.

5.- PERCEPCIÓN DEL HECHO DE COMPARTIR CELDA.

Los internos consideran que la intimidad se ve perjudicada por el hecho de compartir celda. Esta falta de intimidad, para uno de cada dos, puede producir mayor sensación de ansiedad, que se traduciría en una mayor agresividad general y conflictividad con el compañero de celda.

La falta de intimidad sería algo más que una incomodidad grave. Por otra parte, uno de cada dos internos entiende que la soledad produce ansiedad, es desagradable y favorece la depresión.

Podríamos decir que existen dos bloques de internos. Por un lado, aquellos que consideran que la falta de intimidad que les produce compartir celda les genera una mayor sensación de ansiedad, agresividad y conflictividad. Y por otro aquellos internos que entienden que la soledad les produce ansiedad, es desagradable y favorece la depresión.

Así, compartir celda puede llevar implícito aspectos positivos como que:

- Casi siete de cada diez internos perciban que un buen compañero de celda haga la estancia en prisión más cómoda (67.1%).
- Para cuatro de cada diez internos evite problemas de soledad (41.1%) y no suponga la aparición de pensamientos personales negativos (41.2%).
- Uno de cada tres entienden que pueda ayudar a que uno no se encuentre agresivo (29.7%) y a evitar la ansiedad (38.3%).

Sin embargo, compartir celda también supone ciertos aspectos negativos como que

- Uno de cada dos internos crea que implica una mayor dificultad para concentrarse (52.3%).
- Uno de cada tres perciba que genera un incremento de la inseguridad personal (33.2%), no crea que ayude a que uno no se encuentre agresivo (36.4%) y refleje una incomodidad grave (36.3%).
- Uno de cada cuatro internos valore que signifique un incremento de la sensación de peligro o amenaza (25.3%), la aparición de pensamientos personales negativos (24.9 %) y no considere que ayude a evitar la ansiedad (27.2%).

Cuadro 6.- Percepción del hecho de compartir celda

Compartir Celda...	Muy de acuerdo + bastante de acuerdo	Muy en desacuerdo + bastante en desacuerdo
evita problemas de soledad	41.1%	27.4%
genera un incremento de la inseguridad personal	33.2%	32.9%
un buen compañero hace la estancia en prisión más cómoda	67.1%	14.2%
genera un incremento de la sensación de peligro o amenaza	25.3%	37.5%
puede ayudar a que no te encuentres agresivo	29.7%	36.4%
genera la aparición de pensamientos personales negativos	24.9%	41.2%
ayuda a evitar la ansiedad	38.3%	27.2%
solo refleja una incomodidad grave	36.3%	35.4%
implica una mayor dificultad para concentrarme	52.3%	23.2%

6.- COMPARTIR CELDA A PETICIÓN PROPIA

Son más bien los extranjeros, las mujeres y los jóvenes quienes se encuentran más a favor de compartir celda.

Con el fin de observar si estar solos les generaba cierta dosis de ansiedad a aquellos internos que voluntariamente compartían celda (27.1% del total de internos), se consideró oportuno estudiar su opinión.

A la vista de los resultados se puede indicar que algo más de la mitad de ellos consideraba, efectivamente, que la soledad produce ansiedad (52.7%) y que compartir celda ayuda a evitarla (61.6%).

7.- CONVIVENCIA EN CELDA Y PRINCIPALES MOTIVOS DE DISCUSIÓN.

Cuando se les pregunta a los internos que comparten o han compartido celda, su opinión sobre la calidad de la convivencia en estos casos - concretamente sobre como son/han sido las relaciones que mantienen o han mantenido con sus compañeros de celda-, afirman que han sido Muy buenas o buenas un 46.2%, normales un 40.7% y tensas o muy tensas un 12.8%, es decir, poco más de uno de cada diez.

Cuadro 7.- (Si comparte o ha compartido celda). Podría decirme si las relaciones que mantiene con sus compañeros de celda han sido:

	Frecuencia	Porcentaje	% Válib	% Acumulado
Muy buenas	64	23.0	23.4	23.4
Buenas	62	22.3	22.7	46.2
Normales	111	39.9	40.7	86.8
Tensas	27	9.7	9.9	96.7
Muy tensas	8	2.9	2.9	99.6
Ns/Nc	1	.4	.4	100.0
Total	273	98.2	100.0	
Perdidos Sistema	5	1.8		
Total	278	100.0		

Por lo que respecta a las posibles causas de discusión que, a su vez, podrían generar una situación conflictiva con el compañero de celda (orden, limpieza, la programación de TV, la distribución del espacio, el tabaco y otras), las más frecuentes serían la limpieza (52.9%) y el orden (40.6%). A más distancia, el tabaco (29.9%), la distribución del espacio (27.3%), otras (23%) y la programación de TV (18.3%).

Sólo en el caso de los internos que no compartían celda en el momento del estudio, el 86.5% valoraban que problemas con la distribución del espacio de la celda podría dar como resultado una situación conflictiva con su compañero de internamiento.

Los factores con más peso desde una visión conflictiva de la convivencia serían la limpieza y el orden en la celda.

8.- SITUACIONES CONFLICTIVAS Y DURACIÓN DE LA CONVIVENCIA.

En el punto 2 se afirmaba que por término medio, el tiempo de estancia de los internos compartiendo celda era de 1,66 años. Vamos a analizar en este apartado, si existen diferencias significativas en las relaciones de convivencia de los internos según el tiempo medio de estancia compartiendo celda. Es decir, vamos a observar cómo son las relaciones de convivencia y cómo opinan los internos en relación con las cosas por las que la gente en general discute.

Para ello se desglosó la población que comparte o ha compartido celda en función del tiempo medio, agrupando a quienes decían hacerlo durante un tiempo medio inferior a los 1,66 años (61.3%) y aquellos internos que afirmaban hacerlo o haberlo hecho durante un tiempo superior a 1,66 años (38.7%).

De los datos obtenidos podemos concluir que no se dan diferencias significativas entre los dos grupos de población interna en cuanto a la percepción que tienen sobre sus relaciones con sus compañeros. Si se produjera un deterioro en la convivencia, éste habría que atribuírselo a otros factores ya que el tiempo de estancia no discrimina significativamente entre los dos grupos.

Cuadro 8.- Relaciones que mantienen o han mantenido con sus compañeros de celda aquellos internos que comparten o han compartido celda, según el tiempo que llevan compartiéndola.

	¿Cuanto tiempo lleva compartiéndola?: AÑOS		
	≤ 1.66	≥ 1.67	Total
Muy Buenas	23.7%	17.4%	21.3%
Buenas	22.3%	30.2%	25.3%
Normales	42.4%	43.0%	42.7%
Tensas	6.5%	9.3%	7.6%
Muy tensas	4.3%	.0%	2.7%
Ns/Nc	.7%	.0%	.4%
Total	100.0%	100.0%	100.0%
	(139)	(86)	(225)

Coefficiente de variación Eta: .024.- Chi-Cuadrado de Pearson: 7.204 (4 casillas tienen una frecuencia esperada inferior a 5). Sig: .206. Total casos 225.

Empero, ¿cómo se comportan ambos grupos en relación con determinados motivos por los que la gente en general discute? La situación conflictiva con los compañeros de celda por temas como el orden, la limpieza, la programación de TV, la distribución del espacio, el tabaco y otras, se produce en mayor medida en el grupo con un tiempo de permanencia medio compartiendo celda menor o igual a 1,67 años, que en el grupo con más tiempo medio compartiendo celda.

Por tanto⁵, podríamos afirmar que para los internos la convivencia no se deterio-

⁵ La muestra total es de 379 casos. De tal manera que cuando se producen selecciones de internos con determinadas especificidades, los casos sobre los que trabajamos son menores y por tanto el error de muestreo ya no sería del +- 5%, que es el especificado para el conjunto de la muestra sino que sería mayor. Por tanto inferir los datos de la selección realizada para el conjunto de los internos de la Comunidad de Madrid ha de tener presente siempre la ficha técnica de la muestra: (Nivel de confianza del 95.5%, P=Q, el error es de +- 5% para el conjunto de la muestra y en el supuesto de muestreo aleatorio simple. Procedimiento de muestreo: Monoetápico, estratificado por conglomerados con selección de los entrevistados de forma aleatoria y atendiendo a cuotas de sexo y nacionalidad. Los estratos se han formado por el cruce de Centros Penitenciarios con sexo y situación procesal-penal).

raría en función de la mayor duración del tiempo de convivencia. Las situaciones conflictivas aparecen en mayor medida con un tiempo de convivencia menor.

9.- PREFERENCIAS DE LOS INTERNOS.

Un paso más en la investigación consistió en tener una respuesta a la pregunta directa ¿Qué prefiere Vd., estar solo en la celda, acompañado por quién sea, o acompañado por un amigo o colega? La respuesta fue clara: seis de cada diez internos preferían estar solos frente a cuatro de cada diez que preferían estar acompañados. Mejor dicho, prefieren estar o bien solos o bien acompañados por un amigo o colega.

Cuadro 9.- ¿Qué prefiere usted...?

	Frecuencia	Porcentaje	% Válido	% Acumulado
Estar solo en la celda	219	57.8	59.5	59.5
Estar acompañado con quien sea	15	4.0	4.1	63.6
Estar acompañado por un amigo o colega	131	34.6	35.6	99.2
Ns/Nc	3	.8	.8	100.0
Total	368	97.1	100.0	
Perdidos Sistema	11	2.9		
Total	379	100.0		

Y ¿qué opinión tienen aquellos internos que comparten celda durante un tiempo determinado? Si bien el coeficiente de variación no es estadísticamente significativo, podemos afirmar que prefieren estar solos en la celda aquellos que la llevan compartiendo más de 1,67 años (66.4%).

Cuadro 10.- Preferencia de los internos por tiempo que llevan compartiendo celda

	¿Cuánto tiempo lleva compartiéndola?		Total
	≤ 1.66 años	≥ 1.67 años	
Estar solo en la celda	47.5%	66.4%	54.1%
Estar acompañado con quien sea	4.0%	5.6%	4.6%
Estar acompañado por un amigo o colega	47.5%	27.1%	40.3%
Ns/Nc	1.0%	.9%	1.0%
Total	100.0%	100.0%	100.0%

Coeficiente de variación Eta: .159.- Chi-cuadrado de Pearson: 12.101 (3 casillas tienen una frecuencia esperada inferior a 5). Sig: .007. Total casos: 305.

10.- CONVIVENCIA, MOTIVOS DE DISCUSIÓN Y PREFERENCIAS.

Con anterioridad hemos afirmado que la permanencia en el tiempo compartiendo celda no ofrece mucha claridad en relación con el deterioro de la convivencia. Por ello que optáramos por verificar si existía alguna significación en convivencia y motivos de discusión, en función de las preferencias de los internos.

Así, se seleccionó a los que preferían estar solos en la celda y a los que preferían estar acompañados por un amigo o colega. Una vez establecidos los dos grupos, se analizó la calidad de la relación con el compañero de celda, observándose diferencias significativas entre ambos grupos.

Se valoraban las relaciones que mantenían o habían mantenido con sus compañeros de celda como "tensas" o "muy tensas" por un 17.8% de quienes preferían estar solo en la celda. Porcentaje que bajaba hasta el 3.6% para quienes preferían estar acompañados por un amigo o colega.

Cuadro 11.- Valoración de las relaciones que mantiene o ha mantenido con sus compañeros de celda, según sus preferencias

	¿Que prefiere Vd.?		Total
	Estar solo en la celda	Estar acompañado por un amigo o colega	
Muy buenas	14.4%	36.1%	21.4%
Buenas	18.4%	32.5%	23.0%
Normales	49.4%	26.5%	42.0%
Tensas	14.4%	2.4%	10.5%
Muy tensas	3.4%	1.2%	2.7%
Ns/Nc	1.2%	.4%	1%
Total	100.0%	100.0%	100.0%

Coefficiente Phi: .370.- Chi-cuadrado de Pearson: 35.154 (4 casillas tienen una frecuencia esperada inferior a 5). Sig: .000. Casos válidos: 257.

Y en cuanto a la posibilidad de creación de una situación conflictiva con el compañero de celda por temas por los que generalmente se discute, se observan diferencias sustanciales en función de la preferencia de los internos de estar solo en la celda o estar acompañado por un amigo o colega.

De los internos que consideran que existe la posibilidad de crearse una situación conflictiva por el orden, el 72.5% prefiere estar solo en la celda. Porcentaje que sería del 77.1% en el caso de la limpieza, del 73.5% en el caso de la programación de televisión, del 87.7% por la distribución del espacio, del 80.5% por el tabaco y del 82.0% en otras situaciones.

Es decir que aquellos que prefieren estar acompañados por un amigo o colega, el porcentaje de los que entienden que existe la posibilidad de crearse una situación conflictiva por el orden disminuye hasta el 27.5%, hasta el 22.9% en el caso de la limpieza, al 26.5% por la programación de TV, al 12.3% por la distribución del espacio, al 19.5% en el caso del tabaco y al 18.0% por otras situaciones.

11.- PREFERENCIAS, ANSIEDAD, PELIGRO Y CONFLICTIVIDAD EN LOS INTERNOS QUE COMPARTEN CELDA.

Cuadro 12.- Percepción del hecho de compartir celda en relación con la ansiedad y conflictividad, por los internos que sí comparten celda, según su preferencia por estar solos o acompañados por un amigo o colega.

Compartir celda...	Internos que comparten celda y prefieren estar solos	Internos que comparten celda y prefieren estar acompañados por un amigo o colega
Le provoca una situación de agobio, angustia, ansiedad, stress, nerviosismo, tensión y malestar.	39,3%	10,8%
Falta de intimidad	17,6%	5,4%
Le ayuda a evitar la ansiedad. (Bastante + muy en desacuerdo)	41,6%	8,7%
Le genera un incremento de la sensación de peligro o amenaza.(Bastante + muy de acuerdo)	33,6%	13,4%
Podría suponer una situación conflictiva con su compañero por:		
Orden	37,1%	23,8%
La limpieza	50,6%	25,4%
La programación de TV	17,6%	10,3%
La distribución del espacio	28,8%	7,1%
El tabaco	31,8%	12,7%
Otras	21,8%	8,7%

En el cuadro 12 se detallan, según las preferencias de los internos, la percepción que tienen del hecho de compartir celda y su relación con la ansiedad y la conflictividad.

De su lectura podemos afirmar que compartir celda les provocaba una situación de agobio, angustia, ansiedad, stress, nerviosismo, tensión y malestar a un 39.3% que se encontraban en esta situación en el momento de realización de la entrevista y que a su vez preferían estar solos. Este porcentaje disminuye al 10.8% para quienes compartiéndola preferían estar acompañados por un amigo o colega.

Una situación similar se produce cuando se hace referencia a la falta de intimidad. Compartir celda les suponía una situación de falta de intimidad al 17.6% de los que haciéndolo les gustaría estar solos y al 5.4% de quienes en el mismo caso preferían estar acompañados por un amigo o colega.

Las diferencias entre ambos grupos son más acusadas cuando se les preguntaba por su grado de desacuerdo con la afirmación: "El compartir celda ayuda a evitar la ansiedad". Respondían que estaban en desacuerdo con la misma (bastante + muy en desacuerdo) el 41.6% de quienes haciéndolo querían estar solos, frente al 8.7% de quienes en la misma circunstancia preferían estar acompañados por un amigo o colega.

Situación similar a la anterior se observa cuando se les preguntaba si estaban de acuerdo con la afirmación: "Compartir celda genera un incremento de la sensación de peligro o amenaza". Estaban de acuerdo (bastante + muy de acuerdo) el 33.6% de los internos que compartían celda prefiriendo estar solos, frente al 13.4% de quienes estando compartiendo celda deseaban hacerlo con un amigo o colega.

La sensación de peligro o amenaza se da con más fuerza entre quienes llevan compartiendo la celda un tiempo igual o superior a 1,67 años y prefieren estar solos en la celda (46.2%), que entre aquellos que compartiendo celda y prefiriendo estar solos en la misma llevan un tiempo igual o menor a 1,66 años (25.8%).

Cuadro 13.- Grado de acuerdo con la afirmación “compartir celda genera un incremento de la sensación de peligro o amenaza”, según internos que sí comparten celda desglosados por su preferencia de estar solos o acompañados por un amigo o colega teniendo en cuenta el tiempo que llevan haciéndolo.

Compartir celda...	Internos que sí comparten celda en este momento y prefieren estar solo en la celda		Internos que sí comparten celda en este momento y prefieren estar acompañado por un amigo o colega.	
	≤ 1.66 años	≥ 1.67 años	≤ 1.66 años	≥ 1.67 años
Genera un incremento de la sensación de peligro o amenaza. (Bastante + muy de acuerdo)	25.8%	46.2%	14.1%	11.5%

Podríamos afirmar que si bien la duración del tiempo compartiendo celda tiene un efecto limitado en relación con el aumento de la ansiedad, de la sensación de peligro y de la conflictividad en los internos que comparten celda, este efecto es mayor en los que compartiendo celda prefieren estar solo o acompañado por un amigo o colega.

Tienen mayor sensación de ansiedad, peligro y conflictividad aquellos internos que prefieren estar solos frente a aquellos que quieren estar acompañados por un amigo. Y dentro de los que están solos, aquellos cuyo tiempo compartiendo celda es igual o mayor a 1,67 años.

12.- PREFERENCIAS, SOBREOCUPACIÓN, SOLEDAD Y AMISTAD.

Existen, pues, diferencias importantes entre aquellos internos que compartiendo celda prefieren estar solos y la de aquellos que prefieren estar acompañados por un amigo o colega. Ahora bien, ¿Cómo perciben ambos grupos la sobreocupación de los Centros Penitenciarios? ¿Y la soledad? ¿Y la amistad?

Una gran mayoría opina que hay demasiada gente para el espacio de que dispone la prisión (85.9%). Sin embargo, los que prefieren estar acompañados por un amigo o colega son los que en mayor medida consideran que no hay demasiada gente en este espacio (16.4%, frente al 12.1% general).

No hay grandes diferencias para los dos grupos de trabajo en relación con la soledad. Se podría indicar para el conjunto de los internos que un 13.8% siempre se siente solo, un 15% con frecuencia, un 41.8% algunas veces, un 13.3% raras veces y un 15.3% nunca.

En relación con la amistad, sí se observan diferencias significativas entre ambos grupos. Opinan que compartir celda no favorece la amistad un 59.9% de quienes prefieren estar solo en la celda y un 12.0% de quienes prefieren estar acompañado por un amigo o colega.

Igualmente se producen diferencias significativas en sus respuestas a las situaciones que les provoca el hecho de compartir celda. Así, quienes prefieren estar solos experimentan una sensación de agobio y angustia en un 20% de los casos (2.1% en quienes prefieren estar acompañados), ansiedad, stress, nerviosismo y tensión el 21.7% (4.2% en quienes prefieren estar acompañados), falta de intimidad el 20% (5.2% en quienes prefieren estar acompañados) e incomodidad el 14.4%, frente a un 2.1% para quienes prefieren estar acompañados por un amigo o colega.

Por el contrario, compartir celda genera alegría y bienestar al 30.2% de quienes prefieren estar acompañados por un amigo o colega frente al 3.3% de quienes prefieren estar solo en la celda, así como amistad y compañerismo al 34.4% de quienes prefieren estar acompañados por un amigo o colega frente al 2.8% de quienes prefieren estar solos.

13.- PREFERENCIAS Y VALORACIÓN DE LOS SERVICIOS PENITENCIARIOS: LA CELDA Y OTROS.

Al objeto de obtener una valoración de la celda en cuanto espacio físico, lugar donde los internos han de pasar muchas horas de su vida diaria compartiéndola con otros internos, se elaboraron en el cuestionario dos preguntas. La primera incidía en la consideración del mobiliario y su adecuación para compartir celda, mientras que en la segunda se valoraría en una puntuación de con valor mínimo "0" y valor máximo "10" junto a otros servicios de la prisión.

De los resultados obtenidos, podemos indicar que el mobiliario actual de la celda que ocupa el interno no es adecuado para compartirla en opinión del 86.2% de quienes prefieren estar solos en la celda, del 68.5% de quienes prefieren estar acompañados por un amigo o colega.

En cuanto a la valoración que de los servicios penitenciarios dan los internos que prefieren estar solos y acompañados por un amigo respectivamente, las conclusiones de la lectura de ambos cuadros son las siguientes:

- Las puntuaciones de los internos que prefieren estar solos en la celda son inferiores a las de aquellos que prefieren estar acompañados por un amigo o colega.
- Para los primeros, aprobarían (puntuación media igual o superior al cinco) la escuela (5.972) y la biblioteca (5.279); y suspendería el resto. La puntuación media de la celda (3.681) es inferior a la de las instalaciones deportivas; enfermería; talleres; y la lavandería.
- Para los segundos, darían un aprobado a la escuela (6.962); las instalaciones deportivas (6.113); la biblioteca (5.948); la enfermería (5.517) y la celda (5.016).

Dada la sistemática respuesta del grupo que prefiere compartir celda, al realizar una valoración más positiva de los servicios penitenciarios que la del grupo que no quiere compartirla, nos hace sospechar de la existencia de una variable oculta que da respuesta a ambos grupos. Es probable que esta variable sea un mayor nivel de exigencia personal del grupo que no quiere compartir celda y cuyas características vendrían definidas por su propio perfil, como se puede observar en los apartados 14 y 15 referidos a los rasgos diferenciadores de ambos colectivos.

14.- PERFIL DEL INTERNO QUE COMPARTE CELDA Y PREFIERE ESTAR SOLO.

- Es varón.
- Dos de cada tres internos son españoles.
- Dos de cada tres tiene o ha tenido relación estable.
- Tres de cada cuatro residen en Madrid.
- Cuatro de cada cinco tiene estudios igual o superiores a la EGB.
- El 85% tuvo el último mes que trabajó unos ingresos netos iguales o superiores a los 600 euros (100.000 pts).
- Tres de cada cuatro internos son penados y están clasificados en segundo grado de tratamiento penitenciario.
- Seis de cada diez internos afirmaban que era su primer ingreso en prisión.
- Siete de cada diez estaban en prisión bien por delito contra la salud pública o por delito de robo.
- Por sectores profesionales son más frecuentes: construcción, comercio, hostelería y venta ambulante.
- Ocho de cada diez vivía con su familia.
- Siete de cada diez tenían experiencia de compartir dormitorio con otra persona.
- Prácticamente, nueve de cada diez opinaba que las relaciones con las personas con las que convivían en la familia eran buenas o muy buenas.
- La edad media es de 37 años.
- El tiempo medio que lleva en prisión desde su último ingreso era de 3 años.

15.- PERFIL DEL INTERNO QUE COMPARTE CELDA Y PREFIERE ESTAR ACOMPAÑADO DE UN AMIGO.

Entre paréntesis señalamos aquellas características diferenciadoras de los dos grupos de internos

- Es varón
- De cada cuatro internos, dos son extranjeros (se da aquí una mayor presencia de extranjeros)
- Seis de cada diez tiene o ha tenido relación estable (menor presencia de relaciones estables)
- Tres de cada cuatro residen en Madrid.
- Cuatro de cada cinco tiene estudios igual o superiores a la EGB.

- El 75.7% tuvo el último mes que trabajó unos ingresos netos iguales o superiores a los 600 euros (100.000 pts). (menor nivel de ingresos en este caso)
- Uno de cada dos internos es penado y está clasificado en segundo grado de tratamiento penitenciario (menor número de internos penados).
- Siete de cada diez internos afirmaban que era su primer ingreso en prisión (mayor presencia de internos 'primarios')
- Siete de cada diez estaban en prisión bien por delito contra la salud pública o por delito de robo.
- Por sectores profesionales son más frecuentes: construcción, hostelería y electricidad-electrónica-mecánica.
- Ocho de cada diez vivía con su familia.
- Siete de cada diez tenían experiencia de compartir dormitorio con otra persona.
- Prácticamente, nueve de cada diez opinaba que las relaciones con las personas con las que convivían en la familia eran buenas o muy buenas.
- La edad media es de 33 años (menor edad en estos internos)
- El tiempo medio que lleva en prisión desde su último ingreso es 1,9 años. (menor tiempo en prisión)

El cuadro 14 refleja los rasgos diferenciadores de los perfiles de ambos grupos expuestos con anterioridad. Esa dimensión oculta que conformaría un mayor nivel de exigencia personal del grupo que no quiere compartir celda estaría definida por la nacionalidad, menor presencia de relaciones previas estables, los ingresos, la situación procesal-penal, la edad y el tiempo medio que lleva el interno en prisión desde su último ingreso.

Cuadro 14.- Rasgos diferenciadores de perfiles

Internos que comparten celda y prefieren estar solos	Internos que comparten celda y prefieren estar acompañados de un amigo
De cada tres internos dos son españoles. Dos de cada tres tiene o ha tenido relación estable. El 85% tuvo el último mes que trabajó unos ingresos netos igual o superiores a los 600 euros. Tres de cada cuatro internos son penados. La media de edad es de 37 años. El tiempo medio que lleva en prisión desde su último ingreso es 3 años.	De cada tres internos dos son extranjeros. Seis de cada diez tiene o ha tenido relación estable. El 75,7% tuvo el último mes que trabajó unos ingresos netos igual o superiores a los 600 euros. Uno de cada dos es penado. La media de edad es de 33 años. El tiempo medio que lleva en prisión desde su último ingreso es 1,9 años.

16.- CONCLUSIÓN.-

Compartir celda forma parte de la experiencia cotidiana de los internos durante la privación de libertad. Esta experiencia, en algunos casos es duradera en el tiempo. Este es pues el punto de partida para relatar los resultados de esta investigación sobre los efectos aparejados por el hecho de compartir celda, en la población reclusa de los Centros Penitenciarios de la Comunidad de Madrid.

Los internos, con base en esta experiencia, consideran que la intimidad se ve perjudicada por el hecho de compartir celda. Esta falta de intimidad, para uno de cada dos internos, produce mayor sensación de ansiedad. Ello se traduciría en una mayor agresividad general y conflictividad con el compañero de celda. Por ello, la falta de intimidad sería algo más que una incomodidad grave.

A su vez, la mitad de los internos entiende que la soledad produce ansiedad, es desagradable y favorece la depresión. Cuatro de cada diez entienden que produce resentimiento y uno de cada tres hace que aumente la agresividad. La soledad sería, pues, un factor ansiógeno y ello es congruente con el hecho de que uno de cada cuatro internos de los que comparten celda en los Centros Penitenciarios de la Comunidad de Madrid, afirme compartirla a petición propia. De ellos la mitad considera que la soledad produce ansiedad, y una mayoría entiende que compartir celda ayuda a evitar la soledad.

Nos encontramos, pues, ante dos grupos de internos bien diferenciados aunque sea mayoritario el de quienes consideran que la falta de intimidad genera una mayor sensación de ansiedad, agresividad y conflictividad. Siendo el otro el de aquellos que entienden que la soledad les produce ansiedad, es desagradable y favorece la depresión.

Las relaciones de convivencia con el compañero de celda no se ven afectadas negativamente por su prolongación en el tiempo. Al contrario, podrían aparecer, en mayor medida a corto plazo.

Los factores de conflictividad con más peso, de los propuestos en el cuestionario, serían la limpieza y el orden en la celda. Los problemas de espacio solo lo son para un 25% de los internos.

El 60% de los internos prefieren estar solos. Sin embargo, como decíamos con anterioridad, el porcentaje de quienes prefieren estar acompañados por un amigo o colega, el 40%, es si bien menor, también muy importante.

Estas preferencias son básicas para entender las diferencias sustanciales que se dan en los internos en relación con la posibilidad de que se cree una situación conflictiva con el compañero de celda por temas por los que generalmente se discute.

Ello se traduce en la afirmación de que si bien la duración del tiempo compartiendo celda tiene un efecto limitado en relación con la ansiedad, el peligro y la conflictividad en los internos que comparten celda, este es mayor según la preferencia del interno que compartiendo celda prefiere estar solo o acompañado por un amigo o colega.

Se deduce, pues, que tienen mayor sensación de ansiedad, peligro y conflictividad aquellos internos que prefieren estar solos frente a aquellos que quieren estar

acompañados por un amigo. Y dentro de grupo de internos que prefieren estar solos, aquellos cuyo tiempo compartiendo celda es igual o mayor a 1,67 años.

Las diferencias entre ambos grupos de internos se observan también cuando seis de cada diez internos de quienes prefieren estar solos opinan que compartir celda no favorece la amistad, frente a uno de cada diez de quienes prefieren estar solos. Por el contrario, compartir celda les genera mayor sensación de bienestar a quienes prefieren estar acompañados por un amigo o colega que a quienes prefieren estar solos.

La celda, en cuanto espacio físico para compartir celda no es valorada positivamente. Ello se concreta en su mobiliario, que no es el adecuado prácticamente para nueve de cada diez internos de quienes prefieren estar solos, bajando a siete internos de cada diez, para quienes prefieren estar acompañados por un amigo o colega.

Por otra parte, las puntuaciones que dan los internos que prefieren estar solos en la celda a determinadas infraestructuras y servicios penitenciarios, incluida la celda, son inferiores a las de los internos que prefieren estar acompañados por un amigo o colega.

Finalmente indicar que en el perfil de internos que compartiendo celda prefieren estar solos hay más proporción de españoles, de penados, de quienes tienen más edad y de aquellos internos en el que el tiempo medio de estancia en prisión desde el último ingreso es mayor.

17.- CONSIDERACIONES FINALES.-

Con la finalidad de dar una aplicación práctica al estudio realizado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: "Estudios Sociológico y Psicológico sobre los: **Efectos aparejados por el hecho de compartir celda**", realizado en el ámbito de la Comunidad de Madrid, se han elaborado unas consideraciones cuya aplicación tiene como objetivo mejorar la convivencia de los internos que comparten celda.

La sobreocupación de internos que presentan nuestros Centros Penitenciarios es una realidad que no ha hecho más que acentuarse año tras año. Por lo que podemos suponer que esta situación no va a verse alterada en un futuro inmediato, aunque pueda mejorarse a medio plazo por el Plan de Infraestructuras Penitenciarias. Dado que actualmente nuestros centros mantienen una sobreocupación en torno al 143% de su capacidad y teniendo en cuenta el elevado número de horas en las que el interno se encuentra en la celda (alrededor de 15 horas al día), parece aconsejable a la vista del estudio hacer un esfuerzo de aplicación práctica que intente disminuir las disfunciones originadas en los internos cuya vivencia del hecho de compartir celda sea negativa y al mismo tiempo tratar de optimizar las posibilidades de compartir celda de los que desean hacerlo.

Partiendo pues del hecho que acabamos de señalar por el que inevitablemente un porcentaje considerable de internos se ve obligado a compartir celda, se hace necesario establecer algún tipo de perfil que nos sirva para identificar a aquellos a quienes el hecho de compartirla les produce una menor conflictividad, de aquellos a quienes les produce una mayor conflictividad.

Del estudio citado, ya tratado anteriormente en páginas anteriores, podemos observar la existencia de dos grandes grupos: en primer lugar el de aquellos que explícitamente no desean compartir celda (aproximadamente un 60%). *Son internos que consideran perjudicada su intimidad por el hecho de compartir la celda y para los que este hecho les genera agresividad, conflictividad y viven esta situación con sensación de amenaza y bajo nivel de tolerancia en temas de limpieza y orden. En general, mantienen un superior nivel de exigencia respecto de las prestaciones de la Administración que en el caso del grupo que quiere compartir celda.*

En segundo lugar, el grupo que prefiere estar acompañado en la celda (aproximadamente un 40%). *Estos tienen una vivencia muy distinta al anterior, ya que sus relaciones con sus compañeros de celda son mayoritariamente satisfactorias. Experimentando sensaciones como amenaza, peligro, conflicto frente al orden y limpieza, y otras como angustia y agobio, en una medida muy inferior a los que quieren estar solos en la celda. En este grupo también se detecta una actitud más positiva a las prestaciones proporcionadas por la administración que en el que no desea compartir celda.*

A continuación, vamos a recordar las características principales de ambos colectivos. Respecto de los internos que prefieren estar solos en la celda, podemos destacar que se trata de internos mayoritariamente españoles, con una edad superior a la media de la muestra, que han mantenido relaciones estables en mayor porcentaje, con unos niveles de estudios ligeramente superiores al otro grupo y finalmente, su tiempo medio de permanencia en prisión es de tres años, por tanto mas tiempo de estancia que el otro grupo.

Si atendemos ahora al grupo que quiere estar acompañado, observamos que el 50% son extranjeros, con una edad muy inferior a la media de la muestra (se trata por tanto de internos jóvenes), solteros, y que respecto al nivel educativo nunca han ido a la escuela o tienen estudios primarios incompletos. En este grupo la permanencia media en prisión es algo inferior.

Centrándonos ahora en medidas más concretas que puedan ayudar a evitar los posibles conflictos que genera el hecho de compartir celda, hay que señalar en primer lugar, la necesidad de detectar en cual de los dos grupos de internos son susceptibles de clasificarse los nuevos internos que accedan al Establecimiento. En segundo lugar, se procurará, en la medida que ello sea posible, facilitar a la hora de compartir celda que sean los internos que pertenecen al grupo de los que prefieren estar acompañados de un amigo o colega, los que en primer lugar lo hagan. Y consecuentemente, seleccionar secundariamente al grupo de internos que se muestra más reacio al hecho de compartir celda. Todo ello procurando evitar la aparición de expectativas en estos internos que sean incompatibles con el funcionamiento del Centro.

Otro tipo de medidas que podrían adoptarse, tienen que ver con los problemas de convivencia que en el estudio "Efectos aparejados por el hecho de compartir celda" se han detectado. En primer lugar y partiendo siempre del hecho de la inevitabilidad de que un importante número de internos se vea obligado a compartir su celda, podemos centrarnos en aquellos temas, de los propuestos en el estudio que venimos comentando, que de forma persistente provoca motivos de discusión entre los internos. Así tenemos que la limpieza y el orden en la celda son dos de los motivos que mas claramente provocan conflicto. Entendemos que la solución a estos problemas

viene dada por reducir los umbrales de incertidumbre normativa sobre como debe procederse en estos temas. Debiendo por tanto las instancias correspondientes elaborar las normas de régimen interior que sean necesarias para esclarecer de forma precisa las obligaciones que en limpieza y orden en las celdas afecta a los internos que la comparten, de forma que los mínimos exigibles en temas de limpieza y orden sean aceptados legítimamente por todos.

En segundo lugar y centrándonos en el grupo de internos que tiene una vivencia negativa del hecho de compartir celda, nos parece importante tratar de modificar estos sentimientos que experimenta cuando esta circunstancia se da. Así, sería muy importante poder modificar valores como las sensaciones de peligro o amenaza o las de angustia y agobio. Éstas, necesariamente facilitan la aparición de conflicto entre los internos. Por ello, deberían planificarse actividades tales como talleres y charlas en las que especialistas en dinámicas grupales propicien los cambios actitudinales que permitan fomentar las relaciones interpersonales que favorezcan la convivencia en la celda.

Finalmente, habría que mejorar el mobiliario con el que los internos cuentan en la celda para su convivencia diaria. Teniendo en cuenta por una parte, el elevado número de horas que los internos se ven obligados a pasar en la celda, y por otra, la muy baja calificación que, en el estudio que venimos comentando, dan al mobiliario de la misma: el 79.6% considera que el mobiliario de la celda no es el adecuado para compartirla.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZOFRA, M^a. J. (2000). *Cuestionarios*. Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas. Cuadernos Metodológicos. N^o 26.
- BERGER, P y LUCKMANN, T (1979). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires. Amorrortu editores.
- C.I.S. Centro de Investigaciones Sociológicas. (2002). *Relaciones Personales*. Datos de opinión. N^o 29. www.cis.es
- D.G.I.P. (Dirección General de Instituciones Penitenciarias).
 - *Estadística de población reclusa por grados de tratamiento y sexo*. Gabinete Técnico. Servicio de Planificación y Seguimiento. 23-05-2003.
 - *Estadística general de población penitenciaria. febrero de 2003*. Gabinete Técnico. Servicio de Planificación y Seguimiento. Febrero de 2003.
- DIAZ, R., OLIVEROS, G. Y OTROS. *Soledad. Una monografía sobre la soledad para psicología social*. (internet).
- GOFFMAN, E. (1987). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires. Amorrortu-Murgía

- MINISTERIO DEL INTERIOR (1996).- *Legislación Penitenciaria*. Madrid. Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias.
- MIGUEL-TOBAL, J.J. (1996). *La ansiedad*. Madrid. Aguilar.
- MUCHINIK, E. Y SEIDMANN. *Aislamiento y soledad*. (Resumen realizado por RedPsicología. [Http:\galeon.hispavista.com](http://galeon.hispavista.com))
- PONS, I. (1993). Programación de la investigación social. Madrid. C.I.S. Cuadernos Metodológicos Nº 8.
- RODRIGUEZ OSUNA, J. (1991). *Métodos de muestreo*. Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas. Cuadernos Metodológicos Nº 1.
- RUBIO, R. Y ALEIXANDRE, M. (2001). “Un estudio sobre la soledad en las personas mayores: entre el estar solo y el sentirse solo” en *Rev Mult Gerontol*.
- SAMBOLA i CABRER (2000). Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios. www.juridicas.com
- SIERRA BRAVO, R. (1985). *Técnicas de investigación social. Teoría y Ejercicios*. Madrid. Paraninfo.
- VALVERDE MOLINA, J. (1991). *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*. Madrid. Editorial Popular.

Eugenio Arribas López

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

Aproximación a un "derecho penitenciario del enemigo"

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN

2.- CONTEXTO

2.1. Síntesis sobre las teorías penales.

2.2. La finalidad primordial de la pena de prisión en el ordenamiento jurídico español.

2.3. Algunas ideas básicas relativas al sistema de cumplimiento de la pena privativa de libertad en el Derecho español

3.- NOTAS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

3.1. Aproximación.

3.2. Perspectiva crítica.

3.3. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho positivo.

4.- LAS NORMAS REPRESENTATIVAS DE UN "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO".

4.1. Los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión.

4.2. El régimen específico para condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

5.- SOBRE LA SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE CUMPLIMIENTO COMO CONCRECIÓN POSITIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENITENCIARIO.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE: Constitución Española de 1.978
- CP: Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, de Código Penal.
- CP de 1.973: Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1.971, de 15 de noviembre.
- LL: Diario La Ley
- LO 7/2003: Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas
- LOGP: Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- LP: La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.
- RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
- REIC: Revista Española de Investigación Criminológica.
- RGDP: Revista General de Derecho Penal, iustel.com.
- RP: Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1.996, de 9 de febrero.
- RPJ: Revista del Poder Judicial.
- S: Sentencia.
- TC: Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

Por la enorme sensibilidad social y jurídica que generan, creo que no cabe duda alguna sobre la circunstancia de que los hechos delictivos que están vinculados de alguna manera a lo que conocemos como "terrorismo", centran en alguna medida el debate político y en grado no desdeñable el académico en el ámbito del Derecho Penal, ya que esta disciplina ha sido situada políticamente, de forma real o simbólica y en solitario, como vanguardia de la lucha frente a fenómenos generadores de inseguridad para la población, uno de los cuales, qué duda cabe, lo constituye la violencia terrorista. En palabras de GONZÁLEZ CUSSAC, hoy, "ante las nuevas amenazas, en particular el terrorismo, se espera mucho del Derecho Penal"¹. Y el problema no es que se espere mucho, sino que se espera *sólo* del Derecho Penal, toda vez que únicamente en él se "invierte", dejando de lado políticas educativas y sociales orientadas a combatir el analfabetismo, la miseria, la desigualdad que podrían contribuir decididamente a enfrentar muchas de las causas de esas amenazas².

La tipología delictiva que conocemos como terrorismo es una de las manifestaciones de lo que podemos considerar como criminalidad violenta porque, justamente, mediante el uso de la violencia, a través de una serie de actos violentos, se persigue la finalidad de alterar gravemente la paz pública, subvertir el orden constitucional y alterar los mecanismos democráticos. Es esencial, pues, en la definición de los delitos de terrorismo la comisión de actos de violencia, que por sí mismos constituyen delitos comunes, para alcanzar esos objetivos³. Los delitos de terrorismo se encuentran tipificados en la Sección 2ª ("Delitos de terrorismo") del Capítulo 5º ("De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo") del Título XXII ("Delitos contra el orden público") del Libro II del CP. En nuestra jurisprudencia, desde la STC 199/1987, tales manifestaciones delictivas se vienen definiendo como "alteración grave de la paz pública", mediante el empleo de medios destructivos idóneos para atemorizar a la población "con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social"⁴.

Desde el punto de vista del Derecho, las formas de lucha contra la delincuencia en general vienen implicando modificaciones del derecho positivo en diferentes órdenes jurídicos que buscan *seguridad* frente a distintas manifestaciones delictivas; entre ellas y en destacadísimo lugar está, como digo, el fenómeno terrorista. Así, las reformas se han venido y se vienen produciendo en tres ámbitos normativos distintos, a saber: en el del derecho penal material, en el derecho procesal-penal y en el denominado derecho penal de ejecución. En el ordenamiento jurídico español, algunas de

¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "El Derecho Penal frente al terrorismo", *RGDP*, n° 4, noviembre de 2.005, pág. 31.

² *Ibid.*, pág. 6.

³ *Ibid.*, págs. 11 y ss.

⁴ *Ibid.*, pág. 11.

estas modificaciones, quizá las más trascendentes, se han materializado en tiempos recientes precisamente en el derecho penal de ejecución, intitulado, por lo que atañe a las penas privativas de libertad, como Derecho Penitenciario.

A pesar de la reconocida autonomía del Penitenciario como disciplina jurídica y por su histórica vinculación al Derecho Penal, su independencia de éste en algunos e importantes aspectos relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad, al menos a nivel de derecho positivo, ha sido más aparente que real. Este déficit autonómico, a mi modo de ver, se exacerbó con la entrada en vigor de la LO 7/2.003 porque, aún habiendo reformado ésta también la LOGP, *los cambios más esenciales relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad han sido operados por las modificaciones llevadas a cabo en el CP.*

Decía que el enfrentamiento del fenómeno terrorista ha implicado modificaciones normativas; bien, pues sucede que, además de haber hecho más cuestionable la independencia normativa del Derecho Penitenciario, a la LO 7/2.003 se le puede atribuir el dudoso honor de haber incorporado al Derecho Penal de ejecución unas modificaciones en el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad en las que como veremos, no sin razón, parte de la doctrina ha vislumbrado concreciones normativas, precursoras si se quiere, pero demostrativas de una primera recepción de lo que se vienen denominando en la discusión doctrinal como "Derecho Penal del enemigo"⁵.

Conforme a lo acabado de decir, en un escenario de completa y perfecta autonomía a nivel de derecho positivo del Derecho Penitenciario y habida cuenta que me estoy refiriendo sólo a las reformas que afectan a *la ejecución de la pena privativa de libertad*, deberíamos estar hablando de la aproximación positiva, material, a un Derecho Penitenciario del enemigo y no a la de un Derecho Penal así calificado.

Sintetizando lo dicho hasta ahora, el legislador viene enfrentado esa manifestación de la criminalidad violenta que es el fenómeno terrorista con un conjunto de cambios en el derecho positivo "adscrito" a distintas ramas jurídicas. Algunos de los materializados han provocado que la legislación penal y penitenciaria, según el sentir de parte de la doctrina, haya sido infiltrada por determinados postulados teóricos del denominado Derecho Penal del enemigo. Si el Derecho Penitenciario fuese normativamente autónomo a nivel del derecho positivo, estos cambios se deberían haber producido en los textos normativos que específicamente disciplinan la ejecución de la pena de prisión; no ha sido así, ya que se han modificado éstos, si, pero los cambios más fundamentales han tenido lugar en el CP.

Bien estemos hablando, a nivel de concreción práctica, de *Derecho Penal del enemigo en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad* o, más propiamente, de

⁵ Vid., entre otros, GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo", RECPC, 07-02, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-43; FARALDO CABANA, P., "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas" en Faraldo (Dir.) y Brandariz/Puente (Coords.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, págs. 310 y ss.; CANCIO MELIÁ, M., "De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?" en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2006, págs. 85-152; TÉLLEZ AGUILERA, A., "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia" en *La Ley*, nº 5837, 2.003, págs. 1 y ss.

Derecho Penitenciario del enemigo si fuese tan positivamente independiente del Penal como debiera, de lo que va a tratar este trabajo es de comprobar si, realmente, con las últimas reformas legislativas -o con una parte de éstas- llevadas a cabo en el *sistema de ejecución de la pena de prisión* puede hablarse realmente de la recepción práctica de alguno de los basamentos teóricos del planteamiento doctrinal conocido en el debate académico como "Derecho Penal del enemigo", intentando, a la vez, acotar el perímetro normativo en el que esa incrustación se pueda localizar para proponer, a la postre, su extirpación. Antes de llegar a estos puntos y para centrarnos, considero imprescindibles dos cosas. *Primera*, examinar someramente el sistema de cumplimiento de la pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico español señalando en qué lugar está situado dentro del conjunto de las teorías sobre la finalidad de la pena, para lo cual, de manera obvia, es previamente necesario esquematizarlas; sólo con esta exploración preliminar estaremos luego en condiciones de observar si es posible localizar una incipiente manifestación normativa que se pueda adscribir al "Derecho Penal del enemigo". *Segunda*, intentar definir o, siquiera, ubicar lo que se viene conociendo como tal en la discusión doctrinal para saber más o menos donde nos estamos moviendo, esto es, para conocer cuales son las notas características del posicionamiento conceptual cuya "marca de fábrica", descriptiva o justificadora, se pueda llegar a advertir en las normas jurídicas que regulan la ejecución de la pena de prisión.

2. CONTEXTO

2.1. Síntesis sobre las teorías penales

En cualquier epítome sobre la finalidad de las penas, centrado fundamentalmente en lo que respecta a la privativa de libertad, se debe hacer una referencia a la clásica (y básica) distinción entre Teorías absolutas, relativas y mixtas.

Las Teorías absolutas hunden sus raíces en la filosofía del idealismo alemán. Para este posicionamiento teórico la pena no debe surtir ningún efecto ni alcanzar objetivo alguno; antes al contrario, debe ser considerada como una finalidad en si misma. Con su ejecución se trata de operar una mera *retribución* del delito cometido; su imposición se *justifica* válidamente por la infracción en que se ha incurrido, compensa el mal causado por ésta y reestablece así el equilibrio roto con su perpetración. En definitiva, en la formulación clásica, se castiga *porque* se ha cometido un delito (*quia peccatum est*).

Si las Teorías absolutas miraban al pasado, las relativas lo hacen al futuro en tanto que lo que se sostiene es que la pena debe servir para que no se cometan más delitos; *su justificación*, pues, es la prevención de nuevas infracciones. En definitiva, se castiga para que no se cometan delitos (*sed ne peccetur*). Dependiendo de si esa orientación preventiva va dirigida a toda la comunidad o al individuo que ha cometido el delito, se distingue entre *prevención general* y *prevención especial*. Dentro de la primera, se habla de prevención general *negativa* porque las normas jurídico-penales anuncian la imposición de una pena, de un mal, al que cometa un delito, buscando de esta manera un efecto intimidante para que todos los miembros de la colectividad inhiban una eventual propensión criminal y se habla de prevención general *positiva* en tanto con la previsión, imposición y ejecución de la pena se reafirma, desde la perspectiva comunitaria, la vigencia del ordenamiento jurídico, de tal forma que se

produce una suerte de revalidación de la esencialidad de los bienes jurídicos que el Derecho Penal trata de preservar. En este ámbito de la prevención general positiva es conveniente ahora tener en cuenta, porque después será importante a la hora de dibujar las líneas maestras en las que se mueve el Derecho penal del enemigo en el campo de la finalidad penal, que lo que se produce es un proceso de comunicación, una relación dialéctica: el hecho delictivo y la coacción penal son medios de interacción simbólica, en tanto, con respecto a sus significados, el primero *significa una desautorización de la norma*, un ataque a su vigencia, mientras que la pena *significa que la afirmación del autor es irrelevante*, que la norma sigue vigente y que la configuración social actual permanece⁶.

En el ámbito de la prevención especial de lo que se trata, en cambio, es de actuar individual y específicamente sobre el culpable para que no cometa más delitos en el futuro y este propósito se puede tratar de alcanzar mediante tres mecanismos diferentes, a saber: intimidación, aseguramiento y corrección. Con respecto a la primera, en efecto, puede pretenderse que la imposición y ejecución de la pena, su actualización sobre el culpable, ejerza la influencia intimidante que su mero anuncio, por vía de la prevención general negativa, no ha conseguido. Por lo que se refiere al aseguramiento o inocuización del infractor y tratándose de la pena privativa de libertad, a través de su confinamiento en un Establecimiento Penitenciario se pretende que no tenga posibilidades de volver a cometer otro delito y, finalmente, mediante su corrección se trataría de conseguir que, en el futuro, no hiciese falta intimidarle y/o encerrarle para evitar la comisión de nuevas infracciones penales, sino que fuese capaz de respetar, por propio convencimiento, los bienes jurídicos fundamentales que las normas penales tienen como misión proteger.

Las teorías mixtas o de la unión arrancan de las críticas realizadas a las absolutas y mixtas, tratando de buscar un eclecticismo integrador. Dentro de aquéllas es particularmente interesante la denominada Teoría unificadora dialéctica que parte de asignar diferentes finalidades a la pena en función del estadio del ciclo penal en que nos encontremos⁷. Así, en lo que podemos considerar como su primera fase -el anuncio, a través de las normas jurídico-penales, de imposición de una pena al que cometa un delito, en una secuencia de acción/reacción- es predominante lo que hemos denominado como *prevención general*; después, al final del proceso penal, llegada la hora de imposición de la pena, son preponderantes los *módulos retributivos* -siempre que se descargue tal expresión de adherencias vindicativas- si lo que al fin y a la postre se pretende es buscar una imprescindible proporcionalidad entre la infracción y la reacción penal, entre el delito y la pena impuesta. De esta forma, la pena *debe ser retribución* del delito cometido en tanto *tiene que ser proporcional* a éste y guardar un necesario equilibrio con la medida de la culpabilidad del infractor. Consecuentemente, el planteamiento retributivo, así considerado, se aleja de su prístino significado (responder a un mal con otro mal) y debe reinterpretarse como un elemento limitador y modulador de la reacción penal.

⁶ Vid. JAKOBS, G., "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo" en Jakobs/Cancio Meliá, *op.cit.*, pág. 25.

⁷ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Traducción de la 2ª edición alemana por LUZÓN PEÑA, D.M., DIAZ Y GARCÍA CONLLEVO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 1997, págs. 78 y ss.; BOTERO BERNAL, A., "La Teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaría", puede consultarse en <http://filosofia-y-derecho.com/rffd/numero5/unificadora.htm>.

Más tarde, durante la ejecución de la pena, de lo que se trata prioritariamente es de actuar sobre el culpable para que no vuelva a cometer infracciones en el futuro, luego lo imperante serán exigencias vinculadas a la prevención especial. Ahora bien, en ese postrer estadio del ciclo, ¿qué objetivo debe ser prevalente?. Partiendo de que ni la intimidación ni el aseguramiento o inocuización deben ser descartados de plano a favor del objetivo reinsertador, si debe apostarse, en el plano teórico, por la preponderancia de la reeducación y reinserción social del penado como finalidad de la pena privativa de libertad y como razón legitimante de ésta⁸.

No es del todo inoportuno en este apartado sobre las teorías penales hacer un comentario que, no obstante pueda ser calificado de digresión, creo que tendrá algún efecto clarificador con respecto a la evidente contradicción que puede observarse entre lo que social, política y legislativamente se busca al lanzar determinadas conductas a la órbita del Derecho Penal y el objetivo último que, conforme a lo que acabo de exponer, debe alcanzar la ejecución de la pena privativa de libertad. Cuando justificada o injustificadamente y, en todo caso, bien de modo espontáneo (en muy escasas ocasiones) o inducido de forma ideológica, política o mediática (en las más frecuentes)¹⁰, un determinado bien jurídico se estima digno de protección o de "más" protección penal, siempre o casi siempre se recurre al expediente de criminalizar las conductas que lo han ofendido o que lo pueden volver a ofender, o de aumentar las penas a imponer si éstas están ya criminalizadas, con la pretensión de que tales comportamientos se hagan tributarios de una sanción penal o de "más" sanción penal y cuando esto se hace creo que ni el ciudadano ni político ni el legislador tienen en mente la reeducación y la reinserción social de los que los protagonicen, por mucho que sea la finalidad primordial de la pena privativa de libertad, sino que en lo se piensa, a bote pronto, es en la *intimidación general* dirigida a la comunidad buscando que todos sus miembros se abstengan de incurrir en aquéllos y en la *intimidación y la inocuización específica* que puede ejercerse sobre el culpable. Luego creo que existe un

⁸ En individuos socialmente bien insertados (por ejemplo, los que se pueden categorizar en la criminalidad de cuello blanco o los denominados delincuentes "por conflicto" u "ocasionales", en los que la comisión de un hecho delictivo ha sido meramente episódica u ocasional) y que, casi por definición, no tienen necesidad de ser corregidos es inevitable contar con el efecto intimidante de la pena. También, en el caso de individuos de alta peligrosidad criminal (la delincuencia asociada a las actividades terroristas puede servir ahora de ejemplo), el despliegue de una actividad asegurativa o inocuizadora durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad deviene imprescindible tanto para tratar de evitar la perpetración de delitos en prisión como la preparación de otros en el exterior. Por lo tanto, siendo realistas, es imposible obviar a nivel teórico los aspectos de intimidación e inocuización desechándolos como el "lado oscuro" de la prevención especial.

⁹ Aunque en un análisis conceptual estricto puede tratarse de cosas diferentes, empleo ahora éstos términos y no otras expresiones similares al uso (rehabilitación, corrección, etc.) que se pueden considerar equivalentes por ser las acuñadas en nuestro derecho positivo (artículo 25.2 de la CE y 1 de la LOGP), tal y como se podrá comprobar a continuación.

¹⁰ Sobre este último aspecto puede consultarse el artículo de SOTO NAVARRO, S., "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", *RECPC*, 07-09, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-46. Tiene una relación estrecha esta alusión sobre inducción mediática con la siguiente aseveración de la autora: "El debate social que suscitan las oleadas informativas, ya sea sobre el problema de la delincuencia en general, ya sea sobre concretos fenómenos delictivos, conduce por regla a demandas de mayor intervención represiva, que acaban siendo asumidas por las instancias oficiales con competencia en materia de política criminal"; vid. SOTO NAVARRO, *op. cit.*, pág. 09:29. Por otra parte, resulta muy reveladora -y traer ahora esto a colación si es ya una clara digresión- la valoración que realiza sobre la tríada tasa de criminalidad, atención mediática y percepción social en el periodo 2.001-2.003, a partir de los datos analizados y que es la siguiente: "Estabilidad en la tasa de criminalidad, desproporción de la atención mediática y aumento considerable de la preocupación general por la delincuencia (...)" ; *ibid.*, pág. 09:39.

divorcio evidente entre *lo que se pretende* criminalizando conductas o aumentando las penas y lo que, después, impuestas estas, *debe alcanzarse* con su ejecución^{11 12}.

2.2. La finalidad primordial de la pena de prisión en el ordenamiento jurídico español

Pasando ahora al examen nuestro derecho positivo es incuestionable que el ecléctico e integrador, que otorga una preponderancia terminal al objetivo rehabilitador, es el modelo teórico de finalidad penal (en lo que atañe a la pena privativa de libertad) asumido en nuestro ordenamiento o, por mejor decir, que asumía hasta la entrada en vigor de la LO 7/2.003. En efecto, haciendo abstracción de momento de los cambios producidos en el modelo desde su promulgación, el planteamiento teórico ecléctico indicado que, en la fase ejecutiva del ciclo penal, prima el aspecto rehabilitador de la prevención especial tiene una traducción normativa palmaria tanto a nivel de legalidad constitucional como a nivel de legalidad ordinaria (entendida la expresión en sentido amplio como legalidad de rango no-constitucional, ya que, como sabemos, la Ley Penitenciaria española tiene el rango de orgánica y no de ordinaria), si bien es imprescindible remarcar la advertencia de que el hecho de que la pena privativa de libertad deba estar *orientada* a la reeducación y reinserción de los penados (artículo 25.2 de la CE) y que este objetivo, consiguientemente, deba ser *primordial* (artículo 1 de la LOGP) no significa, naturalmente, que las otras finalidades de la pena (prevención general positiva y negativa y prevención especial en sus vertientes intimidante y asegurativa) deban o puedan ser arrumbadas, ya que, si lo fueran o pudieran ser, no se hubiera postulado que el esquema teórico subyacente fuera el ecléctico o integrador, sino otro excluyente de cualquier otra finalidad que no fuera la corrección del culpable¹³.

¹¹ Es importante aludir ahora lo que se viene denominando como "Derecho Penal simbólico" y que hace referencia, además de a otras cuestiones, a lo que de emblemático tiene para comunidad la criminalización de conductas, esto es, que el Derecho Penal "se haga cargo" de su represión y, consiguientemente, de la *supuesta* protección de los bienes jurídicos a los que éstas atacan. Y digo *supuesta* porque se han identificado normas penales de aplicación nula, mínima y desigual y de leyes rápidamente aprobadas para calmar a la población, "que mostrando la capacidad de reacción y coacción del Estado, persiguen esencialmente conformar la creencia social de que éste actúa y resuelve"; vid. GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, pág. 7. DEMETRIO CRESPO recoge el *uso simbólico* del Derecho Penal, entendiéndolo por tal, con carácter general, aquél que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional; vid. DEMETRIO CRESPO, E., "El "Derecho Penal del enemigo" Darf Nicho nein; Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", *RGDP*, nº 4, noviembre 2.005, pág. 22. Por su parte, CANCIO MELIÁ reconoce mucha trascendencia al Derecho penal simbólico, tanta que sostiene la tesis de que la conjunción de esta *línea de evolución simbólica* junto con la que denomina como "resurgir del punitivismo" constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo; vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pág. 93.

¹² Por poner un ejemplo, no creo que la introducción en el Código Penal de los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis (penalización de la convocatoria ilegal de elecciones o consultas populares por vía de referéndum y de la financiación de asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos), suprimidos por la Ley Orgánica 2/2.005, de 22 de junio, obedeciese a la sana intención de operar la reeducación y reinserción social de los que incurriesen en tales conductas por entender que, de hacerlo, revelarían un déficit de adaptación social, sino, más bien, tratar, por un lado, de actuar la intimidación necesaria para que se obviasen y, por otro, *simbolizar* la negatividad de la percepción de ciertos comportamientos mediante su conversión en conductas típicas, en injustos penales.

Por otra parte, el verbo utilizado por el CP, tanto en el Título Preliminar, como sus Libros I, II y III para vincular un comportamiento dado a una determinada consecuencia jurídica es el de *castigar*; palabra que, desde luego, al menos en principio, no evoca precisamente ideales de reeducación o reinserción social.

¹³ El artículo 25.2 de la CE dice: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y a la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo,.....(CONTINÚA)

Que el modelo de finalidad penal y su traslación normativa es ecléctico e integrador y no excluyente, se comprueba en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión pues éste tiene declarado reiteradamente que el artículo 25.2 de la CE *no debe ser interpretado como constitutivo de un derecho fundamental*, que la orientación proclamada *no significa la atribución de una única finalidad a la pena* y que, por consiguiente, la norma contenida en aquél *no se opone a que la consecución de otros objetivos se erijan en finalidad legítima de la pena*¹⁴.

No obstante, ya he advertido que la entrada en vigor de la LO 7/2.003 ha alterado este panorama y ello a pesar de que los artículos 25.2 de la CE y 1 de la LOGP permanecen inalterados. Así, ya no puede defenderse sin ningún tipo de matización que para todas las categorías delincuenciales la reeducación y reinserción social siga siendo los objetivos prioritariamente finalistas durante todo el cumplimiento de la condena; al contrario, para los condenados por delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP o cometidos en el seno de organizaciones criminales (párrafo 2º del artículo 36.2 y 78.3 de éste) la consecución de tales metas -hasta que se haya cumplido la mitad de la condena en unos casos o hasta que falte por cumplir una quinta o una octava parte en otros, como después analizaré más de detalle- *no es prioritaria* puesto que la eventual concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y la valoración positiva del tratamiento reeducador *es irrelevante en unos casos o tiene muy escasa significación en otros*. Aunque, como digo, profundizaré después en el régimen de cumplimiento de la pena de prisión para los condenados por las infracciones penales indicadas, si conviene adelantar que en éste la finalidad reinsertadora ha pasado a estar tan eclipsada, a jugar un papel tan secundario, que existen dudas más que razonables sobre la adecuación constitucional del mismo.

Consecuentemente, si, por lo que al derecho positivo respecta, la finalidad de la pena es mudable en función del tipo de delito cometido puede perfectamente inducirse que, después de la incorporación a la legislación penal y penitenciaria de alguna de las reformas operadas por la LO 7/2.003, el modelo teórico relativo a los fines asignados a la pena privativa de libertad en nuestro ordenamiento jurídico se ha alterado, ya que *de uno invariable* -donde esta tenía los mismos fines, independientemente de los años de condena impuestos y del delito cometido- *se ha pasado a otro versátil* -donde los fines que preponderantemente le van a ser atribuidos van a estar en función de diferentes factores, tales como los años de condena impuesta, el tipo de delito cometido y la evolución del interno-.

(CONTINUACIÓN)

a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Por su parte, el artículo 1 de la LOGP dice: "Las Instituciones Penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados"

¹⁴ Vid. el Auto 780/1.986 y, entre otras, las SSTC 19/1.988, 28/1.988, 150/1.991 y 120/2.000; en esta última, se afirma que "... no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador".

2.3. Algunas ideas básicas relativas al sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el Derecho español

En este breve resumen se plasmarán algunas de los puntos que considero esenciales del sistema penitenciario español, haciendo nuevamente abstracción, de momento en este apartado, de las importantes modificaciones que introdujo la LO 7/2.003.

Bien, para completar esquemáticamente lo expuesto hasta ahora, puede decirse que son "cuatro los principios cardinales de la ejecución penal pergeñados en la Constitución Española de 1.978:

- la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas.
- el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del condenado a una sanción penal que conlleve privación de libertad.
- la finalidad resocializadora de las sanciones penales privativas de libertad.
- el monopolio jurisdiccional en el control de la ejecución de las sanciones penales"¹⁵.

Con la advertencia previa de que el sistema de cumplimiento de las penas de prisión constituye un bloque integrado en el que "interactúan" los principios indicados, pero ciñéndonos al constituido por la finalidad resocializadora, ya sabemos que, en consonancia con la declaración constitucional contenida en el artículo 25.2, la LOGP, en el que podemos considerar su papel de segundo escalón de la pirámide normativa, hace expresa mención a la reeducación y a la reinserción social como fin primordial de las Instituciones Penitenciarias (artículo 1) y, para alcanzar ese objetivo, construye todo un sistema de cumplimiento de las penas de prisión que denomina, en el artículo 72.1, "sistema de individualización científica" erigiendo en su piedra angular un instrumento que llama "tratamiento" y que, precisamente, consiste "en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los internos" (artículo 59.1)¹⁶. Alcanzar esa meta comporta para la Ley "hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir *respetando la Ley penal*, así como de subvenir a sus necesidades." (primer inciso del artículo 59.2)¹⁷. Esta "limitada" pretensión ha servido para defender y legitimar al tratamiento y, por ende, a la finalidad rehabilitadora de la pena privativa de libertad por cuanto de lo que se trata no es de que el infractor de las normas penales asuma o interiorice como propio todo el bagaje axiológico de la comunidad a la que pertenece, sino algo más elemental, la observancia de las normas jurídico-penales y, con ella, el respeto a los bienes jurídicos fundamentales que éstas tratan de preservar como pilar básico de la convivencia social.

Como lo que la Ley penitenciaria persigue no es meramente hacer una declaración bienintencionada o rimbombante de cara a la galería, sino intentar verdaderamente un

¹⁵ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., "El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad", *RECPC*, 07-11, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 11:6/7.

¹⁶ El artículo 72.1 de la LOGP dice que "Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal".

¹⁷ Lo señalado en cursiva corresponde a este texto y no al que se transcribe.

cambio en los penados, para hacerlo posible considera imprescindible, con toda razón y fundamento, superar el contrasentido evidente que sin duda se puede localizar en la pretensión de *enseñar* a alguien a vivir en libertad y en sociedad manteniéndolo permanentemente privado de aquélla y apartado de ésta, ensamblando, en el sistema de ejecución de la sanción penal privativa de libertad, mecanismos que, si la evolución del interno lo permite, van a posibilitar la salida gradual de éste del Establecimiento Penitenciario donde esté cumplimiento condena con objeto de propiciar su paulatina incorporación o, mejor dicho, reincorporación a la comunidad. Estos mecanismos son los permisos de salida, la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario y las diversas modalidades de libertad condicional y, en efecto, su activación entraña la reincorporación del penado, temporal, intermitente o permanente al medio libre, siempre que, insisto, la evolución del interno lo admita.

Puede concluirse, consiguientemente, que la regulación jurídica de tales mecanismos (sus requisitos, formas de aplicación, las consecuencias de su mala utilización, etc., etc.) *está revestida de una importancia trascendental para que la pena de prisión alcance los objetivos prioritarios que tiene asignados* puesto que, por lo que acabo de exponer, la Ley Penitenciaria partió de la premisa de que no hay reinserción posible manteniendo a los internos apartados de la comunidad de forma absoluta durante todo el cumplimiento de la pena; de esta forma, con una segregación radical de los condenados, se podrán alcanzar otras finalidades de la pena pero, desde luego, no la rehabilitadora.

3. NOTAS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En la Atenas clásica de los Siglos V y VI a.n.e, las mujeres, los metecos y los esclavos "estaban excluidos *absolutamente* de la superficie del espacio cívico, de la condición de ciudadanía"; hasta tal punto esto era así que, incluso, "la ley civil y penal *discriminaba entre ciudadanos y no ciudadanos*"¹⁸. Resulta que, ahora, en los albores del S XXI, en el seno del Derecho Penal, encontramos un desarrollo doctrinal que parte de algo parecido; esto es, *de la negación, a efectos penales, del atributo de ciudadanos a determinados individuos o, mejor dicho, del despojamiento de su condición de personas, en el sentido normativo, jurídico, del termino.*

El jurista que por primera vez se aproxime al discurso del denominado Derecho Penal del enemigo puede sentir un cierto estremecimiento al leer cosas como éstas pero es que, en efecto, la "privación y la negación de la condición de *persona* a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad del Derecho Penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho Penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano."¹⁹

Parece que esta construcción, en cuanto concepto doctrinal y político criminal, fue introducido por GÜNTER JAKOBS, si bien ha ido desarrollándose y tomando cuerpo con posterioridad por él mismo y "por un sector de la doctrina alemana que le

¹⁸ Vid. DE FRANCISCO, A., "Las fronteras de la ciudadanía", *CLAVES de Razón Práctica*, n° 147, noviembre de 2.004, pág. 39. La cursiva en la última frase corresponde a este texto y no al que se transcribe.

¹⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, *op.cit.*, pág. 02:23.

sigue o que parte de presupuestos y planteamientos próximos a los del gran penalista alemán²⁰.

Ahora bien, el propio JAKOBS advierte que hablar de *Derecho Penal del ciudadano y de Derecho Penal del enemigo* es hacerlo de "dos tipos ideales" que en la práctica difícilmente pueden identificarse de modo puro; según su punto de vista, no se trata de contraponer dos esferas distintas del Derecho Penal, "sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas de un solo contexto jurídico-penal"²¹. Ambos, a tenor siempre de su planteamiento, *son Derecho*; el del ciudadano lo es en lo que se refiere también al criminal porque sigue siendo persona y el del enemigo, asimismo, es Derecho pero en otro sentido: el Estado *tiene Derecho a procurarse seguridad* frente a los sujetos que reinciden persistentemente en el delito y el resto de ciudadanos pueden exigir al Estado que frente a éstos tome medidas adecuadas, *tienen derecho a la seguridad*²².

3.1. Aproximación

Muy telegráficamente, ese, para JAKOBS²³, polo o tendencia que se ha intitulado como Derecho Penal del enemigo se apoya en las siguientes bases:

1.- El tipo de criminalidad frente al que reacciona pasa por ser especialmente nociva y peligrosa; de hecho, se dice, hace tambalear los cimientos mismos del sistema social buscando de alguna manera su destrucción. Se incluyen fenómenos tales como la delincuencia terrorista, el narcotráfico, el tráfico de personas y, en general, expresiones del crimen organizado, del que forman parte auténticas "corporaciones delictivas", con estructuras y cadenas jerárquicas bien definidas. A este elenco se añade, en algunas exposiciones, a los delincuentes sexuales violentos irrecuperables.

2.- La lucha contra este tipo de criminalidad desde los parámetros del Derecho Penal clásico *ha devenido ineficaz* y, por lo tanto, el respeto a la "ortodoxia" jurídico-penal *no sirve* en la imprescindible *reacción de combate* frente a estas manifestaciones delincuenciales.

3.- Los responsables de esas formas delictivas "son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran ese déficit por medio de su comportamiento"²⁴.

4.- Tales individuos no pueden pretender ser tratados como "personas", en la acepción normativa del término, sino que lo deben ser como meras "fuentes de peligro", a las que hay que neutralizar a cualquier precio, como si fueran animales salvajes²⁵. Al no sentirse vinculados por el Derecho, al "apostatar" de este como sistema normativo regulador de las relaciones humanas, su conducta ha dejado de tener como

²⁰ *Ibid.*, pág. 02.02.

²¹ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 24.

²² *Ibid.*, pág. 33.

²³ *Ibid.*, pág. 24.

²⁴ Vid. GRACIA MARTÍN, *op.cit.*, pág. 02.06.

²⁵ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 13.

guía el respeto de los derechos ajenos y el cumplimiento de sus deberes y obligaciones y, por lo tanto, no puede existir el más mínimo atisbo de confianza, la más elemental expectativa, en su comportamiento futuro. Este, en fin, ha dejado de ser predecible dentro de los parámetros normativos básicos que regulan la convivencia en sociedad, siendo su consecuencia lógica la imposibilidad de que sean tratados como si su conducta lo fuese. "Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones"²⁶.

5.- En un plano distinto a los enemigos están las personas, los ciudadanos; las eventuales infracciones de éstos no están dirigidas contra la permanencia del Estado y sus instituciones²⁷. Así, los encontronazos del "ciudadano" con las normas penales han sido acciones puntuales y tratándose así de *deslices reparables*, "el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, "como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico"²⁸; su conducta es predecible, calculable conforme a las reglas que lo integran.

6.- El Derecho Penal normal o "del ciudadano" se aplicará a éstos sujetos que, no obstante ser infractores de sus normas, no se han autoexcluido, por su actitud militante en contra, del universo regulado por derechos y obligaciones, mientras que el *corpus* que estamos describiendo encontraría su ámbito de aplicación en los "enemigos", en las "no personas". En el *trato con el ciudadano*, el Derecho Penal reacciona para confirmar la estructura normativa de la sociedad, en el *trato con el enemigo* lo que se busca es interceptarlo muy pronto en el estadio previo y combatirlo por su peligrosidad²⁹. El Derecho Penal del enemigo se equipararía así a un "derecho de guerra", imprescindible para la defensa de un sistema social que aquéllos cuestionan y cuya destrucción buscan.

7.- Se exponen las siguientes como características del Derecho Penal del enemigo³⁰: *adelantamiento de los límites de la punibilidad* para la captura de determinados actos preparatorios; la adopción de una *perspectiva fundamentalmente prospectiva*³¹; *desproporcionalidad de las penas*, que no es ya que no se vean atemperadas por el adelantamiento de la punición, sino, incluso, agravadas merced a la concurrencia de determinadas circunstancias; *reducción y/o supresión de determinadas garantías procesales*.

8.- En el Derecho Penal del enemigo el modelo de finalidad penal queda seriamente trastocado³². Como de lo que se trata con los individuos a los que resulta aplicable es de garantizar una especial seguridad cognitiva, el centro de gravedad se traslada a la neutralización del culpable; dentro de su lógica interna, el acento debe ponerse, entonces, en su aseguramiento o inocuización, en definitiva, en su

²⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:06 y 07.

²⁷ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 36.

²⁸ Vid. GRACIA MARTÍN citando a JAKOBS, *op. cit.*, pág. 02:06.

²⁹ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 15.

³⁰ Vid. CANCIO MELIÁ, *op.cit.* págs. 111 y 112.; GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:09.

³¹ Esta nota característica es citada en concreto por DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 13.

³² Vid. *supra*.

disgregación de la comunidad de la forma más completa y durante el mayor tiempo posible³³. La reacción del ordenamiento jurídico, la coacción penal, deja de ser prioritariamente un proceso de interacción simbólica, una secuencia comunicativa de compensación de un daño a la vigencia de la norma, para convertirse en la eliminación de un peligro³⁴.

9.- A pesar de la palmaria excepcionalidad de las regulaciones del Derecho Penal del enemigo, sus defensores no le niegan la cualidad de que se trata de un sistema *reglado* en el que de ningún modo se puede traspasar los límites de lo necesario en la lucha contra los enemigos para la eficaz defensa de la sociedad; por lo tanto, el Derecho Penal del enemigo es un comportamiento desarrollado de conformidad con reglas, *en lugar de una conducta espontánea e impulsiva*³⁵. Y, así, el derecho penal del enemigo sería legítimo *en la medida de lo necesario* porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplirse su función de protección³⁶; y "lo necesario implica que debe privarse a los terroristas aquéllos derechos de los que abusa para acometer sus planes, y en particular, su libertad de obrar, como sucede en el ámbito de las medidas de seguridad"³⁷.

10.- Constatando JAKOBS que hay ya introducidos en el Derecho Penal general un cúmulo inabarcable de líneas y fragmentos del dirigido contra el enemigo, considera que es menos peligroso para el Estado de Derecho la existencia de un Derecho penal del enemigo bien delimitado que no entremezclar el general con regulaciones propias del primero³⁸.

Constituyendo el núcleo de la concepción de JAKOBS la "despersonalización" de los considerados como enemigos, merece la pena detenernos, para acabar estas notas de aproximación, en lo que considera como una nueva regulación legal de "fuerza explosiva sistemática" muy importante y característica de lo que denomina "clima" intelectual de las reflexiones en el ámbito del Derecho Penal del enemigo^{39,40}. Se trata del contenido del §14, párrafo 3º de la Ley de Seguridad Aérea alemana, de conformidad con el cual se considera lícito el derribo de una aeronave "que pretenda ser usada para atentar contra vidas humanas"; bien, pues para JAKOBS lo que ocurre, en definitiva, es que, con una norma de tales características, se "despersonaliza" a los pasajeros de la aeronave, se priva a estas víctimas civiles de su derecho a la vida a favor de otros⁴¹. "Un Estado en tal sociedad [que concibe al primero como instru-

³³ Afirma JAKOBS en este sentido que, desde un punto de vista práctico, "lo más relevante será el aseguramiento frente al autor, bien a través de una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena privativa de libertad que garantice el aseguramiento, es decir, que *sea correspondientemente extensa*."; vid., JAKOBS, G., "¿Terroristas como personas en Derecho?" en Jakobs/Cancio, *op. cit.*, pág. 71, la cursiva es mía.

³⁴ Vid. JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano y ...", pág. 41.

³⁵ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 24.

³⁶ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 16.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, págs. 48 y 55.

³⁹ Vid. JAKOBS, "¿Terroristas como personas ...", pág. 77.

⁴⁰ Lo que nuestro autor denomina como "clima" no lo considera modificado en razón de que el 15-02-2006 el Tribunal Constitucional federal declarase inconstitucional la regulación del § 14.3 que se va a mencionar a continuación; *ibid.*, pág. 83.

⁴¹ *Ibid.*, págs. 77 y 78.

mento de la administración de felicidad de los ciudadanos individuales] *despersonaliza* cuando exige ese sacrificio de sujetos no responsables"⁴².

Si, según siempre el razonamiento del penalista alemán, el Estado, en caso de extrema necesidad, *hace lo que es necesario* frente a ciudadanos que *no son responsables de nada*, mucho menos podrá tener limitaciones en el ámbito de las medidas para evitar situaciones de extrema necesidad dirigidas contra terroristas, esto es, *contra quienes generan tales situaciones*, al menos dentro de los límites de lo necesario: "ésta es la fuerza sistemática explosiva del precepto"⁴³.

3.2. Perspectiva crítica

Como bien puede imaginarse, el discurso del Derecho Penal del enemigo está siendo blanco de crítica por parte de un sector importante de la doctrina. Antes de dejar muy breve constancia de las principales líneas de contestación, es interesante traer a colación tres órdenes de cuestiones puestas de manifiesto por GRACIA MARTÍN y que, a mi juicio, no pueden perderse de vista a la hora de elaborar cualquier posicionamiento crítico. La primera hace referencia a que tratándose el planteamiento del Derecho Penal del enemigo de un desarrollo teórico bastante estructurado y bien argumentado, las meras reacciones emocionales, fácilmente ligadas al estremecimiento al que aludí al principio, pueden no ser suficientes para contrarrestar sus postulados; esta es la idea de GRACIA MARTÍN que tiene a la construcción de JAKOBS por una posición de cuidada y meticulosa coherencia de la que puede predicarse una gran potencia teórica y política, que, como tal, debe ser contestada, desbarazándose de la carga emocional que provoca⁴⁴. En segundo lugar, la exclusión del espacio cívico de ciertas personas en la Atenas clásica con el que di comienzo este apartado, puede servir bien de exponente a la afirmación que realiza el mismo penalista de que el tratamiento penal distinto para los considerados enemigos es una constante histórica⁴⁵. Finalmente y en tercer lugar, comparto plenamente su apreciación de que el debate sobre un Derecho Penal del enemigo "sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho"; por el contrario, en los regímenes totalitarios "toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra los enemigos"^{46 47}.

CANCIO MELIÁ a la hora de contestar negativamente a la cuestión de si la existencia de un Derecho Penal del enemigo es inevitable como derivación instrumental

⁴² *Loc. cit.*; la cursiva es mía.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 02:28.

⁴⁵ Tan imbricada en la historia que JAKOBS presenta algunos esbozos iusfilosóficos a los que, de alguna forma, anclar su posición, exponiendo que para ROUSSEAU y FICHTE "todo delincuente *es de por sí* un enemigo", mientras que HOBBS y KANT, aún conociendo un Derecho penal del ciudadano, que se aplicaría a las personas que no delinquen de modo persistente por principio, postulan la existencia de un Derecho penal del enemigo, precisamente, "contra quien se desvía por principio"; el del enemigo actúa *excluyendo* al que se tiene por tal, mientras que el del ciudadano *deja incólume el status de persona*; vid. JAKOBS, "Derecho Penal del ciudadano y ...", págs. 31 y 33.

⁴⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:04.

⁴⁷ En contra de esta idea, DEMETRIO CRESPO, ya que, en su opinión, no cabe plantear en absoluto condiciones de legitimidad al Derecho Penal del enemigo en un auténtico Estado de Derecho; vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pag. 21.

del Derecho Penal moderno, pone de relieve que, *en primer lugar*, puede recurrirse a cuestiones de legitimidad que, trascendiendo a la lógica interna del sistema penal, harían entrar al Derecho Penal del enemigo dentro de las fronteras de lo constitucionalmente indefendible y/o de lo políticamente inadecuado; *en segundo lugar*, manifiesta también que puede ser rebatible porque "no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos"⁴⁸. *En tercer lugar*, defiende que se puede enfocar la contestación acudiendo a un análisis interno del sistema jurídico-penal que es en el que, en definitiva, centra su crítica para, finalmente, negar que el del enemigo forme parte conceptualmente del Derecho Penal porque, primero, no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza a un determinado grupo de infractores y, segundo, porque, en consecuencia, no es un Derecho Penal "de hecho", sino de "autor"⁴⁹. Tan alejadas del Derecho Penal "verdadero" percibe CANCIO las concreciones positivas del Derecho Penal del enemigo que afirma que éste "sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real: "Derecho Penal del ciudadano" es un pleonasma, "Derecho Penal del enemigo" una contradicción en los términos"⁵⁰.

Contrariamente a lo acabado de exponer, postular la compatibilidad de dos Derechos Penales (uno para los ciudadanos y otro para los enemigos), como pone de relieve GONZÁLEZ CUSSAC, es defender una fórmula que ya sostenía MEZGER en la etapa nacional socialista, sólo que en lugar de la denominación de "enemigos" se usaba la de "extraños a la comunidad", justificando por lo demás la aplicación de "dos Derechos Penales"; sin embargo, no puede olvidarse que esas teorías de los "extraños a la comunidad", de los "asociales" o de los "seres carentes de interés vital" nacieron en el seno de un Estado totalitario⁵¹. A mi juicio, este dato histórico es lo suficientemente elocuente por sí mismo como para tener que realizar algún comentario más a este respecto.

Constituyendo la negación de la condición de persona (o el despojamiento de tal atributo normativo) a determinados individuos la columna vertebral de la teoría del Derecho Penal del enemigo, los convincentes argumentos que efectúa GRACIA MARTÍN⁵² contra tal posibilidad son un disparo en su misma línea de flotación. De esta manera, defiende que en Derecho Penal el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, entendida como una construcción social o normativa, *sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano; en este sentido, la dignidad humana no es producto ni resulta de ninguna concepción normativa, sino que se entiende como algo de lo que es portador en sí mismo todo hombre por el hecho de su existencia*. "Así parece estimarlo PUFENDORF, al decir que aunque no se pueda esperar de otro hombre nada bueno ni malo, la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante, ya que esta razón por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, es suficiente para que el género humano forme una comunidad pacífica"⁵³.

⁴⁸ Vid., CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pág. 124.

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 128.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 89.

⁵¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pág. 26.

⁵² Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 02:28 y ss.

⁵³ *Ibid.*, pág. 02:40.

Por otra parte, continuando con la atribución de la cualidad de "persona" pero conectando con lo expuesto al final del apartado anterior sobre la "fuerza explosiva sistemática" predicada por JAKOBS del § 14.3 de la Ley alemana de Seguridad Aérea en lo que significa de "despersonalización" de los pasajeros, a los que la norma jurídica contenida en ese precepto "autoriza" a matar como daño colateral, es muy interesante lo argumentado por CANCIO MELIÁ en el sentido de que no hay término posible de comparación entre quienes, *sin ninguna responsabilidad*, pueden verse privados de sus vidas y los *precisamente responsables* de esa situación, "ya que los títulos de los que deriva la intervención en los bienes de los ciudadanos afectados son completamente divergentes en ambos casos (...)"⁵⁴; en el primero, los sujetos se ven envueltos en un *estado de necesidad* muy especial porque, ante un riesgo que amenaza, se les impone una intervención gravísima (su muerte), mientras que en el segundo -los responsables- el título de intervención es la *pena* por haber cometido una infracción en el pasado o, únicamente, la adopción de *medidas cautelares* en el caso de presunción de responsabilidad⁵⁵.

Independientemente de todo lo anterior, a mi juicio, puede vislumbrarse otra grieta en la construcción aneja del Derecho Penal del enemigo que puede acabar afectando a todo el edificio del Derecho Penal, tal y como hoy (todavía) está cimentado. Si nos fijamos en la caracterización que aquél realiza de sus destinatarios como individuos en los que se aprecia habitualidad y profesionalidad en un comportamiento contrario a las normas, hay que decir que estos rasgos pueden ser observables *en una parte muy significativa de la población penitenciaria* en la que los índices de reincidencia son elevados. A estos infractores, ¿cómo se los considera desde los planteamientos del Derecho Penal del enemigo?, ¿"ciudadanos" para los que la comisión de delitos es casi rutinaria, "ciudadanos" que están en una situación de desliz casi permanente?, ¿existe con respecto a ellos una especial seguridad cognitiva que permita calcular y esperar un comportamiento futuro adaptado al Derecho? Puede responderse que estos individuos, a pesar de su permanente instalación en la infracción de la norma, de su profesionalización, de su reincidencia en el delito, no pretenden la destrucción del orden social, ni forman parte de organizaciones o de estructuras criminales capaces de hacerlo en las que se aprecia una posición permanentemente enfrentada con el Derecho y que, por lo tanto, no serían merecedores de la aplicación del Derecho Penal excepcional que forma el del enemigo. De acuerdo, pero ¿qué pasa con la falta de expectativas razonables en que mantendrán un comportamiento futuro conforme a las normas? Sencillamente, ante su ausencia y siguiendo la mecánica interna del Derecho Penal del enemigo, al no resultar razonable esperar un ajuste futuro a las normas, por mera coherencia, tampoco podría resultar de aplicación el Derecho Penal del ciudadano, con lo que, a bote pronto, podría lanzarse la idea de *una nueva velocidad* del Derecho Penal a añadir a las expuestas por SILVA SÁNCHEZ⁵⁶

⁵⁴ Vid., CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, págs. 150 y 151 (nota 113).

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 151 (nota 113).

⁵⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 2001, pág. 163, *apud*, entre otros, DEMETRIO CRESPO, *op.cit.*, pág. 17 y CANCIO MELIÁ, *op. cit.* pág. 115. Resumiendo, se puede decir que, para Silva, la *primera velocidad* estaría constituida por la parte en la que, por imponerse penas privativas de libertad, se conservarían todos los principios y garantías del Derecho Penal "clásico" y del proceso penal; estarían integradas en la *segunda velocidad* las nuevas infracciones que no llevarían aparejadas pena privativa de libertad y para las que, por tal motivo, podrían flexibilizarse aquéllos principios y garantías de forma proporcional a la menor gravedad de las sanciones; la *tercera velocidad* se podría equiparar al Derecho Penal del enemigo; vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, págs. 112 y ss.

y que atraería a su órbita a los individuos sobre los que *no existe ninguna seguridad en su comportamiento futuro* pero que, sin embargo, no resultan tan peligrosos para la sociedad como los identificados como "enemigos"⁵⁷. De esta suerte, el Derecho Penal podría acabar desguazándose, perdiendo su carácter unitario, para convertirse, si se permite el símil, en una especie de caja de cambios en la que cada una de sus posiciones conllevará una velocidad distinta, un tratamiento penal diferente, a utilizar, en algunos casos, en atención a la "tipificación" o al etiquetamiento que se realice del sujeto activo.

Finalmente, examinando orientaciones como la representada por el Derecho Penal del enemigo y a pesar del prestigio de sus defensores y la coherencia interna de sus razonamientos, no cabe por menos que realizar una mínima reflexión acerca de lo peligrosísimo que puede resultar *ad futurum* la legitimación de ciertas alternativas. Argumentos, solventes o rabulescos, se pueden buscar para todo, incluso, como afirma MUÑOZ CONDE, para instaurar la prisión perpetua o reinstaurar la pena de muerte⁵⁸ pero dado lo lejos que se puede llegar y los umbrales que se pueden traspasar en el aval, que se pretende jurídico, de prácticas completamente inadmisibles en sociedades democráticas⁵⁹ no está de más recordar que, como en otros órdenes, también en el mundo del Derecho, en los debates relativos a la justificación o cobertura de determinadas propuestas o ya realidades, no hay que enfrascarse sin más en el *si se puede* sin preguntarse antes por el *si se debe*.

Finalmente, enlazando de alguna manera con lo acabado de exponer, es oportuno recoger alguna de las conclusiones de DEMETRIO CRESPO cuando afirma que, desde una perspectiva metodológica, la teoría del Derecho Penal del enemigo deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el salto del "ser" al "deber ser"; o mejor, "justificándolo de forma errónea, en al medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia"⁶⁰. Eficacia que, como hemos visto un poco más arriba, también se ha puesto en entredicho.

3.3. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho positivo

Como adelanté en la Introducción, buena parte de la doctrina ha detectado la existencia material de ese Derecho Penal del enemigo en el ordenamiento positivo. "En todo caso, lo que parece claro es que en el ordenamiento español, el centro de gravedad del Derecho Penal del enemigo está en los delitos relacionados con las drogas, en la reacción del Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración, en general, en el Derecho penal de la "criminalidad organizada", y, sobre todo, en el nuevo Derecho antiterrorista, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el Código Penal de 1.995, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2.000, y finalmente mediante las reformas entradas en vigor en el año 2.004 en este campo"⁶¹. A los efectos de este trabajo, merece lugar destacado la ya muy citada LO 7/2.003, que contiene regulaciones del "Derecho *penitenciario* que, sin duda,

⁵⁷ La configuración y contenido de esta nueva desviación penal "de autor" estaría por ver.

⁵⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F., "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *Diario EL PAIS*, 15 de enero de 2.003.

⁵⁹ Vid. LEWIS, A., "La legalización de la tortura tras el 11-S", *CLAVES de Razón Práctica*, nº 147, noviembre de 2.004, págs. 20 y ss.

⁶⁰ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 32.

⁶¹ Vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, págs. 117 y 118.

constituyen exponentes típicos del Derecho Penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional⁶² y frente a las que se ha mostrado muy crítica una parte de la doctrina⁶³. Iniciar su comentario nos conduce de lleno al contenido del epígrafe siguiente.

4. LAS NORMAS REPRESENTATIVAS DE UN "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO"

4.1. Los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión

Ahora bien, desde mi punto de vista, la LO 7/2.003 no debe ser objeto de una "demonización" completa por cuanto la contestación a las modificaciones practicadas que acabo de mencionar son sobradamente justificadas en algunos casos -precisamente *pero sólo* en los que pueden localizarse incrustaciones normativas del Derecho Penal del enemigo- pero, a mi modo de ver, no tanto en otros.

Resumidamente, lo que la entrada en vigor de la LO 7/2.003 ha significado es un cambio parcial en el modelo, a la sazón imperante en nuestro ordenamiento en la fase de ejecución, *relativo a los fines atribuidos de la sanción penal*, ya que, a mi juicio, *de uno invariable* -donde ésta tenía los mismos fines, independientemente de los años de condena impuesta y del delito cometido- *se ha pasado a otro versátil* -donde los fines que preponderantemente le van a ser atribuidos van a estar en función de diferentes factores, tales como los años de condena impuesta, el tipo de delito cometido y la evolución del interno-. Este cambio ha cristalizado en la institucionalización, por lo que a la pena privativa de libertad atañe, de *diferentes regímenes de cumplimiento de la pena de prisión*.

En efecto, el análisis sistemático de los artículos 33.2 y 3, 36, 76, 78, 90, 91 y 93.3 del CP permite singularizar los siguientes, a saber: *régimen general de cumplimiento, régimen especial de cumplimiento, régimen especial de cumplimiento de penas de prisión acumuladas y, finalmente, régimen específico de cumplimiento para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales*⁶⁴. Dado que un estudio detenido de éstos, de su ámbito de aplicación, características, implicaciones y del posible tránsito de uno a otros no es ahora objeto de disertación, me voy a limitar ahora a señalar lo verdaderamente crucial de cada uno para lo que importa a este trabajo.

⁶² Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:11.

⁶³ Sirvan como ejemplo las exposiciones realizadas por LÓPEZ PEREGRÍN, C., "¿Lucha contra la criminalidad mediante al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *REIC*, AC-02-03, 2.003, <http://www.criminologia.net>, págs. 1-20; JUANATEY DORADO, C., "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", *LP*, Número 09, AÑO 1, Octubre 2004, págs. 3-30, y FARALDO CABANA, *op.cit.*, págs. 310 y ss.

⁶⁴ Estas categorías regimentales son algo distinto a los regímenes de vida penitenciarios (cerrado, ordinario y abierto) correspondientes a cada uno de los grados de clasificación (primero, segundo y tercero), contemplados en el artículo 72.2 de la LOGP.

En el *régimen general* el interno puede ser clasificado en tercer grado de tratamiento en cualquier momento de ejecución de la pena, sin esperar la extinción de un determinado periodo y, en el caso de cumplimiento de penas acumuladas (artículo 76 del CP), los cálculos relativos a la extinción de una parte se realizan sobre la pena limitada y no sobre el total de las impuestas⁶⁵. En el *régimen especial* al interno, según el artículo 36.2 del CP no se le puede clasificar en tercer grado hasta que haya cumplido la mitad de la condena (lapso temporal que se ha dado en llamar "periodo de seguridad"); en este régimen, para el supuesto de extinción de penas acumuladas, la base de cálculo continúa siendo la misma (la limitada y no el total de las impuestas). Por el contrario, la característica fundamental del *régimen especial de cumplimiento de penas acumuladas* es que cambia la base de cálculo puesto que para considerar extinguida tal o cual parte de la pena, es la suma total de las impuestas y no la pena limitada el montante que lo constituye⁶⁶.

Por lo que respecta a la exigencia del transcurso del periodo de seguridad para operar la clasificación en tercer grado, hay que hacer patente la posibilidad de que tal requisito puede ser exonerado por acuerdo del Juez de Vigilancia, en lo que debemos considerar como posibilidad de tránsito de un régimen especial de cumplimiento a uno general; bien, con el especial de penas acumuladas ocurre lo mismo, ya que, a tenor de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 78.3 del CP, también en este caso, el "juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador podrá acordar, razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.". O sea, que se realicen los cálculos para considerar extinguida una u otra parte de la condena sobre la pena limitada y no sobre el total de las impuestas.

Como ha podido concluirse, los regímenes especiales no son departamentos estancos, hay posibilidad de salida; ésta va a propiciar que, en general, los que hemos considerado como mecanismos facilitadores de la reeducación y reinserción social (permisos, tercer grado y libertad condicional) se puedan aplicar, y que se pueda hacer, precisamente, porque existe un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y una buena evolución en el tratamiento reeducador.

⁶⁵ Este cálculo, por ejemplo, es necesario para valorar la posibilidad de disfrute de permisos de salida ordinarios por constituir el cumplimiento de una cuarta parte de la condena (artículo 47.2 de la LOGP), entre otros, uno de sus requisitos; también, ya sabemos que para poder clasificar en tercer grado al interno, es necesario que haya cumplido la mitad de la condena (artículo 36.2 del CP); de la misma forma, resulta imprescindible para valorar la posibilidad de cumplimiento en libertad condicional, que tiene como requisito, también entre otros, la extinción previa de tres cuartas partes o de dos tercios de la pena o penas en ejecución (artículos 90.1 y 91.1 y 2 del CP) Así, en el caso de varias condenas que suman, por ejemplo, 100 años, pero cuyo máximo de cumplimiento se ha limitado a 30, el cálculo de cumplimiento de la cuarta parte, de la mitad, de las tres cuartas partes o dos tercios de la condena se hace sobre éstos y no sobre los 100, dando como resultado, respectivamente, 7,5, 15, 22,5 y 20 años.

⁶⁶ En el ejemplo propuesto en la nota anterior, el cálculo se realizaría sobre los 100 años y no sobre los 30. Como puede fácilmente colegirse la diferencia es abismal; de operar sobre 30 a operar sobre 100 para calcular $1/4$, $1/2$, $3/4$ o $2/3$ partes, el resultado es, respectivamente, de 25, 50, 75 y 66 años. Es decir, excepción hecha de los permisos de salida -que podría empezar a disfrutar el interno tras 25 años ininterrumpidos de cumplimiento-, el resto de instrumentos facilitadores de la reinserción (tercer grado y libertad condicional) no podrían utilizarse por la sencilla razón que se produciría antes de la extinción de la condena (obviamente la limitada, 30 años) que el cumplimiento de los condicionantes temporales necesarios para contar con aquéllos (calculados sobre los 100).

Lo que, como vamos a ver enseguida, si constituye un departamento estanco es el *régimen específico* de cumplimiento de la pena de prisión para condenados por los tipos delictivos indicados un poco más arriba; de éste no hay posibilidad legal de salida al régimen general aún contando con un pronóstico individualizado favorable de reinserción social y una buena evolución en el tratamiento reeducador. Sólo hay una pequeña válvula de escape, en parte ya reflejada con anterioridad, y que consiste en que sólo es posible la clasificación en tercer grado cuando falte por cumplir una quinta parte de la condena o acordar la libertad condicional cuando reste una octava parte (segundo inciso del artículo 78.3 del CP).

Expuestos muy brevemente los contornos generales de la reforma, enlazando con lo expuesto al comienzo del apartado y por mencionar alguno de los cambios que considero positivos, no es reprochable, por ejemplo, la exigencia del pago de la responsabilidad civil derivada del delito (artículos 72.5 de la LOGP y párrafo segundo del artículo 90.1 del CP) para que el interno pueda ser clasificado en tercer grado o disfrutar de libertad condicional, sobre todo teniendo presente, primero, que tal requerimiento *es especialmente intenso* en el ámbito de la denominada "criminalidad de cuello blanco", de la delincuencia que produce especiales perjuicios en el ámbito laboral o socioeconómico (párrafo segundo del artículo 72.5 acabado de consignar) o en los supuestos de terrorismo (artículo 72.6) y, segundo, que se pueden arbitrar fórmulas para evitar que, a la postre, se produzca lo que se ha dado en llamar una "criminalización de la pobreza"⁶⁷. En principio, tampoco merece especiales reconveniones la implantación del periodo de seguridad, llamando la atención especialmente que éste puede ser levantado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en aras de no entorpecer el proceso de reeducación y reinserción social del interno afectado y merced precisamente a la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción y a la evolución favorable del tratamiento reeducador, tal y como se ha expuesto más arriba⁶⁸.

4.2. El régimen específico para condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales

Tema diametralmente distinto es la implantación de un *régimen específico* de cumplimiento de las penas de prisión para los condenados por los delitos de terrorismo de la Sección segunda del Capítulo V del Título XX del Libro II del CP o cometidos en el seno de organizaciones terroristas; éste si adolece de unos síntomas tales que, con todo fundamento, puede adscribirse sin ninguna dificultad a los postulados del Derecho Penal del enemigo, tal y como ha quedado descrito más arriba. Veamos.

Examinando el contenido de los artículos 36.2, 78.3, 91 y 93.3 del CP, no hay más remedio que concluir que los condenados por las tipologías delictivas indicadas son

⁶⁷ Estas fórmulas, de hecho, ya se han arbitrado. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la Instrucción 2/2.005, de 15 de marzo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, establece determinados criterios valorativos para considerar concurrente el requisito.

⁶⁸ En esta línea me parecen criticables, por ser en última instancia contradictorios, los posicionamientos que, abogando por un mayor control jurisdiccional de la ejecución de la pena que evite campos de discrecionalidad administrativa, se muestran a la vez especialmente combativos con la introducción del periodo de seguridad. Vid, por ejemplo, FERNÁNDEZ DÍAZ, J., "Hacia la nueva reforma del Derecho Penitenciario" en Berdugo/Sanz (Coords.), *Derecho Penal de la Democracia versus Seguridad Pública*, Granada, 2.005, págs. 186-190 y 195.

objeto de un tratamiento diferencial, extraño al del resto de sancionados por otras manifestaciones del espectro criminal. De esta forma, son considerados penados distintos -"enemigos" en la terminología del discurso del Derecho Penal que tiene a éstos por destinatarios- a causa de la falta de seguridad cognitiva en su comportamiento futuro, esto es, ante la ausencia de expectativas razonables de que en el futuro ajusten su comportamiento a lo demandando por las normas jurídico-penales; para éstos, dada la versatilidad del nuevo modelo teórico de finalidad penal, el centro de gravedad se desplaza a la prevención general negativa y, en la prevención especial, desde el perfil resocializador a los de intimidación e inocuización. Que de lo que se trata con los penados tenidos por "enemigos", que se han situado fuera del Derecho y que son considerados no personas en la acepción normativa del término, es de prolongar al máximo su encierro, su apartamiento de la comunidad, lo va a demostrar el enunciado de las notas que definen su régimen específico de cumplimiento y que en seguida voy a exponer. Al hilo de lo que acabo de decir, es interesante llamar la atención sobre el hecho de que ya GUSTAV RADBRUCH, en un ensayo sobre el delincuente por convicción (categoría en la que, en principio, creo que pueden incluirse sin dificultad a los penados por delitos de terrorismo), defendió, creo que sin gran consistencia, que ciertos fines de la pena, como la "retribución que doblega la voluntad", la mejora o la corrección, deben ser descartados en el tratamiento de tal tipología delictiva en favor de finalidades vinculadas al mero aseguramiento del recluso y a la prevención general⁶⁹.

Las notas características del régimen específico son las siguientes:

- *No hay posibilidad legal alguna de levantamiento del periodo de seguridad; por lo tanto, la clasificación en tercer grado tiene como requisito imprescindible el cumplimiento de la mitad de la condena. La eventual concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social es intrascendente (párrafo segundo del artículo 36.2).*
- *En el supuesto de condenas acumuladas donde la limitada es inferior a la mitad de la suma total de las impuestas (frecuentísimas en estos supuestos), los cálculos sobre el cumplimiento de una determinada parte de la condena se realizan siempre sobre el total. Ahora, la concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social pasa de la intrascendencia a tener muy escasa significación: sólo pueden modificarse los parámetros de cálculo cuando reste por cumplir una quinta parte de la condena para la aplicación del tercer grado o una octava para la de la libertad condicional (artículo 78.3).*
- *Están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la libertad condicional al cumplimiento de las dos terceras partes de la condena y de su posible adelantamiento (artículo 91).*
- *En el caso de revocación de la libertad condicional, el penado por delitos de terrorismo (no así, curiosamente, el que lo esté por infracciones cometidas en el seno de organizaciones criminales) continuará el cumplimiento con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (artículo 93.2).*

⁶⁹ Vid. RADBRUCH G., "El delincuente por convicción, Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora", REPC, 07-r4, 2.005, <http://criminet.ugr.es/repc>, págs. 3 y 4.

5. SOBRE LA SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE CUMPLIMIENTO COMO CONCRECIÓN POSITIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENITENCIARIO

Queda recogido que las normas configuradoras del régimen específico de cumplimiento pueden asignarse sin ningún tipo de dificultad a los postulados doctrinales del "Derecho Penal del enemigo" y, como tal, *deben ser erradicadas* del derecho positivo penal y/o penitenciario, constituyendo el fundamento de tal pretensión todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por la doctrina contra esa derivación del Derecho Penal. Además, en un plano esencialmente penitenciario, la aparición de concreciones normativas derivadas de tal desarrollo teórico (o que éste justifica) presentan los siguientes flancos de crítica:

- Dada la consolidación de un régimen específico de cumplimiento, pocos obstáculos habría para que en un horizonte próximo se extienda su ámbito de aplicación a *otras categorías delictuales* en un proceso ampliatorio de consecuencias impredecibles.

- A pesar de que la resocialización del interno no es la única finalidad de la pena, casa mal con que sea su objetivo orientador o prioritario la existencia de un régimen de cumplimiento en el que el pronóstico favorable de reinserción y la evolución positiva en el tratamiento reeducador *sea absolutamente irrelevante o tenga muy escasa significación*. No sería de extrañar, consecuentemente, que se cuestionase su constitucionalidad.

No puede argüirse frente a lo acabado de decir que, en casos muy claros de evolución favorable del interno, siempre queda el recurso al indulto para salvaguardar la finalidad primordial de la pena de prisión porque, *servata distantia*, es imposible olvidar algunas advertencias que ya CESARE BECCARIA dejó apuntadas en su inmortal obra y de las que me permito destacar dos: "(...) los perdones y las gracias son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes y de la atrocidad de las sentencias."; "(...) considérese que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes"⁷⁰.

- No pasa de ser una apreciación meramente intuitiva pero creo que puede resultar más eficaz en la lucha contra la delincuencia terrorista que sus protagonistas perciban "igualdad de trato penitenciario" con el resto de internos pues, en su particular imaginario, paralelamente a *excepcionalidad en la represión* pueden llegar a esperar, en los avatares de "su lucha" (insisto en que se debe tener presente que, en la mayoría de los casos, se trata de delincuentes por convicción), *relajamiento en la aplicación de las normas no excepcionales*, lo cual puede ser seriamente contraproducente desde un punto de vista de política criminal^{71 72}.

⁷⁰ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1.986, pág. 111.

⁷¹ Es particularmente revelador en este sentido que se pueda rechazar la normalidad que significa la utilización, *imprescindiblemente progresiva*, de algunos instrumentos de reinserción (permisos ordinarios de salida de corta duración que después pueden ir aumentando) por lo que implica de paulatina adaptación a un sistema que "ideológicamente" se repulsa, demandando, en cambio, la *excepcionalidad* del acceso directo al tercer grado o a la libertad condicional.

⁷² Con relación a las conductas frente a las que existe o se reclama un Derecho penal del enemigo, CANCIO MELIÁ defiende que la respuesta idónea, en el plano simbólico, al cuestionamiento de una norma esencial "*debe estar en la manifestación de normalidad*" y "en la negación de la excepcionalidad"; vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pág. 132.

Centrándonos en el terrorismo como una de las manifestaciones delictivas de efectos más devastadores, interesa sobremanera resaltar que defender la derogación del régimen específico de cumplimiento no debe ser tomado, ni mucho menos, como síntoma de insensibilidad para con las víctimas, de exceso de proteccionismo para con los victimarios o de ingenuidad general para el abordaje del fenómeno. No, no significa nada de eso; antes al contrario, significa dejar que el sistema reaccione *desde la normalidad* no desde la excepcionalidad, por la sencilla razón de que hay (había) mecanismos suficientes para hacerle frente. En este sentido, suprimida ya la redención de penas por el trabajo en 1.995⁷³, no hacía falta promulgar la LO 7/2.003 para que los internos -terroristas o no terroristas- cumpliesen en su totalidad la condena impuesta sin que disfrutasen de permisos, tercer grado o libertad condicional *si es que no presentaban un pronóstico favorable de reinserción y una buena evolución en el tratamiento reeducador*. Y esto era y es posible porque el sistema de cumplimiento de las penas de prisión se llama de individualización científica porque está justamente diseñado para -y debe ser capaz de- aislar, singularizar cada caso (cada persona es un mundo) con el propósito de abordarlo de la manera que resulte más adecuada para que la pena privativa de libertad alcance sus finalidades (y ya sabemos que no tiene una sola). Así, supuestos pueden darse en los que, no existiendo garantías razonables de uso adecuado de salidas por parte del interno, no tenga permisos *durante todo la condena* (mucho menos tercer grado-régimen abierto o libertad condicional), que la cumpla, si así se quiere decir, *en su integridad*. ¿Arbitrariedad en la toma de decisiones?, ¿desigualdad, en términos de comparación con los que si los disfruten?; no, sólo estamos hablando de individualización.

Ahora bien, como pronosticar el comportamiento humano no es tarea sencilla las decisiones que van a implicar, de una forma u otra, la excarcelación del interno deben ser rodeadas de las máximas garantías, buscando, si se quiere emplear la expresión, el máximo de seguridad cognitiva y este principio debe aplicarse *con toda la intensidad y rigor que determinadas manifestaciones delictivas demandan* (el terrorismo y el crimen organizado, por ejemplo) y esto es lo que hace ni más ni menos nuestra actual legislación pero, y aquí está el problema, sin que la sublimación de las garantías y la seguridad responda al *maximun* de aplicación de los mecanismos posibilitadores de la rehabilitación de los internos.

En este sentido, creo que tiene un alto grado de elocuencia dejar patente que un interno sentenciado por un delito de terrorismo, que ha extinguido una parte significativa de la condena, con relación al que se ha realizado un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social demostrativo de una evolución favorable en el tratamiento rehabilitador, que ha satisfecho, o está en condiciones de hacerlo, la responsabilidad civil impuesta (artículos 72.6 en relación con el 5 de la LOGP y párrafo segundo del 90.1 del CP) y que, además, finalmente, ha manifestado un arrepentimiento o una colaboración activa con las autoridades en términos contundentes y concluyentes (*ex* artículos 72.6 de la LOGP y párrafo tercero del 90.1 del Código⁷⁴) *no*

⁷³ La redención de penas por el trabajo como beneficio penitenciario fue suprimida por el Código Penal de 1.995, si bien es aplicable todavía a algunos penados merced a las disposiciones de derecho transitorio.

⁷⁴ En términos casi idénticos, el primero exige como requisito para operar la clasificación en tercer grado y el segundo para apreciar la presencia de un pronóstico de reinserción social de cara a la concesión de la libertad condicional que muestren "signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, (CONTINÚA)

tiene ninguna posibilidad legal de que la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria que corresponda (no ya la Administración Penitenciaria) acuerde la aplicación del régimen general de cumplimiento⁷⁵. Esto significa, ni más ni menos, un tratamiento netamente diferencial a ellos aplicable (que son tachados de "enemigos", "no personas" en su sentido normativo) y no al resto (que son "ciudadanos") que no resulta admisible. Si de lo que se trata es de sublimar las garantías y/o precauciones sobre un comportamiento futuro adaptado y si parece que no sean suficientes las indicadas todavía podrían intensificarse más, haciendo un seguimiento del interno todo lo estrecho que se quiera⁷⁶, pero si la seguridad que se busca queda de alguna manera optimizada (en los límites en los que se puede hacer cuando de lo que se trata es de prever el comportamiento futuro de personas, no de máquinas), no se alcanzan a ver las razones de su mantenimiento en un régimen específico⁷⁷.

Las "medidas penitenciarias", expresión de una de las estrategias definidas que, en ámbito del Derecho Penal, se pueden adoptar para hacer frente a la compleja trama del terrorismo deben tender conjuntamente a asegurar, debilitar e incluso reinsertar a los terroristas⁷⁸; bien, pues, precisamente, además de por otras razones, para posibilitar la consecución de ese objetivo es necesario situarlos en pié de igualdad en lo que se refiere al régimen de cumplimiento con el resto de categorías delincuenciales, ya que, de lo contrario, por enfrentarnos con una imposibilidad material de emplear con ellos todo el arsenal de medidas rehabilitadoras que se pueden utilizar con cualquier otro delincuente -y esto por muy abyectos que hayan sido sus crímenes, siempre que no hayan entrado en la órbita de los relacionados con el terrorismo-, el camino de la reinserción, siempre muy difícil de transitar, se verá todavía más dificultado.

Por consiguiente, el perímetro normativo dibujado en los artículos 36.2, 78.3, 91 y 93.3 del CP, que acota un régimen específico de cumplimiento de las penas de prisión sólo aplicable a determinadas categorías delincuenciales debe, a mi entender, ser derogado por las razones que he ido exponiendo, pero es que, además, a añadir como colofón una vez examinados los contornos y el contenido del régimen específico,

(CONTINUACIÓN) y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades".

⁷⁵ Salvo, como ya queda consignado, para el tercer grado cuando quede una quinta parte de la condena por cumplir o para la libertad condicional cuando reste una octava parte (último inciso del artículo 78.3 CP).

⁷⁶ Por ejemplo, efectuando la pertinente adaptación material y sistemática para extender al régimen abierto la posibilidad que se confiere al Juez de Vigilancia en el primer inciso artículo 93.2 del Código Penal con relación a la libertad condicional: "En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XX del Libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional".

⁷⁷ Que, además, vaciado el sentido de la pena de cualquier condicionamiento preventivo especial (la rehabilitación está camino de alcanzarse, el aseguramiento no parece necesario en quien se ha pronosticado un comportamiento futuro respetuoso con las normas penales, la intimidación ejercida parece que sido suficiente), sólo quedaría la mera retribución (en su sentido genuino) como razón de ser de la pena impuesta pero no se puede olvidar que, en el actual estado de la cuestión, sólo una pena solamente útil puede llegar a estar justificada.

⁷⁸ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pág. 31.

dentro de la lógica conceptual del Derecho Penal del enemigo tampoco se sostiene su existencia.

En efecto, el "enemigo", sujeto activo de delitos integrados en unas formas de criminalidad especialmente nocivas y peligrosas para la continuidad del sistema social tal y como lo conocemos, con sus actividades, se ha situado fuera, se ha "autoexcluido" de la esfera de los tenidos como personas porque no existe ninguna expectativa seria y razonable, ninguna seguridad en que se comporte como tal, esto es, el que sea guía de su actuación el respeto de los derechos ajenos y el cumplimiento de las obligaciones que le incumben, entre ellas, la consideración de los bienes jurídicos fundamentales que las normas penales protegen. Pero, qué sucede si quiere "volver" a estar incluido dentro de la órbita de la condición de persona; si, incluso, se ha arrepentido de las infracciones cometidas; si, como ya he consignado, puede esperarse, seria y razonablemente, un comportamiento adaptado en base a los estudios y pronósticos que se han podido realizar. Pues, sucede que, de mantener las cosas como están, tampoco entonces le sería aplicable el que podemos considerar "Derecho Penitenciario del ciudadano" (régimen general), sino un mismo régimen específico, eso sí, de algún modo privilegiado, tal y como se ha descrito.

Consecuentemente, dos de los pilares del planteamiento teórico que sujetan la necesidad o la justificación de un Derecho Penitenciario del enemigo pueden no sostenerlo en determinados casos. De una parte, no es ya que el "enemigo" se haya autoexcluido para siempre de la condición de persona, sino que ha sido a la postre el legislador el que lo ha hecho en un acto inmutable y permanente utilizando *"la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social"*⁷⁹ que no tiene retorno, haga lo que haga el sujeto; de otra, si en base a su evolución y pronóstico hay expectativas serias y razonables de que en el presente y en el futuro tenga un comportamiento adaptado, no es que ya que lo que se está buscando es una especial seguridad cognitiva, sino que lo que se pretende es su exclusión social durante el mayor tiempo posible, pase lo que pase. Ahora bien, si, digamos, el individuo sigue "autoexcluido" del Derecho o si no hay expectativas razonables de comportamiento adaptado, de seguridad para la comunidad, el interno cumplirá la condena completa, sin posibilidad de salida, esté o no sometido a un régimen específico. Nuestro sistema de cumplimiento tienen una innegable ventaja: emplea las ciencias de la conducta, actúa con pronósticos, tiene en cuenta la evolución, responde a ella mediante la clasificación penitenciaria, la valida con salidas progresivas y éstas las valora con un adecuado seguimiento. Si hay expectativas racionales, *se abre*, pero si no las hay o aquéllas se han revelado infundadas, *se cierra*.⁸⁰

⁷⁹ Vid. CANCIO MELIÁ, *op.cit.*, pág. 123.

⁸⁰ Podrá contra argumentarse con razón sobre el peligro de un mal pronóstico de comportamiento futuro o de un diagnóstico equivocado, sobre todo con respecto a las salidas de los internos al exterior (siempre es posible el no regreso o la comisión de un nuevo delito), cierto; pero una cosa es la *optimización general del sistema* (por ejemplo, ya he dicho que la instauración del periodo de seguridad y la circunstancia de que sea la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria y no la Administración la que puede levantarlo o el pago de la responsabilidad civil como forma de reconocimiento del mal causado a las víctimas me parecen reformas positivas) y otra su renuncia en determinados casos. Es decir, es realista y positivo que se haya *desmitificado* el tratamiento penitenciario y que se hayan abandonado perspectivas como la del delincuente "enfermo" al que era posible "curar" pero una cosa es deshacerse de los mitos y otra muy distinta caer en el *descreimiento*; antes al contrario, no sólo *hay que creer* en el sistema, sino que *hay que hacerlo creíble* y para eso hay que mejorarlo pero siempre sobre la base de perfectibilidad del ser humano, de la posibilidad, aunque se tenga por remota, de cambio y mejora.

En este contexto, en el que propongo una modificación legislativa para suprimir el régimen específico de cumplimiento de la pena de prisión para condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, por constituir un corpus normativo que se erige en un Derecho Penitenciario del enemigo que bebe de las fuentes del modelo teórico de Derecho Penal así calificado, vuelvo a citar, salvando nuevamente todas las distancias del mundo, al autor de "De los delitos y de las penas" con la esperanza de no hacernos merecedores de su admonición: "Un espíritu inquieto y empleado en pequeñeces, *la medrosa prudencia del momento presente*, la desconfianza y la aversión a toda novedad aunque útil, ocupan el alma de aquéllos que podrían arreglar y combinar las acciones de los hombres".⁸¹

⁸¹ Vid. BECCARIA, *op. cit.*, pág. 96. La cursiva es de este texto y no del transcrito. Esta amonestación de BECCARIA va destinada al legislador en el Capítulo 34: "De los deudores", pero creo que no se violenta en modo alguno, más bien al contrario, lo que quiso transmitirnos si la consideramos dirigida, en general y no sólo para un caso concreto, a todos los que, de una forma u otra, tienen la responsabilidad de legislar.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS LÓPEZ, E., "Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión", RPJ, nº 77, Primer Trimestre, 2005, págs. 41-93.

- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1.986.

- BOTERO BERNAL, A., "La Teoría unificadora dialéctica de Roxín a la luz de Beccaria", <http://filosofíayderecho.com/rtfd/numero5/unificadora.htm>)

- CANCIO MELIÁ, M., "De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?", en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.

- DEMETRIO CRESPO, E., "El "Derecho Penal del enemigo" Darf Nicho nein;. Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", RGDP, iustel.com, nº 4, noviembre de 2.005, págs. 1-35.

- FARALDO CABANA, P., "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas" en Faraldo (Dir.) y Brandariz/Puente (Coords.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- FERNÁNDEZ DÍAZ, J., "Hacia la nueva reforma del Derecho Penitenciario", Berdugo/Sanz (Coords.) en *Derecho Penal de la Democracia versus Seguridad Pública*, Editorial Comares, Granada, 2.005.

- DE FRANCISCO, A., "Las fronteras de la ciudadanía", *CLAVES de Razón Práctica* nº 147, noviembre de 2.004, págs. 38-42.

- GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo", RECPC, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-43.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "El Derecho Penal frente al terrorismo", RGDP, iustel.com., nº 4, noviembre de 2005, págs. 1-39.

- JAKOBS, G., "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo" en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2.006.

- "¿Terroristas como personas en Derecho?" en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2.006.

- JUANATEY DORADO, C., "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", LP, Número 09, AÑO 1, Octubre 2004, págs. 3-30.

- LEWIS, A., "La legalización de la tortura tras el 11-S", *CLAVES de Razón Práctica* nº 147, noviembre de 2.004, págs. 20-26.

- LÓPEZ PEREGRÍN, C., "¿Lucha contra la criminalidad mediante al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", REIC AC-02-03, 2.003, <http://www.criminología.net>, págs. 1-20.

- MUÑOZ CONDE, F., "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *Diario EL PAIS* de 15 de enero de 2.003.

- RADBRUCH G., "El delincuente por convicción", Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora, RECPC, 07-r4, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-5.

- ROXÍN, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Traducción de la 2ª edición alemana por Luzón Peña, D. M., Díaz y García Conllevo, M. y De Vicente Remesal, J., Civitas, Madrid, 1997.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001.

- SOTO NAVARRO, S., "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", RECPC, 07-09, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-46.

- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., "El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad" RECPC, 07-11, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-20.

- TÉLLEZ AGUILERA, A., "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia" en *La Ley*, nº 5837, 14 de agosto de 2.003, págs. 1 y ss.

*Luis Fernando Barrios Flores**

El empleo de medios coercitivos en prisión (Indicaciones regimental y psiquiátrica)

I. INTRODUCCIÓN.

II. MEDIOS COERCITIVOS REGIMENTALES.

1. Concepto y supuestos de empleo.

2. Clases de medios/medidas coercitivas regimentales.

3. Competencia para su uso y control judicial.

4. Principios reguladores en intervenciones por indicación regimental.

5. Sanidad penitenciaria y medios/medidas coercitivas regimentales.

III. EL FUNDAMENTO TERAPÉUTICO EN EL EMPLEO DE MEDIOS COERCITIVOS.

1. La indicación psiquiátrica.

2. Panorama normativo español.

3. Panorama europeo.

3.1. La labor de Instituciones Europeas, especialmente del Consejo de Europa.

* Funcionario del Cuerpo Especial de II.PP., Educador del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante. Doctor en Derecho y Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Alicante. Forma parte de la Red Internacional de Expertos de la Organización Mundial de la Salud sobre "Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación" y ha sido consultor legal en los Estudios europeos EUNOMIA (uso de medios coercitivos en instituciones hospitalario-psiquiátricas) y EUPRIS (salud mental en prisión). Pertenece al Grupo de Trabajo sobre "Salud mental y prisión" (Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria-Asociación Española de Neuropsiquiatría).

3.2. El estado de la investigación en Europa.

4. Propuesta de principios reguladores en las intervenciones por indicación psiquiátrica.

I.- INTRODUCCIÓN.

La coacción está justificada en determinados supuestos. Kant, auténtico paladín de la dignidad y la libertad, lo expresó en unos términos muy adecuados precisamente para el análisis que haré a continuación:

"La resistencia que se opone al obstáculo de un efecto favorece este efecto y coincide con él. Ahora bien: todo lo que no es conforme al Derecho es un obstáculo a la libertad según leyes generales, y la coacción es un obstáculo o resistencia que la libertad padece. En consecuencia: si un cierto uso de la libertad es él mismo un obstáculo a la libertad según leyes generales -es decir, no conforme al Derecho-, la coacción que se opone a aquél coincide con la libertad. O, lo que es lo mismo, la coacción es un impedimento de un obstáculo a la libertad. O, lo que es lo mismo, la coacción es conforme al Derecho. Por tanto, de acuerdo con el principio de contradicción, al Derecho se halla unida en sí la facultad de ejercer la coacción sobre aquél que lo viola"¹.

Esta correlación Derecho-coacción es pues clara en Kant, quien llega a afirmar que: "Derecho y facultad de coacción significan, por tanto, una y la misma cosa"². E igual de clara, es en un autor de muy diferente perfil -Maquiavelo- cuando afirmó:

"Es menester, pues, que sepáis que hay dos modos de defenderse: el uno con las leyes y el otro con la fuerza. El primero es el que conviene a los hombres; el segundo pertenece esencialmente a los animales; pero, como a menudo no basta con aquél, es preciso recurrir al segundo"³.

La prisión, en sí misma, y sin perjuicio de sus fines reeducadores y rehabilitadores, supone una medida coactiva que restringe en un elevadísimo grado la libertad personal (cuando menos la libertad deambulatoria, aunque no sólo ésta). Junto a los fines indicados, evidentemente tiene además un carácter aflictivo, pues "es cosa grave y molesta al hombre estar preso y cuan penoso lugar y triste fea la cárcel"⁴. Por razonamientos mucho más elaborados, las críticas acerca de la prisión abundan desde sus mismos orígenes y la noticia de la crisis de la institución es bien antigua⁵. Podríamos

¹ KANT, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho* (Intr. y Trad. Felipe González Vicen), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 82-83. En el mismo sentido en *La Metafísica de las Costumbres* (Trad. y notas Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 40-41.

² KANT, Immanuel: *Introducción a la Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 84-85, y en el mismo sentido en *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 42.

³ MAQUIAVELO, Nicolás: *El Príncipe* (Comentado por Napoleón Bonaparte), Espasa-Calpe, Madrid, 13ª edic., 1973, p. 85.

⁴ Encabezamiento del capítulo II de: SANDOVAL, Bernardino: *Tratado del cuidado que se debe tener de los presos pobres*, Casa de Miguel Ferrer, Toledo, 1564.

⁵ DORADO MONTERO, Pedro: *El Derecho protector de los criminales*, s.l., s.i., s.n. [1907?]. (Es una prueba incompleta hallada en la biblioteca personal del autor, depositada en la Casa Miguel de Unamuno (CONTINÚA)

coincidir con Foucault en que no deja de ser curioso que "la 'reforma' de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma"⁶.

Y, sin embargo, la prisión como institución persiste a escala universal. Pudiera ser por las razones invocadas por Neuman:

"... mientras existan seres -¡y a fe que los hay!- con abismante capacidad de daño social o el volumen de la criminalidad, los medios y las ideas puestas en la balanza de las realidades no lo permitan, desgraciadamente la prisión tradicional deberá seguir..., claro que aplicándola con tino en el marco de terapias adecuadas que permitan brindar la posibilidad de un nuevo crédito de confianza a ese ser humano"⁷.

Pues bien, si la prisión es coacción, en la práctica penitenciaria no ha sido ni es inusual el empleo interno de medios coercitivos. Es el uso de la coacción en el seno de una institución asimismo coactiva⁸. Tales medios se aplican o por motivos regiminales (intento de evasión, violencia frente a terceros, resistencia a órdenes del personal penitenciario) o por razones terapéuticas (conductas autolíticas en sus diferentes manifestaciones, crisis psiquiátricas o enfermedades infecto-contagiosas). En unos y otros casos es evidente que este conjunto de medidas "dañan como ninguna otra los derechos de los reclusos"⁹.

Intentaré aquí mostrar que la actual regulación penitenciaria del tema es confusa e insuficiente, especialmente en lo que a intervención de la sanidad penitenciaria respecta. Lo primero deriva del hecho de que la normativa vigente adolece de un grave defecto, la indiferenciación de los dos fundamentos posibles del empleo de este tipo de medios (el regimental y el terapéutico). Lo segundo, es manifestación de las carencias que nuestro ordenamiento jurídico tiene en el ámbito sanitario -general y no sólo penitenciario- respecto a actuaciones llevadas a cabo sin consentimiento del paciente.

Antes de nada, son pertinentes algunas precisiones conceptuales. En primer lugar, la coerción puede entenderse como actuación preventiva, pero también como castigo. La etimología del término incluye ambas nociones. *Coercitio* es represión o sujeción, pero también castigo o pena; *coerceo* es encerrar, contener o mantener dentro de unos límites, pero también alude a la corrección de una conducta. En mi indagación descarté las segundas significaciones, para centrar mi atención en las primeras. Me centraré por tanto en la coerción, entendida como "determinación por un individuo de los rasgos esenciales de la conducta de otro"¹⁰; o, en otros términos: "Un hombre está

(CONTINUACIÓN) de la Universidad de Salamanca), Cap. XXIII: "Sobre la reforma penitenciaria", p. 472: "La cárcel, forma de penalidad en la que, durante el siglo XIX, puede decirse que han venido a refundirse todas las demás anteriormente existentes, se halla en crisis. La gran confianza que en ella se había puesto, como la pena por excelencia, está perdida, poco menos que del todo".

⁶ FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 236.

⁷ BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías: *Criminología y dignidad humana (diálogos)*, Depalma, 2ª edic., Buenos Aires, 1991, p. 105.

⁸ Destaca la STC 74/1985, de 17 de julio (FJ 4º) que el aislamiento en celda (se refiere a la sanción, pero ello no es obstáculo para hacerlo extensivo al aislamiento provisional como medio coercitivo no sancionador) "implica una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena".

⁹ MAPELLI CAFARENA, Borja: *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, Madrid, 1983, p. 284.

¹⁰ HAYEK, F. A.: *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.

siendo *coaccionado* cuando cualquier tipo de fuerza es usada contra él o su conducta está siendo determinada por la amenaza de la fuerza"¹¹. En consecuencia, viene a suponer la coerción la determinación, por los responsables de la "institución total" penitenciaria¹², del ámbito de actuación de los reclusos vinculados a ella a través de una relación de sujeción especial¹³.

Respecto a la denominación a emplear no es uniforme la doctrina. Algún sector doctrinal utiliza el término "medidas"¹⁴, mientras que otros autores se inclinan por el de "medios"¹⁵. Incluso no faltan quienes imbrican ambos términos, y consideran que los "medios" coercitivos son "medidas de fuerza"¹⁶. Personalmente considero que la razón aquí está repartida. "Medio", según el Diccionario de nuestra Real Academia, es "cosa que puede servir para un determinado fin" (acepción 11ª). Por su parte "medida" significa "disposición, prevención" (acepción 6ª). A mi entender, mientras la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas son subsumibles dentro de la categoría de "medios", el aislamiento provisional más bien parece una "medida". Incluso cabría diferenciar entre "acción" (así el empleo de la fuerza física) y "elementos" (tales como las defensas, aerosoles o esposas)¹⁷. La discusión no tiene proyecciones prácticas de interés, por lo que la dejo de lado.

Lo que aquí realmente interesa es: por un lado, describir qué fundamentos tienen los dos grupos de medios/medidas; por otro, resaltar la relevancia que tal distinción tiene desde la perspectiva sanitario-penitenciaria. El tema quedará acotado en referencia a sólo dos indicaciones: la regimental y la psiquiátrica (dejo de lado pues la aplicación de medidas involuntarias en el caso de enfermedades infecto-contagiosas, huelgas de hambre o tratamientos somáticos involuntarios).

¹¹ LUCAS, J.R.: *The Principles of Politics*, The Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 57.

¹² GOFFMAN, Erving: *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu-Martínez de Murguía, Madrid, 1987.

¹³ Recuerda la STC 129/1995, de 11 de septiembre, que "no es ocioso recordar que el internamiento de un ciudadano en un Centro Penitenciario vincula al interno con la Administración estableciendo una relación de sujeción especial (SSTC 74/85, 2/87, 120/90 y 57/94, entre otras) que le somete a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos". Vid. sobre el tema: GALLEGO ANABITARTE: "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración", *Revista de Administración Pública*, núm. 34, 1961, pp. 11-51.

¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Las medidas coercitivas de la disciplina penitenciaria", en AA.VV.: *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tomo VI, Vol. I, Madrid, 1986, pp. 657 y ss, en especial 665; DELGADO LÓPEZ, Luis María: "Las medidas coercitivas (artículo 45 LOGP)", en AA.VV.: *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario*, Madrid, 1992, pp. 173 y ss y GONZÁLEZ CANO, María Isabel: *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, 1994, p. 314.

¹⁵ TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, Edisofer S.L., Madrid, 1998, p. 126. Entiende este autor que el uso del término "medios" es la más adecuada al ser, además, la utilizada tanto en la LOGP como en el Reglamento Penitenciario.

¹⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: "Los medios coercitivos" en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca-Colex, 2001, p. 254.

¹⁷ GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos: "Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios", *La Ley*, núm. 1489, 4.7.1986, 1986-III, pp. 824-826; definición en p. 824.

II. MEDIOS COERCITIVOS REGIMENTALES.

1. Concepto y supuestos de empleo.

En el sistema penitenciario existe una prohibición general de malos tratos¹⁸. Sin embargo, hay ocasiones en las que, en base a diferentes fundamentos, está legitimado el uso de la fuerza. Una fuerza que es manifestación externa de la coacción directa y que legitima la intervención sobre las personas a través de la violencia corporal, de medios auxiliares e incluso -llegado el caso- mediante las armas¹⁹. Bien entendido que está mayoritariamente admitido que el uso de medios coercitivos en las instituciones penitenciarias en modo alguno puede tener carácter sancionador. Así está establecido por las reglas 33 de las Reglas Mínimas de Tratamiento del recluso de la ONU (RM 1955²⁰) y 39 de las Reglas Penitenciarias Europeas de 1987 (RPE 1987²¹). Esta es también la posición de la doctrina²², cuando afirma que este tipo de medios no tiene un "sentido aflictivo"²³.

Grijalba define a los "medios coercitivos" como: "La acción conveniente o los elementos necesarios que pueden ser utilizados para impedir o reprimir determinadas actuaciones de los internos que, debido a su gravedad, requieren una respuesta cuasi-inmediata o inmediata". El autor de esta definición extrae de la misma las siguientes notas²⁴:

- Distinción entre acción y elementos. Acción sería el empleo de la fuerza personal. Elementos el resto de medios enunciados. Caben combinaciones.
- La acción ha de ser la conveniente y los elementos los necesarios. La utilización de estos medios ha de ser buena y útil para algo o alguien.
- Para contener o reprimir, tal acción/elementos pueden utilizarse de modo preventivo (para contener) o represivo (para reprimir, impidiendo que tal actuación reprimida se perpetúe en el tiempo).
- La reacción administrativa se produce ante determinadas actuaciones de los internos (las establecidas en el art. 45 LOGP).

¹⁸ BUENO ARÚS, Francisco: "Prohibición general de malos tratos", en *Comentarios a la legislación penal*, EDER-SA, 1986, Volumen VI-1, pp. 133-142.

¹⁹ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *La coacción administrativa directa*, Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, Madrid, 1990, p. 424.

²⁰ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

²¹ Recommandation N° R (87) 3 du Comité de Ministres aux États membre sur les règles pénitentiaires européennes. Adoptée par le Comité des Ministres le 12 février 1987, lors de la 404e réunion des Délégués des Ministres).

²² ASENCIO CANTISÁN, Heriberto: "Régimen disciplinario y procedimiento sancionador", *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1, 1989, p. 34; DELGADO LÓPEZ, Luis María: "Las medidas coercitivas (artículo 45 LOGP)", en AA.VV.: *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario*, Madrid, 1992, pp. 176 y 184; TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., p. 128.

²³ VALERO OLTRA, Rafael: "El uso de medios coercitivos en el ámbito penitenciario", *Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1988*, Madrid, 1988, pp. 359 y ss.

²⁴ GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos: "Los medios coercitivos...", op. cit., pp. 824-826; definición en p. 824.

- Tales actuaciones han de alcanzar cierta gravedad. Es decir, han de desbordar los medios ordinarios de actuación penitenciaria²⁵. Dicha gravedad puede ser determinada objetivamente o sometida a valoración. Es objetivo el intento de evasión o los actos de violencia de los internos. Cabe valoración en el tercero de los supuestos (45.1.c LOGP), que dependerá de las circunstancias del interno y del hecho. A juicio de Grijalba, el empleo de medios coercitivos solo cabrá en los casos de los arts. 108.d) o 109 b) RP 1981, no en los del 110. b) RP 1981.

El hecho de que esté pacíficamente admitido que los medios coercitivos penitenciarios no llevan implícito un contenido sancionador, no supone -necesariamente- que se les niegue una naturaleza disciplinaria. Hay quien afirma que aún siendo medidas de naturaleza disciplinaria no tienen carácter sancionador²⁶, y en el mismo sentido se ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional (ATC 373/1989 y STC 129/1995).

Los supuestos de empleo de este tipo de medios están limitados a los casos enumerados por el art. 45.1 de la LOGP: a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos, b) Para impedir daños de los internos a sí mismos, o a otras personas o cosas y c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo. Son supuestos pues que obedecen a la acción del recluso, aunque ésta en ocasiones sea la adopción de una postura pasiva. Bay incluyó ambos aspectos cuando afirmó: "Cuando una persona quiere firmemente hacer algo (o permanecer pasivo) y es forzosamente constreñido (presionado), hablamos de "coerción"²⁷.

Los supuestos de los apartados a) y b) coinciden básicamente con el contenido de los apartados 33 a) y c) de las Reglas Mínimas de Tratamiento del Recluso de la ONU. Las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006-en adelante RPE 2006-²⁸, que suceden a las anteriores de 1987 -RPE 1987-, por su parte consideran supuestos justificados para el empleo de la fuerza: la legítima defensa, la tentativa de evasión y la resistencia activa o pasiva a órdenes lícitamente emitidas por el personal penitenciario (regla 64.1).

Mapelli aboga por emplear como criterio la presunción de hallarnos ante unas conductas delictivas, entre las que se incluiría la pretensión del interno de provocar un conflicto generalizado dentro del centro "rompiendo objetos o insultando a los funcionarios o a los compañeros"²⁹. En otro caso, la vía a utilizar sería la disciplinaria. Sin embargo, no le falta razón a Grijalba cuando considera que existen supuestos en los que el interno no incurre en ilícito penal y sin embargo el funcionario está legitimado para el empleo de medios coercitivos (por ej. intentos de autolesión o suicidio)³⁰. Menos restrictiva es la opinión de otros autores, para quienes el medio coercitivo cabe

²⁵ En este sentido es ilustrativa, a título de mero ejemplo, la STC 129/1995, de 11 de septiembre: "El art. 45 LOGP, permite la utilización de medios coercitivos para garantizar la disciplina en la prisión en situaciones de especial gravedad, dirigida a impedir actos de evasión o violencia, cuando resulte comprometida la vida o la salud de los internos".

²⁶ Señala García Albero que el uso de medios coercitivos en prisión se ve desde un prisma más preventivo que represivo; TAMARIT SUMALLA, Josep M., SAPENA GRAU, Francesc y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Curso de Derecho Penitenciario. Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 159.

²⁷ BAY, Christian: "The Structure of Freedom", Stanford University Press, Stanford, 1970, pp. 16-17.

²⁸ Recommendation Rec (2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes (adoptée par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952e réunion des Délégués des Ministres).

²⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Principios Fundamentales...*, op. cit., p. 285, nota 154.

³⁰ GRIJALBA LÓPEZ, J.C.: "Los medios coercitivos...", op. cit., p. 825.

cuando la desobediencia del recluso supone un fundado peligro o un grave menoscabo de la autoridad³¹ o cuando se produciría la alteración de la normal convivencia del Centro Penitenciario de no ser inmediatamente cumplidas determinadas órdenes³².

La más problemática ha sido la interpretación del apartado c) del citado art. 45.1 LOGP, ya que la "resistencia" es un concepto tan borroso en su definición como subjetivo en su delimitación³³.

El uso de medios coercitivos fuera de los supuestos legalmente previstos conllevaría la tipificación penal (rigor innecesario³⁴, malos tratos³⁵ o tortura³⁶)³⁷.

2. Clases de medios/medidas coercitivas regimentales.

En el derecho penitenciario español, el art. 45.1 LOGP afirma taxativamente que "sólo podrán utilizarse... aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente". El

³¹ VALERO OLTRA, , Rafael: "El uso de medios coercitivos en el ámbito penitenciario", *op. cit.*, p. 359.

³² TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, *op. cit.*, p. 129.

³³ Un buen ejemplo de ello lo proporciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30.5.2002 (EDJ 2002/49029) que resolvió el recurso de apelación presentada con la sentencia de primera instancia que condenó a varios funcionarios de un Centro Penitenciario de Madrid como autores responsables de una falta de lesiones. En el recurso, lo que estaba en juego era si la fuerza empleada fue o no proporcional al fin perseguido. En el caso de autos el interno se había negado a "huellar" unos documentos administrativos relacionados con algunas "libertades". Se afirma en la citada Sentencia que "ciertamente el empleo de fuerza física personal es necesario en casos excepcionales en los Centros Penitenciarios, de acuerdo con la habilitación que establece el art. 45 LOGP y lo prevenido en el art. 72.1 RP 1996; así ocurre, entre otros supuestos, en los casos en que es necesaria para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo". Pero tal empleo está condicionado a concretas circunstancias. Sin embargo, "en el caso de autos, la finalidad pretendida no era la evitación de actos de evasión, de violencias, de causación de daños del interno a sí mismo, a otra persona, ni a cosas o enseres del Centro. En realidad, el lesionado se limitó a negarse a estampar su huella, no más. Y la finalidad a alcanzar por los funcionarios era simplemente el cumplimiento de un mero trámite administrativo, consistente en estampar la huella dactilar en un documento", y añade que "en este caso, la identidad era indubitada, y lo que se pretendía era simplemente completar una formalidad burocrática", por lo cual "en estas circunstancias, la utilización de fuerza física personal por parte de los tres funcionarios de prisiones sobre la persona de R., hasta la causación de las lesiones objetivadas en los dictámenes médicos obrantes en autos, constituyó un empleo inapropiado y desproporcionado de este medio coercitivo, en cuanto los funcionarios tenían a su alcance todo un arsenal de medidas, previstas en la legislación penitenciaria [desde] hacer constar la actitud del penado y la situación producida, hasta imponer, en su caso, las sanciones que el referido comportamiento obstruccionista del penado hubiera merecido". En base a esta argumentación se confirmó la sentencia condenatoria de instancia.

³⁴ Artículo 533 Código Penal: "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".

³⁵ Art. 617.2 Código Penal: "El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días".

³⁶ Artículo 174 Código Penal: "1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior".

³⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a., SAPENA GRAU, Francesc y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Curso de Derecho Penitenciario*, *op. cit.*, p. 163; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: "Los medios coercitivos", *op. cit.*, p. 255.

vigente reglamento de 1996 indica en concreto el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas (72.1 RP 1996), reproduciendo literalmente el listado que contenía el art. 123.1 del Reglamento de 1981 (únicamente el término "sprays" del 123.2 del RP 1981 ha sido sustituido por el de "aerosoles" en el 72.1 RP 1996).

Este listado de medios plantea dos problemas básicos. En primer lugar, la legalidad de la enumeración realizada. En segundo lugar, el carácter taxativo o no de la misma. Respecto a lo primero, no parece haber duda³⁸. El recurso al desarrollo reglamentario para establecer concretamente el tipo de medios coercitivos admisibles está en sintonía con lo establecido en la Regla 34 de las RM 1955, cuando atribuye a la "administración central penitenciaria" la determinación del "modelo y los métodos de empleo autorizados de los medios de coerción", y también con lo preceptuado en la norma 40 de las RPE 1987 que también remite a la "ley o a los reglamentos en vigor" la determinación de tales medios y sus condiciones de su uso. El apartado 65.a) de las RPE 2006 residencia la determinación de los medios coercitivos utilizables en un "protocolo", término que entiendo más confuso, pero que en cualquier caso denota la posibilidad de que la determinación de los medios se lleve a cabo en una norma de detalle y no en una de rango legal. Hay algún autor -no obstante- que considera que debiera reprocharse la sede reglamentaria del elenco de medios coercitivos, ya que ello conculcaría el principio de legalidad; en definitiva, que el lugar idóneo de ubicación del listado de los mismos debiera ser la propia Ley Orgánica General Penitenciaria⁴⁰.

En cuanto a lo segundo, la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que existe un *numerus clausus*, y ello por razones de seguridad jurídica⁴⁰; sin embargo, por ejemplo Mapelli Caffarena, considera que "no hay razones para excluir cualquier instrumental nuevo pensado como medio de coerción y no de lesión que sea más eficaz que los que se conocen actualmente"⁴¹. Esta última posición mereció en su día el rechazo de Grijalba, quien consideró que la utilización de cualquier otro medio de coerción, diferente a los enumerados, requeriría la pertinente modificación reglamentaria⁴². Sobre este punto Téllez refiere que el Anteproyecto de Reglamento Penitenciario, en su versión de noviembre de 1994, añadía al listado actualmente existente en el art. 72.1 RP 1996, la coletilla "y otros semejantes". Sin embargo, en la redacción definitiva se suprimió la misma, debido a que existía el temor de que se introdujeran medios coercitivos especialmente agresivos⁴³.

Entrando en los concretos medios coercitivos, estos son:

³⁸ TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., p. 130 y pp. 46-49.

³⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: "Los medios coercitivos", op. cit., p. 255.

⁴⁰ GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos: "Los medios coercitivos...", op. cit., p. 826 y DELGADO LÓPEZ, Luis María: "Las medidas coercitivas (artículo 45 LOGP)", en AA.VV.: *Ministerio Fiscal y sistema penitenciario*, Madrid, 1992, p. 182. En el mismo sentido también se pronunció el Servicio Jurídico del Estado en su Dictamen de 17 de marzo de 1992 y FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: "Los medios coercitivos", op. cit., p. 255.

⁴¹ MAPELLI CAFARENA, Borja: *Principios Fundamentales...*, op. cit., p. 286.

⁴² GRIJALBA LÓPEZ, J.C.: "Los medios coercitivos...", *La Ley*, núm. 1489, 4.7.1986, 1986-III, p. 826.

⁴³ Concretamente se pensó en el REACT (Tecnología de Control Remoto Activada Electrónicamente), de uso en algunos centros de Estados Unidos y que consiste en un dispositivo conectado a una unidad central desde la que los funcionarios pueden activar un dispositivo de control remoto que administra una descarga eléctrica que deja paralizado al recluso destinatario; TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., p. 131.

1.- El aislamiento provisional, que es una medida de naturaleza diferente tanto a la medida cautelar de aislamiento como a la sanción de aislamiento. Afirma al respecto Téllez, que el aislamiento en estas tres manifestaciones se rige por una finalidad y unos principios "propios e intransferibles"⁴⁴. Es admisible la medida de aislamiento provisional en supuestos tales como la tenencia en el interior del cuerpo de un recluso de droga, medida que se justifica a fin de evitar daños propios o a otros internos, siendo medida "perfectamente justificada" para intentar recuperar la droga (AJVP Puerto de Santa María, 14.2.1995). Como dice este mismo Auto, el maximalismo en la negativa al uso de esta medida podría llevar al absurdo de que el Director no pudiera aplicar "el aislamiento provisional ni siquiera durante un minuto al interno que acaba de degollar a otro en el patio, si, al acudir el funcionario, aquel le hace entrega del cuchillo homicida, toda vez que no hay resistencia". Pero en la práctica sanitaria penitenciaria ha habido algún pronunciamiento, como el del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria del Puerto de Santa María (Auto de 7 de diciembre de 1994), en el que considera inadecuado el aislamiento provisional cuando un recluso ha ingerido un objeto, pues "ya no existe resistencia que vencer".

La medida de aislamiento provisional es incompatible con un régimen de comunicaciones, "por su propia naturaleza" (AJVP Valladolid, 9.2.1999). Y, en fin, tampoco puede confundirse con las limitaciones regimentales contempladas en el art. 75.2 RP 1996.

2.- El uso de aerosoles, debido a unos hechos luctuosos acontecidos, fue suspendido su uso por Instrucción de 7 de abril de 1994. Posteriormente por Instrucción de 15 de julio del mismo año, se establecieron las características técnicas (capacidad, clase de gas -Cs-, composición y grado de toxicidad), las instrucciones de uso (preferentemente en lugares abiertos y durante más de 2/3 segundos), la obligatoriedad del inmediato reconocimiento médico tras la reducción del recluso y los primeros auxilios al afectado (en ojos, piel y las instrucciones a seguir en caso de inhalación y/o ingestión)⁴⁵.

La refundición de Circulares llevada a cabo -conforme a lo preceptuado en la Disposición Transitoria 4ª del RP 1996- por la Circular 21/1996, de 16 de diciembre, en su apartado 1.B.3, reitera el contenido de la anterior de 15 de julio de 1994.

3.- En lo relativo a las esposas, la principal problemática se plantea respecto a su eventual empleo dentro del propio Establecimiento durante el movimiento interno de reclusos peligrosos, siendo las resoluciones judiciales de dispar contenido. Algunas consideran improcedente "esposar a los internos FIES-RE durante las conducciones o traslados de los mismos dentro del Establecimiento" ya que "las esposas, al tratarse de un medio coercitivo, no pueden ser objeto de colocación indiscriminada al colectivo FIES" pues esta "medida viene determinada para cada caso individual y concreto, y siempre que existan actos materiales, actuales y concretos que supongan una alteración regimental" (AJVP Valladolid, 31.8.1993), por lo que sólo podrá hacerse uso de las mismas "cuando su conducta [la del interno en concreto], así lo justifi-

⁴⁴ TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., p. 131.

⁴⁵ Ese mismo año, por Orden de 3 de octubre de 1994 (BOE, 7 de octubre) se precisó el régimen aplicable a los sprays de defensa personal de venta permitida en armerías. En la misma se especifica la necesidad de que la autorización de tales productos requiere especificación de componentes, estudios toxicológicos, instrucciones de uso,...

que" (AJVP Oviedo, 20.10.1993). Otras resoluciones, por el contrario, admiten el uso de esposas intra-muros al considerar que ello es "necesario para evitar males mayores" (AJVP Málaga 4.11.1993), al ser evidente que "existen razones de seguridad que justifican tanto la colocación de esposas como la presencia de un funcionario en las visitas médicas" (AJVP Murcia, 5.5.1994). En base al último razonamiento, se autoriza la colocación de esposas a internos FIES "cuando tengan que desplazarse al exterior del módulo, con ocasión de comunicación, salida a diligencias, conducciones, etc" (AJVP Valencia, 5.12.1994); y por ello "el uso de esposas durante el tiempo necesario para salir al patio es adecuado ya que existen razones de seguridad que justifican, en atención a las especiales características de los internos del departamento especial, la adopción de tales medidas" (AJVP Murcia, 13.1.1995). Doctrinalmente se considera que no es admisible el uso de esposas en el interior del centro de modo sistemático, aún cuando el recluso se encuentre en régimen cerrado⁴⁶.

4.- En cuanto a la admisibilidad de las correas de sujeción, una Instrucción de Servicios del Subdirector General de Servicios de 23 de marzo de 1994 ordenó la inmediata retirada de correas de sujeción y camisas de fuerza de todos los establecimientos penitenciarios españoles. Uno de los correadores del vigente Reglamento Penitenciario, Abel Téllez Aguilera, propuso incluir en el elenco de medios coercitivos las correas de sujeción (art. 68.1 del Anteproyecto), aunque su propuesta fue rechazada, básicamente por razones de imagen, como el mismo recuerda⁴⁷. Comparto plenamente la crítica del citado jurista penitenciario -y hoy magistrado- en el sentido de que la DGIP parece desconocer lo altamente perjudicial que puede ser el uso de esposas en comparación a la considerablemente mayor inocuidad de las correas usadas en el ámbito sanitario. Me consta no obstante el uso de correas de sujeción en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante y siempre por razones terapéuticas; es decir, en este establecimiento se emplean los mismos medios a los que se recurre en las unidades de hospitalización psiquiátrica no penitenciarias, lo cual es absolutamente loable.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid núm. 3, al amparo de lo establecido en el art. 77 LOGP, elevó una propuesta a la DGIP el 3 de octubre de 1997, recomendando el empleo de fijaciones psiquiátricas y no "esposas", en base al siguiente razonamiento: "Es evidente que el control físico de un enfermo mental, para evitar daños a su persona o a terceros, no se incluye entre aquellos supuestos. Para tal finalidad existen unos medios diseñados con ese fin específico y de uso en Hospitales Psiquiátricos que, precisamente por ello, resultan menos agresivos para los sujetos y también más seguros para cumplir tal finalidad". El uso de las fijaciones psiquiátricas requeriría, en cualquier caso, "la indicación psiquiátrica pertinente". En razón de lo expuesto dicho Juzgado solicitó de la DGIP la autorización de "fijaciones psiquiátricas específicas" y la prohibición de las esposas en los Centros Penitenciarios Madrid II, y III y Alcalá II.

5.- El uso de las defensas de goma está autorizado, aunque no siempre es legítimo. Así, por ejemplo, no lo es en un supuesto en que se manifiesta la agresividad ver-

⁴⁶ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: *Manual de Ejecución Penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Colex, Madrid, 1998, p. 199.

⁴⁷ TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria, op. cit.*, p. 133.

bal de un interno encerrado en una celda, ante cuya actitud los funcionarios abren la misma y emplean las defensas de goma ya que "el abrir la celda y verse forzados por la evidente agresividad anteriormente manifestada y conocida de ellos, a utilizar las defensas de goma, implica cuanto menos una gravísima imprudencia de tales funcionarios" (AJVP Granada 18.11.1994).

Por lo demás, se establece la obligatoriedad de depositar los medios coercitivos "en aquel lugar o lugares que el Director entienda idóneos", debiendo reflejarse su cuantía y estado en un libro oficial (72.4 RP 1996). Este precepto, dice Téllez, pretende dar cobertura a una práctica habitual, ya que evidentemente no tiene demasiado sentido que todos los instrumentos coercitivos se encuentren depositados en la Jefatura de Servicios, cuando puede haber, y de hecho hay, módulos de internos especialmente conflictivos que aconsejan un a mayor proximidad de dichos instrumentos. Además los medios coercitivos han de estar depositados, no pueden ser portados de ordinario por los funcionarios de II.PP.⁴⁸. Así lo impone la Regla 69 RPE 2006, que aunque se refiere a las armas, también alude a las defensas⁴⁹.

Con anterioridad al actual RP 1996, Grijalba señaló que parecía razonable que los elementos coercitivos los tuviera bajo su control aquel que debía autorizar su uso. Ello admitiría dos tipos de puntualizaciones. A juicio del citado autor: la primera sería que nada se opondría teóricamente a que los funcionarios -estado de servicio- portaran estos medios; la segunda, que la atención al espíritu de la ley, "la ostentación y exhibición en el interior de los establecimientos de tales medios, de modo continuo, puede crear un ambiente de tensión e intimidación psicológica innecesaria, por lo que tal visibilidad de los medios sería un desacierto⁵⁰. Hay alguna resolución judicial que, en vistas de las circunstancias de un determinado departamento, justifica el hecho de portar instrumentos de defensa personal⁵¹.

3. Competencia para su uso y control judicial.

El inspirador de la LOGP, Carlos García Valdés, consideró que, a la vista de lo dispuesto en el art. 45 LOGP, la competencia para la utilización de los medios coercitivos

⁴⁸ TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁹ El Diputado Gil Lázaro realizó una pregunta al Gobierno de la Nación acerca de si estaba previsto que los funcionarios penitenciarios que prestaban sus servicios en módulos y patios pudieran estar dotados de algún elemento de protección coercitiva individual. La respuesta del Gobierno fue que, de acuerdo a la legislación vigente, los medios coercitivos sólo podrían utilizarse en "situaciones excepcionales taxativamente especificadas en la ley", estando su uso "dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad", no pudiendo subsistir más que el tiempo estrictamente necesario, señalando además que tales medios, que deben estar custodiados en el lugar que el Director estime idóneo no pueden ser portados con carácter general por los funcionarios penitenciarios, con independencia de donde presten sus servicios; Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie D (General), 14.1.2005, p. 138.

⁵⁰ GRIJALBA LÓPEZ, J.C.: "Los medios coercitivos...", *op. cit.*, pp. 828-829.

⁵¹ En el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 5.4.2002 (EDJ 2002/35763) se hace referencia precisamente al hecho de portar los funcionarios medios coercitivos (defensas de goma). En primera instancia se denegó el recurso presentado por la defensa del interno, que alegaba violación del art. 45.3 LOGP, ya que tales defensas "simplemente se portan" en un Módulo especialmente conflictivo, por lo que "en definitiva, si sólo se ha actuado, a la vista de las especiales características del Módulo 15, adoptando medidas de seguridad y de control, no sólo previstas, sino exigidas al Centro Penitenciario por la Instrucción 21/96, de 16 de diciembre, y no se ha acreditado ni el uso de tales medios, que sí podría conculcar los arts. 45.3 de la LOGP y 72.1 del vigente Reglamento Penitenciario, en el caso de que no se hubieran dados los supuestos en ellos establecidos, por lo que no se ha acreditado que se haya conculcado derecho alguno de los internos, y en concreto del recurrente, es evidente, como más arriba se dijo, máxime a la vista del informe del Ministerio Fiscal, que procede desestimar el recurso y confirmar el auto objeto del presente recurso".

corresponde "exclusivamente" al Director, titular o accidental, y en casos de urgencia al Jefe de Servicios y funcionarios de servicio interior⁵². Esta distinción, entre los supuestos normales (previa autorización del Director) y los urgentes (con autorización previa del Jefe de Servicio o incluso sin autorización previa -en casos de perentoria necesidad-), es reconocida pacíficamente por la doctrina⁵³.

En supuestos normales la competencia para autorizar el empleo de medios coercitivos recae en el Director del Establecimiento, siendo taxativos los términos de los arts. 45.1 LOGP y 72.3 RP 1996. En cuanto a los supuestos de urgencia, parece obvio que no es posible participar previamente al Director la existencia de una situación de riesgo inminente o de daño que aconseje el empleo de estos medios, por lo que -tras proceder coercitivamente- "se comunicará inmediatamente al Director" tal actuación (45.2 LOGP). El empleo de estos medios en situaciones de urgencia podrá decidirlo el Jefe de Servicios, a quien compete "adoptar provisionalmente las medidas indispensables para mantener el orden y buen funcionamiento de los servicios regimentales, dando cuenta de ellas al Director", según establece el art. 283 RP 1996 y anteriormente, con la misma redacción, el art. 287.2.6ª RP 1981, precepto que se mantiene vigente, con rango de resolución del Centro Directivo, hasta que se dicte la nueva regulación de los servicios y unidades de los Centros penitenciarios y las funciones de cada uno de los puestos de trabajo (Disposición Transitoria 3ª del Reglamento Penitenciario de 1996)⁵⁴.

Y quien dice Jefe de Servicios, dice -sin más- funcionarios, pues obviamente cuando no está presente, o no es posible recibir instrucciones del Jefe de Servicios, es razonable que "los funcionarios de servicio pueden llevarla a cabo con carácter provisional "ante la urgencia de la situación", dando cuenta inmediata al Director, (art. 45.2 LOGP, en relación con el art. 76.6 RP)" (STC 129/1995, 11 de septiembre). Esto mismo ha sido confirmado en el art. 71.2 RP 1996 al indicar que "cuando los funcionarios, con ocasión de cualquiera de las medidas de seguridad enumeradas en los artículos anteriores [observación de internos, registros, cacheos, recuentos intervenciones], detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indicia-rio de una posible perturbación de la vida normal del Centro, lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Jefe de Servicios, sin perjuicio de que, en su caso, hagan uso de los medios coercitivos a que se refiere el artículo siguiente". Mas reticentes a la posibilidad de admitir que "cualquier funcionario pudiera autorizarlo" (el empleo de medios coercitivos) se mostraban anteriormente otros comentaristas⁵⁵, aunque hoy, como queda dicho, es incuestionable la existencia de cobertura normativa.

La LOGP (art. 45.2) señala expresamente que tal tipo de actuaciones ha de comunicarse "inmediatamente al Director", el cual -a su vez- tiene obligación de poner tal hecho en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Durante la tramitación de la LOGP, el Texto del Anteproyecto establecía que el empleo por razón de urgencia de los medios coercitivos debía ponerse "en conocimiento inmediato del Director"; la misma dicción tenía el texto del Proyecto; el Grupo *Socialistas de*

⁵² GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, Civitas, Madrid, 1982, p. 136.

⁵³ Así: TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., pp. 136-137.

⁵⁴ MAPELLI CAFARENA, Borja: *Principios Fundamentales...*, op. cit., p. 285.

⁵⁵ GRIJALBA LÓPEZ, J.C.: "Los medios coercitivos...", op. cit., p. 827. A su juicio el empleo estaría siempre supe-
ditado a la autorización, cuando menos, del Jefe de Servicios.

Catalunya propuso que a lo anterior se añadiera "... y del Juez de Vigilancia", por considerar que "la gravedad de los medios coercitivos, de carácter excepcional a que alude el artículo en su texto, hace preciso que las medidas adoptadas se pongan en conocimiento de la Autoridad judicial". En el informe de la Ponencia se consideró que el texto debía adoptar la forma que finalmente recogió la Ley, superando así el filtro del Dictamen de la Comisión y el Dictamen del Pleno (García, 1981). A juicio de Carlos García Valdés⁵⁶, el texto que finalmente fue aprobado acogió "el razonable criterio de dar muestras de confianza en las decisiones de los directores y mandos de los establecimientos, teniendo presente además que la singularidad de los conflictos penitenciarios lograrían que el Juez prestara casi dedicación exclusiva a la autorización o denegación de los medios coercitivos contemplados en el precepto".

Se encuentra admitido el necesario y preceptivo control judicial del empleo de estos medios, porque este conjunto de medidas dañan "como ninguna otra, los derechos de los reclusos"⁵⁷, por lo que los afectados han de estar amparados por los derechos de petición, queja y recurso⁵⁸.

Señala la STC 129/1995, de 11 de septiembre, que la utilización de medios coercitivos es "un acto que no afecta a la ejecución de la pena sino al cumplimiento de la condena impuesta, dictado por la Administración, sometido al principio de legalidad y al ulterior control encomendado al Juez de Vigilancia Penitenciaria -art. 76.2 e) LOGP-, para corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse".

Es obligado poner en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria las ocasiones de empleo de medios coercitivos (45.2 LOGP)⁵⁹. La comunicación será inmediata, dando cuenta de la adopción y cese del empleo de estos medios "con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento" (72.3 RP 1996). El Director debe remitir la siguiente documentación: 1º. Oficio de notificación de la aplicación del medio, con identificación del interno al que ha afectado, expresión del medio o medios utilizados y hora de inicio y cese de la medida; 2º. Parte de hechos firmado por los funcionarios intervinientes circunstanciando los hechos que lo motivaron y 3º. Parte médico del interno y de los funcionarios que recoja las eventuales lesiones, que permitirá al Juez evaluar la proporcionalidad del uso del medio coercitivo⁶⁰.

La puesta en conocimiento del art. 45.2 LOGP o la comunicación a que se refiere el art. 72.3 RP 1996, comporta ni más ni menos que el reconocimiento a la autoridad judicial de la plena competencia para resolver sobre el fondo del asunto, pudiendo en su caso dejar sin efecto la decisión administrativa, si ello fuera ya posible⁶¹. Es decir,

⁵⁶ GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, op. cit., p. 137.

⁵⁷ MAPELLI CAFARENA, Borja: *Principios Fundamentales...*, op. cit., p. 284.

⁵⁸ GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, op. cit., p. 198.

⁵⁹ Señala la STC 129/1995, de 11 de septiembre (FJ 4º) que "es el conocimiento por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la utilización de una medida coercitiva y de los motivos de su adopción, en virtud de una comunicación del Director del centro -y, en su caso, por la queja del recluso afectado- lo que permitirá el control de esta actuación de la Administración por parte del órgano jurisdiccional".

⁶⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Práctica Forense Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1995, p. 134.

⁶¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., p. 138; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio: "Los medios coercitivos", op. cit., p. 258.

la puesta en conocimiento tiene por objeto que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pueda adoptar la resolución que en cada caso proceda (AJVP Santander, 11.11.1997). Obviamente en el caso de que el empleo del medio ya hubiere finalizado y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria estimare improcedente su empleo, cabría apercibir a la Dirección del Centro para que no repita tal tipo de actuación, con remisión del testimonio a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁶².

Lo anterior es "sin perjuicio de que el órgano judicial, caso de no producirse esta comunicación, pueda conocer la adopción de la medida en virtud de una queja del interno afectado (art. 76.2 g LOGP y art. 134.3 RP) y ésta dar lugar a una resolución judicial (ATC 133/83)" (STC 129/1995, 11 de septiembre).

A pesar de que la dicción del art. 45.2 LOGP indica que el empleo de medios coercitivos en situaciones de urgencia debe ser puesto en conocimiento del Juez de Vigilancia, igual previsión ha de adoptarse cuando no se den supuestos de urgencia. Así se deduce del tenor del art. 72.3 RP 1996 que no distingue entre unos y otros supuestos⁶³. Ya la doctrina había advertido que tanto cuando la respuesta coercitiva de la Administración fuera "cuasi-inmediata" como "inmediata" era preceptivo poner en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el empleo de estos medios⁶⁴. Algún pronunciamiento habla de "un plazo nunca superior a 24 horas" (AJVP Málaga, 23.1.1992).

4. Principios reguladores en intervenciones por indicación regimental.

Téllez enumera los siguientes principios reguladores del empleo de medios coercitivos⁶⁵:

- Principio de intervención mínima, debiendo aplicarse solo cuando no exista otra manera menos gravosa de conseguir la finalidad pretendida y por el tiempo estrictamente necesario (art. 45.3 LOGP y 72.1 RP 1996).
- Principio de proporcionalidad, entre el medio empleado y el fin perseguido (72.1 RP 1996)
- Principio de adecuación, lo que implica que ante un supuesto que legalmente legitima el uso de los medios coercitivos no será legal el uso de cualquier medio sino sólo el de aquellos que sean adecuados al fin perseguido.
- Principio de no aplicación en determinados supuestos (madres gestantes, lactantes o que tengan hijos en prisión, internos convalecientes...).
- Principio de individualización, pues los medios han de utilizarse ante actuaciones e internos concretos y nunca como medida de carácter general aplicable a grupos de internos pertenecientes a determinadas clasificaciones o categorías.

⁶² TAMARIT SUMALLA, Josep M^º. SAPENA GRAU, Francesc y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Curso de Derecho Penitenciario*, op. cit., p. 164.

⁶³ En el mismo sentido en la doctrina. Así TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., p. 138.

⁶⁴ GRIJALBA LÓPEZ, J.C.: "Los medios coercitivos...", op. cit., p. 828.

⁶⁵ TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, op. cit., pp. 134-136.

- Principio de subordinación al tratamiento, pues su uso no pretende solo dar solución al caso conflictivo sino fomentar la conciencia de responsabilidad para llevar una ordenada convivencia que permita el desarrollo de las actividades tratamentales.

Junto a los anteriores Grijalba considera igualmente aplicables los principios de adecuación (uso de medios conforme a las circunstancias) y de acumulación, ya que los diversos elementos que se utilizan se "contabilizan" en sentido acumulativo.

Bueno Arús considera aplicables los principios de: a) intervención mínima (72.1 RP 1996 en relación con el 45.3 LOGP), b) el de proporcionalidad (72.1 RP 1996); el de no aplicación a las mujeres (art. 254.3 y 72.2 RP 1996); el de autorización (72.3 RP 1996 y 45.1 y 2 LOGP); el de control judicial (art. 72.3 RP 1996, 45.2 LOGP y 123.1 RP 1981). Y García Albero considera, por su parte, que están vigentes los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad⁶⁶.

Se ha resaltado en la doctrina igualmente un elemento teleológico. Así Valero Oltra afirma al respecto que "son el medio necesario para el cumplimiento de un fin concreto y cesa su razón de ser -pudiendo constituir un exceso sancionable su mantenimiento- una vez conseguido el mismo"⁶⁷.

El actual Reglamento Penitenciario precisamente ha introducido en su articulado una mención a algunos principios reguladores: principios de necesidad y proporcionalidad y respeto a la dignidad personal (71.1 RP 1996) y principios de empleo del medio menos gravoso de entre los posibles y de limitación temporal (72.2 ERP 1996).

Personalmente entiendo que en esta materia son de aplicación los siguientes principios:

1.- El de respeto a la dignidad personal, consagrado en el art. 10 CE y en relación a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes del 15 CE. Respeto a la dignidad que se encuentra presente a lo largo y ancho de la legislación penitenciaria (18, 20.1, 23, 26.b LOGP) y que es igualmente reconocido como principio general de las medidas de seguridad penitenciarias (71.1 RP 1996)⁶⁸.

2.- El de legalidad, que se cumple desde el momento en que la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé el eventual uso de los mismos (art. 45), con la admisible remisión reglamentaria (34 RM 1955).

3.- El de necesidad, por el que sólo se justifica el empleo de estos medios/medidas en supuestos tasados (los del art. 45.1 LOGP), lo que está en consonancia con la normativa internacional (33 RM 1955 y 64.1 RPE 2006). El recurso a los mismos

⁶⁶ GARCÍA ALBERO, R. en: TAMARIT SUMALLA, J.M., SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R. (1996): *Curso de Derecho Penitenciario...*, op. cit., p. 159.

⁶⁷ VALERO OLTRA, Rafael: "El uso de medios coercitivos en el ámbito penitenciario", *Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1988*, Madrid, 1988, pp. 359 y ss.

⁶⁸ Las vulneraciones al principio-valor-derecho dignidad se enfrentan a importantes obstáculos en cuanto a su investigación. Vid. al respecto el Protocolo de Estambul presentado a la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que contiene un *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, (Serie de capacitación profesional, núm. 8), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra-Nueva York, 2001.

exclusivamente tendrá lugar en "situaciones de especial gravedad" (STC 129/1995, 11 septiembre).

4.- El de congruencia, en el sentido de que el uso de los mismos ha de ser proporcional y razonable en relación a los medios disponibles y a la finalidad pretendida, que no es otra que el restablecimiento del orden y seguridad⁶⁹. La doctrina científica es unánime a la hora de exigir la vigencia de este principio y en calificar de acertada su incorporación al vigente Reglamento Penitenciario⁷⁰. Efectivamente el art. 72.1 RP 1996 establece que "su uso será proporcional al fin pretendido, [y] nunca supondrá una sanción encubierta". En este sentido las RPE 2006 disponen que un protocolo detallado debe contener los distintos medios coercitivos utilizables y las circunstancias en las cuales cada medio está autorizado, así como los miembros del personal habilitados para aplicar uno u otro medio coercitivo (Regla 65).

Este principio de congruencia, denominado por algunos autores de "adecuación", implica por ejemplo, que no puedan utilizarse las defensas de goma para evitar que un interno se autolesione. En este caso es patente que el medio utilizado no es adecuado al fin perseguido⁷¹.

5.- El de prohibición de exceso, por el que ha de utilizarse el medio menos lesivo de los disponibles, o como señala el art. 71.1 RP 1996: "sólo se aplicarán [los medios coercitivos] cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida". O, como señalan las RPE 2006: "La fuerza utilizada debe de corresponder al mínimo necesario" (Regla 64.2).

6.- El de temporalidad, debiendo limitarse su uso al tiempo estrictamente necesario (45.3 LGOP ("sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario") y 72.1 RP 1996 ("por el tiempo estrictamente necesario" y 34 RM 1955 ("su aplicación no deberá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario"). Las RPE 2006 señalan al respecto que la fuerza "debe imponerse por un período de tiempo lo más corto posible" (Regla 64.2) e insisten en que "los medios violentos no deben aplicarse más tiempo

⁶⁹ Resalta que es la "finalidad exclusiva" del empleo de estas medidas el "restablecimiento de la normalidad" en el centro la STC 129/1995, de 11 de septiembre. Algunos ejemplos de proporcionalidad están descritos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 11.3.2003 (EDJ 2003/84368): "ante una alteración del orden se procedió por los funcionarios a emplear los mecanismos necesarios para poner término a la misma, observando en este sentido que estos se limitan a inmovilizarlo, aislarlo y esposarlo hasta conseguir que se tranquilice, así como a registrarlo, lo que ante el incidente previo protagonizado no se muestra tampoco desproporcionado, dado que acababa de ingresar de un permiso extraordinario, observando los funcionarios que presentaba evidentes síntomas de estar bajo la influencia de algún tóxico, así como que era consciente de que su traslado a la enfermería podría suponerle el verse privado de su posibilidad de buscarse ciertas sustancias, por lo que pudiera haber hecho acopio de drogas o cualquier otro objeto prohibido, por lo que ante el incidente previo protagonizado tampoco se muestra desproporcionado, al menos como para poder hacerlo objeto de persecución penal". O en el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18.12.2002 (EDJ 2002/67678), cuando señala: "Pues bien confrontando la actuación del recluso y la respuesta inicial de los funcionarios se colige que la de estos fue una actuación conforme con la normativa del régimen penitenciario, al estar en conexión y proporción con la exclusiva finalidad de mantener el orden y régimen del establecimiento penitenciario y repeler el acometimiento del interno. La utilización del medio coercitivo por los funcionarios se manifiesta proporcionada a la actitud violenta desplegada por el hoy recurrente".

⁷⁰ GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos: "Los medios coercitivos...", *op. cit.*, p. 827; DELGADO LÓPEZ, Luis María: "Las medidas coercitivas (artículo 45 LOGP)", *op. cit.*, p. 182; BUENO ARÚS, Francisco: "Régimen disciplinario penitenciario", en AA.VV.: *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Zaragoza, 1997, p. 329; TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Seguridad y disciplina penitenciaria*, *op. cit.*, p. 135.

⁷¹ GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos: "Los medios coercitivos...", *op. cit.*, p. 827.

que el estrictamente necesario" (Regla 68.3). Resalta la duración limitada del empleo de estas medidas la STC 129/1995, de 11 de septiembre.

7.- El de idoneidad de medios, pues habrán de utilizarse alguno de los medios reglamentariamente establecidos (45.1 LOGP en relación con el 72.1 RP 1996; 34 RM 1955 y 40 RPE 1987). En su momento señalaré mi posición inequívocamente favorable al uso de mecanismos de sujeción al uso en la práctica psiquiátrica, aún no estando comprendidos en la enumeración del 72.1 RP. Indicar que las RPE 2006 establecen que: a) el empleo de cadenas o hierros debe estar prohibido y b) que igualmente está prohibida la utilización de grilletes, camisas de fuerza y otros medios de maniatar a la persona salvo que los mismos sean necesarios como medida de precaución contra una fuga durante un traslado, para llevar al detenido ante una autoridad judicial o administrativa -salvo que dicha autoridad decidiera lo contrario- y por orden del director cuando otros métodos de control no son recomendables para impedir que el detenido se lesione, lesione a terceros o provoque graves daños materiales, siempre que el director prevenga de forma inmediata al médico e informe a las autoridades penitenciarias superiores (Regla 68.2). Por su parte las RM 1955 señalan que: a) las esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza nunca se aplicarán como sanciones y b) no se emplearán además cadenas y grillos como medios de coerción.

Por otro lado, las RPE 2006 son muy estrictas en el empleo y tenencia de armas. La Regla 69 establece al efecto que: a) salvo en casos de urgencia el personal penitenciario no debe jamás llevar armas mortales dentro del perímetro de la prisión; b) la tenencia visible de armas -incluyendo porras- por parte del personal que está en contacto con los detenidos debe estar prohibida dentro del perímetro de la prisión, salvo que sean necesarias para el aseguramiento o la seguridad ante un suceso concreto y c) ningún miembro del personal debe portar armas sin haber sido previamente formado para su utilización. Nuestro ordenamiento penitenciario es más taxativo aún, ya que "en el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego" (art. 45.4 LOGP). En este sentido por "vigilancia" se entiende la seguridad ordinaria del establecimiento (que corre a cargo de los funcionarios penitenciarios), por tanto no cabe interpretar que éstos sí podrían utilizar armas de fuego fuera de las funciones de vigilancia⁷². El uso de dichas armas sólo está autorizado a las fuerzas de seguridad, pues señala el art. 72.5 RP 1996:

"En los casos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones, el Director con carácter provisional podrá recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad de guardia en el Establecimiento, quienes en caso de tener que utilizar las armas de fuego lo harán por los mismos motivos y con las mismas limitaciones que establece la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria".

8.- El de cuidado, que en sede regimental remite a revisiones periódicas del personal sanitario, tanto las reglamentariamente establecidas (72.2 RP 1996) como aquellas que sean pertinentes (así 33 RM 1955, 39.c RPE 1987 y 39 RPE 2006).

⁷² POLAINO NAVARRETE, Miguel: "Las medidas coercitivas de la disciplina penitenciaria", *op. cit.*, pp. 667 y ss.

9.- El de documentación de las actuaciones, implícito en el sistema de comunicaciones al Director y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (45.2 LOGP y 72.3 RP 1996) y que se completa con la comunicación que, en virtud de Circular 05/96, de 15 de abril, ha de hacerse a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria (Área de Régimen)⁷³; obligación que se mantiene en la vigente Instrucción 6/2006, de 22 de febrero (apartado 3.5.1 del Anexo). Y ello, además de la documentación que ha de llevarse a cabo tras el empleo de los medios coercitivos (Regla 67.3.f RPE 2006), la cual tiene un claro matiz regimental (partes de funcionarios y Jefe de Servicios), pero también se complementa con el reconocimiento del recluso tras el incidente.

La Circular 05/96 estableció la obligatoriedad de que los responsables de los Centros abran un libro registro en el que deben recogerse los siguientes datos: fecha de inicio y cese, tipo de medio coercitivo aplicado, informe médico-exploratorio del interno o internos al inicio, informe médico de seguimiento, informe justificativo de la aplicación y proporcionalidad de la aplicación de la medida, firma del Jefe o Jefes de Servicios que tuvieran conocimiento de la aplicación de la medida y firma del Director o responsable que le sustituya. En la actualidad la Instrucción 6/2006 citada dispone que en el libro registro, gestionado en la Jefatura de Servicios debe constar: fecha y hora de inicio y cese, tipo de medio coercitivo aplicado, sucinto informe de los hechos y otras medidas adoptadas.

10.- El de fiscalización, a cargo del Juzgado y de la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria (76.1 LOGP). Sin perjuicio de la intervención de otros órganos nacionales (Defensor del Pueblo) o internacionales (Convención para la Prevención de la Tortura y de las Penas o tratos inhumanos o degradantes, CPT).

5. Sanidad penitenciaria y medios/medidas coercitivas regimentales.

La sanidad penitenciaria está involucrada, ya no sólo cuando el recurso a medios coercitivos es por motivos terapéuticos -aspecto que será objeto de análisis en los siguientes apartados- sino incluso cuando el empleo de los mismos es por razón regimental.

En este segundo supuesto la normativa internacional exige la intervención sanitaria en algunos casos. La regla 33 RM 1955 establece que cuando el Director del Centro Penitenciario decida la aplicación de medios coercitivos "con objeto de impedir que [el recluso] se dañe a sí mismo o dañe a otros o produzca daños materiales; en estos casos, deberá consultar urgentemente al médico, e informar a la autoridad administrativa superior". En el mismo sentido se expresa la regla 39.b RPE 1987. Por su parte las RPE establecen la obligación de un seguimiento médico en caso de aislamiento celular (regimental, se entienda) regla 68.2.b RPE 2006 y además establecen que "el médico debe presentar un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un detenido corre riesgos graves de prolongarse la detención o debido a las condiciones de la misma, especialmente en casos de aislamiento celular" (regla 43.3).

Nuestro ordenamiento jurídico aborda esta cuestión de forma algo confusa. El art. 72.2 RP 1996, tras citar la exclusión del empleo de medios coercitivos en determina-

⁷³ La Circular va acompañada de un modelo de comunicación del incidente al Centro Directivo.

dos colectivos de reclusas y de enfermos convalecientes graves, afirma: "Cuando se aplica la medida de aislamiento provisional el interno será visitado diariamente por el Médico", con lo cual pudiera parecer que esta visita se limita a los supuestos excepcionales en los que cabe aplicar el aislamiento a determinadas mujeres o enfermos convalecientes. Entiendo personalmente que la defectuosa sistemática ubicativa descrita debe corregirse con una interpretación que cohoneste las razones regimentales con el deber de defender la vida y salud que tiene la Administración Penitenciaria (art. 3.4 LOGP). Por lo tanto, considero que la visita médica a los aislados provisionales ha de ser en cualquier caso diaria, tal como por otra parte también se establece en el caso de la sanción de aislamiento (254.1 RP 1996). Con independencia de lo anterior el médico deberá girar las visitas que por propia iniciativa o por orden del Centro Directivo o del Director del Establecimiento sean convenientes (288.5ª, 10ª y 11ª RP 1981).

Las razones sanitarias excluyen en términos generales el empleo de medios coercitivos en: a) internas mencionadas en el art. 254.3, es decir, mujeres gestantes y mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, madres lactantes y las que tuvieran hijos consigo⁷⁴; en consecuencia, a este colectivo de mujeres no cabe aplicar, ni la sanción de aislamiento (art. 254.3 RP 1996), ni los medios coercitivos en general (art. 72.2 RP 1996); b) enfermos convalecientes de enfermedad grave, aunque están admitidos "en los casos en los que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas" (72.2 RP 1996).

La intervención sanitaria puede tener lugar tras el empleo de medios coercitivos. La posible originación de lesiones en reclusos o en el personal penitenciario así lo requiere. Esta actuación tiene una doble dimensión. El Médico y/o el A.T.S. han de prestar la primera asistencia que el caso requiera, pues a ello están obligados por la

⁷⁴ No obstante existen supuestos excepcionales en los que, a juicio del Tribunal Supremo, es lícito el empleo de medios coercitivos en mujeres que se encuentran acompañadas de sus hijos. Me refiero concretamente a la STS 2ª, 23.11.1989 (EDJ 1989/10464) que hace referencia al intento de asalto por parte de un comando de ETA, el 27.3.1981, del Centro Penitenciario de Detención de Mujeres de Barcelona, a fin de liberar a dos internas miembros de la organización terrorista. Tras el fallido intento hubo "un ambiente de tensión" y un posterior amotinamiento de algunas reclusas. Entre estas se encontraba V. que estaba en compañía de un hijo de 14 meses de edad. Tuvo que intervenir la fuerza pública. Tras los hechos la interna V. fue aislada unos días -aunque permitiéndole visitas periódicas de su hijo-. Se pretendió el procesamiento de una funcionaria penitenciaria, por rigor innecesario. En lo que aquí interesa, el Alto Tribunal justificó el aislamiento provisional con el siguiente razonamiento (FJ 3º): "en el núm. 3 del art. 43 de la vigente Ley General Penitenciaria, sin que se puede entender que tal precepto haya dejado de cumplirse por el hecho de que durante los breves días en los -que en el resultando se dice que la reclusa ha permanecido en régimen de aislamiento permitiéndosele periódicas visitas de su hijo de 14 meses, el cual se hallaba en la guardería y debidamente atendido, ya que el mentado precepto ha de ponerse en relación con otros de la propia Ley Penitenciaria, como son el art. 10 en el que se establece la posibilidad de someter a un recluso el régimen primero o cerrado prescindiendo del tratamiento que pudiera corresponderle en las especiales circunstancias a las que se refiere y en el art. 45 se dispone que con la autorización de la dirección podrán utilizarse medios coercitivos en los casos a los que se hace expresa referencia en sus apartados a), b) y e), en los que sin duda se hallaba comprendido el anómalo suceso ocurrido en el mencionado Centro de Detención y la reprochable conducta de la retención de la misma en régimen especial o el uso de las medidas coercitivas con ella empleadas haya excedido del tiempo al que se refiere el núm. 3.º del precepto legal últimamente referido, por lo que, en definitiva, procede, con desestimación del motivo, confirmar el fallo contenido en la sentencia recurrida por la que se absuelve a la procesada del delito por el que fue acusada en la presente causa, en cuanto en modo alguno se puede estimar haya impuesto a la recurrente privaciones indebidas dolosamente arbitrarias o empleado con ella un excesivo rigor sino por el contrario, se utilizaron los recursos legalmente previstos para someter al imprescindible orden penitenciario a los reclusos que con su conducta lo alteren y hagan necesaria la adopción de las medidas pertinentes".

normativa reglamentaria; el médico en cuanto tiene por función "[v]elar por la salud física y mental de los internos y prestar asistencia facultativa a los mismos,... [y] a los funcionarios..." (288.2ª RP 1981) y el A.T.S., a quien está encomendado "[r]ealizar las curas que con arreglo a su titulación deba realizar" (324.b RP 1981). Además de lo anterior, los profesionales sanitarios intervinientes han de redactar los correspondientes partes describiendo las lesiones observadas y las actuaciones llevadas a cabo (288.9ª y 324.f RP 1981). Lógicamente en el caso de contención mecánica surgen importantes limitaciones al reconocimiento médico; el mismo no puede practicarse plenamente hasta la finalización de la contención. En la redacción de tales partes existe un riguroso deber de veracidad, pues de lo contrario se puede incurrir en responsabilidad penal por cometer falsedad "faltando a la verdad en la narración de los hechos" (390.4º CP) o por librar certificado falso (397 CP). A la vista de las circunstancias del caso y de los partes regimentales y sanitarios recabados el Director, que es el "obligado, en primer término, a cumplir y hacer cumplir las Leyes" (280.1 RP 1996) deberá dar cuenta a la autoridad judicial de los hechos supuestamente constitutivos de delito o falta. A los anteriores efectos es un elemento a tener en cuenta el conjunto de directrices que sobre reconocimientos médicos se contiene en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de Naciones Unidas (Protocolo de Estambul).

Aunque el aislamiento provisional requiere la intervención facultativa, bajo ningún concepto debiera utilizarse el informe médico previo al inicio de la medida como trámite que en la práctica sitúa al facultativo como un "administrador" de la coerción. En este sentido ha de acogerse favorablemente lo preceptuado en la Circular 7/96 de 12 de junio en la que se señala en su apartado 12 que "[e]n los supuestos de utilización de medios coercitivos la intervención del médico, aparte de la visita diaria cuando se trate de aislamiento provisional y la realización de los partes de lesiones cuando sean necesarios, se circunscribirá a los supuestos en los que las razones médicas impidan la utilización del medio evacuando informe negativo al respecto, por lo que no será necesario un informe médico de carácter positivo respecto a la medida a aplicar". Como es sabido en el caso de la sanción de aislamiento el cumplimiento va precedido del "informe previo y reconocimiento médico" (254.1 RP 1996), debiendo hacerse un seguimiento diario del aislado.

En el caso del aislamiento provisional, la propia naturaleza de la medida puede impedir en algunos casos el previo reconocimiento médico, pero éste sigue siendo pertinente ya que permite detectar la concurrencia de trastornos psíquicos que probablemente pudieran haber sido el origen de la alteración regimental que justifica el empleo de esta medida. Si esto es así, el caso ha de tratarse médicamente y no regimentalmente. Es al médico al que compete adoptar las medidas que considere convenientes y aplicar los tratamientos que estime adecuados a las circunstancias del caso. Al margen de lo anterior, si no se detectara trastorno psíquico que justifique la etiología de la conducta problemática, el médico deberá dejar constancia del estado físico y psíquico del aislado y girar las visitas diarias. Este seguimiento facultativo puede conducir a la apreciación de circunstancias o estados que hagan aconsejable la interrupción de la medida, en cuyo caso se procedería igual que en el supuesto anterior, es decir, la competencia pasaría a los profesionales médicos. Lo importante es deslindar en el inicio y durante la instauración de la medida de aislamiento los casos que tienen un origen regimental y los que traen causa de un trastorno mental. Si esto

último concurriera, residenciada la competencia en el ámbito sanitario, podrán emplearse medios coercitivos, más ya no los regimentales hasta aquí estudiados sino aquellos otros de los que dispone la práctica médica (tratamiento forzoso, aislamiento terapéutico, sujeción mecánica). Esta distinción es obligada a la vista del tenor de la Regla 33 RM 1955, en la que netamente se diferencia, por un lado el empleo de medios coercitivos por razones regimentales (apartados a y c⁷⁵) y por otra el empleo de tales medios por razones terapéuticas (apartado b⁷⁶). En ambos casos hay intervención médica; en el segundo por razones obvias; en el primero porque así se dispone igualmente en la norma referenciada al señalar la Regla 33: "en estos casos [se refiere a los indicados en el apartado c)], el director deberá consultar urgentemente al médico, e informar a la autoridad administrativa superior". La misma diferenciación puede observarse en la RPE 1987 (la regla 39.b) alude a las razones médicas, mientras que las reglas 39.a) y c) aluden respectivamente a la evitación de evasión o una orden del Director, en similares términos a los renunciados en las RM 1955). No se reproduce este precepto en las RPE 2006. No obstante, la integración de la política sanitaria en la prisión en la política nacional de salud pública (Regla 40.2), la no discriminación de los detenidos (Regla 40.3) y el derecho del recluso a beneficiarse de la asistencia sanitaria en términos similares a como ésta tiene lugar en la sociedad libre (Regla 40.5 y 208.1 RP 1996).

III. EL FUNDAMENTO TERAPÉUTICO EN EL EMPLEO DE MEDIOS COERCITIVOS.

1. La indicación psiquiátrica.

Aunque el empleo de medios coercitivos esté indicado por razones terapéuticas, no conviene olvidar que este tipo de intervención compulsiva sigue constituyendo una infracción a los derechos humanos y las libertades fundamentales del paciente recluso⁷⁷. En consecuencia se requiere una justificación y se precisan unas rigurosas garantías.

En el ordenamiento penitenciario español no existe una expresa invocación de las razones médicas para el empleo de medios coercitivos, a salvo de la previsión contenida en el art. 188.3 RP 1996 -que rige exclusivamente para establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias-. El art. 45.1.b LOGP admite el uso de los mismos "para impedir daños de los internos a sí mismos, o a otras personas o cosas", lo que indirectamente da cobertura al uso de medios coercitivos justificados, por ejemplo, por el estado mental del recluso. Falta, sin embargo, un precepto del tipo del apartado 33.b RM 1955 o de la regla 39.b) RPE 1987.

A pesar de esta laguna normativa -que debiera ser solventada- es patente que en el medio penitenciario existe una alta probabilidad de que se produzcan manifestaciones

⁷⁵ "a) Como medida de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en cuanto comparezca el recluso ante una autoridad judicial o administrativa... c) Por orden del director, si han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con objeto de impedir que se dañe a sí mismo o dañe a otros o produzca daños materiales".

⁷⁶ "b) Por razones médicas y a indicación del médico".

⁷⁷ WORLD PSYCHIATRIC ASSOCIATION: "Statement and Viewpoints on the Rights and Legal Safeguards of the Mentally III" (adopted by the WPA General Assembly in Athens, 17th October, 1989).

heteroagresivas y autoagresivas de etiología psiquiátrica⁷⁸. Toda privación de libertad puede generar trastornos o agudizar los ya existentes⁷⁹, desembocando en situaciones que ponen en peligro personas o bienes ajenos o la propia integridad psicofísica.

La LOGP residió en el Director del Centro Penitenciario la competencia para autorizar el empleo de medios coercitivos. De este modo, aunque el mismo precepto admite su empleo "[p]ara evitar daños de los internos a sí mismos, o a otras personas o cosas", el tinte regimental quedó excesivamente marcado. El estrecho cauce legal probablemente cercenó la posibilidad de que el vigente RP 1996 "corrigiera" tal carencia, aunque se hizo algún avance, fijando la "indicación médica" en establecimientos y unidades psiquiátrico-penitenciarias, 188.3 RP 1996, como ha quedado dicho. Pero es incuestionable que el "fundamento terapéutico" existe, de lo que hay sobrados indicios.

En primer lugar, la referencia al uso de medios/medidas para "evitar daños de los internos a sí mismos o a otras personas o cosas" introduce un marco comprensivo de supuestos regimentales y terapéuticos; es decir, la conducta-problema puede tener o no su origen en un trastorno psíquico. Aunque la dicción, y sobre todo la atribución competencial, introducen elementos distorsionadores, éstos debieran resolverse *de lege ferenda*.

En segundo lugar, la encomienda a la Administración penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos (3.4 LOGP) exige que la misma posea los medios y emplee las medidas precisas para cumplir con tal función; medios y medidas que en ocasiones difieren de los medios/medidas regimentales, hasta el punto de que esto/as pueden ser incluso contraindicado/as en los casos en que concurre una etiología psiquiátrica.

En tercer lugar, es fundamental tener en cuenta la importante aportación que ha hecho el nuevo RP 1996, al garantizar a todos los internos "sin excepción" una "atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población" (art. 208.1 RP 1996). Este elemento homologador supone un considerable y plausible esfuerzo que merece ser destacado.

En cuarto lugar, ha de tenerse asimismo presente que también el nuevo RP 1996 aporta algunos referentes en la materia que aquí nos ocupa. El art. 210.1 RP 1996, tras establecer el principio general de que todo tratamiento médico-sanitario requiere el consentimiento informado del interno, admite como excepción el tratamiento "contra la voluntad del interesado" aunque "sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste"; por su parte el apartado 2 del mismo artículo admite la intervención médico-sanitaria sin consentimiento del paciente "cuando el no hacerlo suponga un peligro

⁷⁸ Vid. al respecto BARRIOS FLORES, Luis Fernando "El suicidio en Instituciones Penitenciarias. I. Responsabilidad institucional", *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 3, núm. 3, 2001, pp. 118-127 y del mismo autor: "El suicidio en Instituciones Penitenciarias. II. Responsabilidad profesional", *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 4, núm. 1, 2002, pp. 31-38 y "La responsabilidad por suicidio en la Institución Penitenciaria", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, pp. 89-134.

⁷⁹ BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Policía y urgencia psiquiátrica. II. La responsabilidad por suicidio", *Servicios de la Policía Municipal*, núm. 48, pp. 9-16 y del mismo autor "Urgencias psiquiátricas: marco jurídico de la actuación policial", *Newsletter de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal*, Edic. V (jun.-jul. 2003), Disponible en la URL: <http://www.psiquiatrialegal.org>.

evidente para la salud o la vida de terceras personas". Con ello se trasladan al campo penitenciario principios y reglas de nuestra legislación sanitaria general (antes la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; hoy la Ley 41/2002, 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Y, en quinto lugar, enlazando con lo anterior, no puede olvidarse que la regulación sanitaria general también es de aplicación al medio penitenciario; la Ley 41/2002, establece como principio general la necesidad del consentimiento informado (art. 8.1), aunque admite la intervención clínica, sin necesidad de contar con el consentimiento del paciente "[c]uando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él" (art. 9.2.b). Pues bien, la Ley 41/2002 tiene el carácter de "básica", conforme a lo establecido en el art. 149.1.1ª y 16ª de la Constitución, con lo cual la homogeneización del trato jurídico al paciente, cualesquiera que sea el ámbito territorial está garantizado; pero es más, "tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica" (art. 1), con lo que es evidente la plena vigencia de la misma en el ámbito penitenciario. No en vano, "[e]l condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo [Capítulo II del Título I] a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria" (art. 25.2 CE). Y es obvio que ninguno de estos límites puede o deber comportar la inaplicación de la normativa sanitaria general en lo que aquí concierne. A mayor abundamiento, el art. 10 de la Ley General de Sanidad enumera los derechos que "todos tienen... con respecto a las distintas administraciones sanitarias". Por lo que sin discusión alguna se incluye en las mismas la sanidad que depende de la Administración Penitenciaria.

A nivel nacional, ha sido escasa la atención a esta problemática desde el ámbito sanitario. Es de agradecer por ello la publicación de Martínez Cordero e Hinojal en los albores de la Revista de Española de Sanidad Penitenciaria⁸⁰. Pero el tema debería centrar más la atención de sanitarios y juristas.

2. Panorama normativo español.

En España, al margen del caso de la alimentación forzosa de los presos de los GRAPO (SSTC 120/1990, 27 junio y 137/1990, 19 julio) y de algún pronunciamiento judicial ciertamente inquietante⁸¹, apenas se ha tratado la cuestión del tratamiento forzoso de los reclusos, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes; así, en Estados Unidos es ilustrativa al respecto la sentencia del caso: *Washington v. Harper*⁸², relativa al derecho de los reclusos a rechazar un tratamiento psicotrópico forzoso.

⁸⁰ MARTÍNEZ, A. e HINOJAL, R.: "Manejo del paciente violento en prisión", *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 1, 1998, pp. 13-19.

⁸¹ Me refiero a la STS 3ª, 18.10.2005, EDJ 2005/244537, que estima la responsabilidad patrimonial de la Administración Penitenciaria, por no haber intervenido -incluso coactivamente (invoca expresamente el art. 45 LOGP)- en el caso de un recluso que se negó a seguir el tratamiento médico indicado, falleciendo.

⁸² *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210, 221-222 (1990).

Esta desatención del legislador y de la doctrina española no es privativa del medio penitenciario. Como ya tuve ocasión de señalar en otra ocasión⁸³, en el medio no penitenciario -instituciones psiquiátricas ordinarias- sucede otro tanto. Al margen del internamiento psiquiátrico civil involuntario, las referencias al empleo de otros medios coercitivos son mínimas e incluso con el tiempo han ido desapareciendo las existentes. Así, en los Reales Decretos de 12 y 19 de mayo de 1885 (la primera normativa psiquiátrica propiamente dicha) existe una breve mención al empleo de medios de contención y al aislamiento, atribuyendo al Jefe facultativo la competencia para la adopción de las mismas. La posterior regulación, también reglamentaria, constituida por el Decreto de 3 de julio de 1931 (con sus modificaciones y aclaraciones por Decreto 27 de mayo de 1932 y Orden Ministerial de 30.12.1932) se centra asimismo en la regulación del internamiento involuntario, apenas dedicando atención a otros medios coercitivos; en concreto menciona, también a efectos de determinar la competencia facultativa, el empleo de "medios físicos coercitivos (camisas de fuerza, ligaduras, etcétera)" (art. 3, pfo. 2º).

Esencialmente tres son los supuestos de empleo terapéutico de los medios coercitivos: las enfermedades infecto-contagiosas, las huelgas de hambre y las indicaciones psiquiátricas, aunque -como ya anuncié- sólo me referiré a las últimas.

El empleo de medios coercitivos en psiquiatría tiene dos planos de tratamiento. Por un lado, disponemos de un conjunto normativo que, partiendo de la Constitución, es desarrollado por textos legales estatales (Ley General de Sanidad primero, y Ley 41/2002 después) y autonómicos. Este bloque normativo regula la autonomía del paciente, y por tanto la exigencia como principio general del consentimiento informado para toda intervención médica, con las excepciones que se indican (incluido el tratamiento médico forzoso). Por otro lado, disponemos de una regulación procedimental, hoy ubicada en la Ley de Enjuiciamiento Civil -antes lo estuvo en el Código Civil, art. 211- que se centra en el procedimiento del internamiento involuntario (art. 763 LEC)⁸⁴.

La Constitución consagra una protección del derecho a la libertad individual a dos niveles: por un lado, considera que la libertad tiene el carácter de valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); por otro, se protege de un modo intenso -con un procedimiento especial y reforzado, art. 53.2 CE- la libertad física del individuo (art. 17.1 CE). No existe, sin embargo, ninguna mención a los tratamientos sanitarios obligatorios, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno -así el italiano, art. 32 de su Constitución-.

La libertad individual del enfermo es objeto de regulación y protección a nivel legal, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley General de Sanidad⁸⁵, la cual en su art. 10.6 reconoce al paciente el derecho a la libre elección entre las distintas opciones terapéuticas, exigiéndose su previo consentimiento, salvo

⁸³ BARRIOS FLORES, L.F.: "Coerción en psiquiatría", *Anales de Psiquiatría*, Vol. 19, núm. 2, 2003, p. 62.

⁸⁴ En Cataluña este precepto tiene su homólogo en el art. 255 del Código de Familia.

⁸⁵ En realidad sí hubo un antecedente regulador, aunque no llegó a tener vigencia. Me refiero al art. 13.1.c) del anulado Real Decreto 2082/1978, 25 de agosto. Un antecedente, aunque sin valor normativo, también lo constituyó el Plan de Humanización de Hospitales que fue puesto en marcha a partir del 1.10.1984, e incluía una Carta de los Derechos y Deberes del paciente, la cual también aludía al consentimiento informado y a las excepciones a la prestación del consentimiento (apartados 5 y 6).

en los casos en que no esté capacitado para tomar decisiones (apartado b) o en que la urgencia no permita demoras (apartado c).

Posteriormente fue aprobada la Ley 41/2002 (BOE, 15 noviembre), que entró en vigor el 15 de mayo de 2003, y deroga buena parte de la regulación de la LGS sobre derechos de los pacientes (art. 10.6 LGS). Los preceptos que inciden en materia de empleo de medios coercitivos son los siguientes:

- El art. 2.2 instaura el principio general de previo consentimiento de los pacientes o usuarios, que se desarrolla en el art. 8. El llamado "consentimiento informado" es un principio que, como es sobradamente conocido, preside desde ya hace algunos años el ámbito de intervenciones sanitarias⁸⁶ y enlaza con el derecho del paciente a elegir entre las distintas opciones clínicas posibles (art. 2.3).
- El art. 2.4 establece que "[t]odo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito". Este derecho a rechazar el tratamiento ya figuraba en el art. 10.9 de la Ley General de Sanidad, y ha sido objeto de puntuales estudios en la doctrina jurídica española⁸⁷.
- El art. 9.2.b) que legitima al facultativo a intervenir, aún sin consentimiento del paciente, cuando exista "un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización".
- El art. 9.3.a) y b) que preceptúa el consentimiento por representación siempre que "el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación" o se encuentre "incapacitado legalmente".
- La disposición derogatoria que, expresamente afecta a los apartados 6 y 9 del art. 10 de la Ley General de Sanidad.

Paralelamente, a nivel autonómico, algunas legislaciones han abordado la cuestión de la autonomía del paciente⁸⁸.

⁸⁶ SIMÓN, Pablo: *El consentimiento informado*, Triacastela, Madrid, 2000.

⁸⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M.: "Agresión médica y consentimiento del paciente", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, en especial p. 187; COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAAE-IVAP, Oñate, 1988, pp. 293 y ss.; BUENO ARÚS, Francisco: "El rechazo al tratamiento en el ámbito penitenciario", en *Actualidad Penal*, núm. 31, 1991, pp. 400-401; GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 299-300.

⁸⁸ Así, es el caso del Decreto 175/89, de 18 de julio, por el que se aprueba la carta de Derechos y Obligaciones de los pacientes y usuarios del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza; de la ley 4/1991, 24 de marzo de creación del servicio de salud de La Rioja (art. 1.6), la Ley 1/1992, 2 de julio del Servicio de Salud del Principado de Asturias (art. 49.6), la Ley 1/1993, 6 de abril, de Ordenación del sistema sanitario de Castilla y León (art. 4.1.h), la Ley 11/1994, 26 de julio de Ordenación Sanitaria de Canarias (art. 6.1.o), la Ley 8/1997, 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euzkadi (art. 10.1), la Ley 2/1998, 15 de junio, de Salud de la Comunidad Andaluza (art. 6.1.ñ), la Ley 21/2000, de 21 de diciembre de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica (art. 7), precepto que en el campo psiquiátrico es preceptivo relacionar con el art. 255 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, Código de Familia de Cataluña; la Ley 3/2001, de 28 de mayo de Galicia, sobre consentimiento informado e historia clínica de los pacientes (arts. 6 y 11.b); la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (art. 11.1.h), la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra, sobre los derechos del pacientes a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (art. 8); la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat Valenciana, de Derechos e información al paciente (arts. 8-11).

En resumidas cuentas, el panorama normativo en el ámbito general se reduce a una regulación de los internamientos psiquiátricos civil (763 LEC) y penal (101.104 CP y 183-191 RP 1996), al establecimiento del principio general de consentimiento informado con un listado de excepciones (Ley 41/2002) y una incomprensible ausencia de regulación de otros medios coercitivos (aislamiento o sujeción mecánica).

3. Panorama europeo.

La reflexión filosófica y la regulación jurídica del empleo de la coerción en psiquiatría han tenido en Europa un campo abonado (las referencias históricas a los Tuke y Pinel, son ilustrativas en este sentido). Más, ciñéndonos a tiempos contemporáneos, me centraré en la labor del Consejo de Europa y en las últimas investigaciones sobre el tema.

3.1. La labor de Instituciones Europeas, especialmente del Consejo de Europa.

La labor de la Unión Europea en la materia que aquí se trata ha sido escasa, por no decir que nula. Esta organización internacional ha dictado eso sí, alguna resolución en materia de equiparación de derechos de los discapacitados y, sobre todo, ha elaborado el "Libro Verde Mejorar la salud mental de la población. Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental" (Documento de la Comisión COM (2005) 484 final) que, como su nombre indica, está dedicado a las políticas en salud mental. En el ámbito de las entidades no oficiales cabe citar la Carta Europea de los Derechos de los Pacientes, aprobada en Roma en noviembre de 2002.

También en nuestro ámbito geográfico ha desarrollado su labor la Oficina de la Organización Mundial de la Salud para Europa. La Conferencia Ministerial Europea de la OMS sobre Salud Mental, aprobó del 12 al 15 de enero de 2005 en Helsinki dos documentos básicamente referidos a políticas de salud y provisión de servicios: la Declaración de Salud Mental para Europa y el Plan de Acción sobre Salud Mental en Europa. Citar asimismo que en marzo de 1994 dicha Oficina Regional aprobó en Ámsterdam la "Declaración sobre promoción de los derechos del paciente en Europa".

Por tanto, las organizaciones precitadas han centrado su atención en declaraciones genéricas o en políticas de salud y provisión de servicios, pero no han afrontado el tema de la coerción en psiquiatría de forma directa.

Ha correspondido al Consejo de Europa el claro protagonismo a la hora de abordar el empleo de medios coercitivos en psiquiatría, tanto en general, como en el campo específico del aislamiento y la contención mecánica. Tal tarea se ha venido desarrollando utilizando diferentes instrumentos: las tradicionales Recomendaciones -el instrumento más característico del Consejo (CoE)-, la redacción de un Libro Blanco por parte del Comité de Bioética (CDBI), la labor del Comité para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), los Informes del Comisario Europeo de Derechos Humanos y el conjunto de resoluciones emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En cuanto a Recomendaciones, se refieren específicamente al tema la Rec 1235 (1994), de 12 de abril de 1994, sobre Psiquiatría y Derechos Humanos y la Rec (2004) 10, de 22 de septiembre de 2004, relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales. Aparte de éstas, las ya citadas Reglas Penitenciarias Europeas de 1987 y 2006.

La Rec 1235 (1994) manifiesta que el uso del aislamiento debe ser estrictamente limitado y afirma que no debe utilizarse ningún tipo de contención mecánica (apartado 7.iii.b y c).

Por su parte, la decisiva Rec (2004) 10, no es tan radical en sus planteamientos, cuando en su art. 27 señala que:

- El aislamiento y la contención sólo pueden producirse en establecimientos apropiados, respetando el principio de restricción mínima y sólo a fin de prevenir un daño inminente a la persona concernida o a un tercero, debiendo ser siempre proporcionados a los eventuales riesgos.
- El recurso a tales medidas sólo puede efectuarse bajo control médico, debiendo la persona concernida beneficiarse de un seguimiento regular.
- El empleo del aislamiento y la contención deben consignarse por escrito, especificando las razones que lo justifiquen y la duración de su aplicación.
- Al margen de lo anterior podrá aplicarse la contención momentánea (no especificando esta Recomendación los supuestos o condiciones para recurrir a tal medida).

Además, en su art. 11.2, la Rec (2004) 10 alude a la necesidad de implantar unos estándares profesionales, conforme a los cuales el personal del establecimiento psiquiátrico debe recibir un entrenamiento adecuado sobre: la protección de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pacientes, prevención y control de la violencia, medidas para evitar el uso de la contención y el aislamiento, restringir las circunstancias en las que está justificado el recurso a la contención y al aislamiento, teniendo en consideración los beneficios y riesgos concurrentes y la correcta aplicación de tales medidas.

El Libro Blanco sobre protección de los derechos y la dignidad de las personas que sufran trastornos mentales, especialmente en lo referido a los ingresados como pacientes involuntarios en una institución psiquiátrica está contenido en el CM (2000) 23, de 10 de febrero de 2000. El Grupo de Trabajo que lo elaboró llegó a las siguientes conclusiones:

- El empleo por tiempo breve de contenciones y aislamientos ha de ser proporcional a los beneficios y riesgos que entraña tal tipo de medida. Su aplicación en períodos prolongados sólo cabe en situaciones excepcionales, cuando no existiera otro medio de solventar la situación.
- Se requiere una adecuada formación del personal actuante, acudiéndose en este sentido en primer término a una respuesta oral, subsidiariamente manual y - como último recurso- mecánica.
- Estas medidas coercitivas deben realizarse por orden y bajo control médico o, en su caso, poniendo en conocimiento del facultativo la puesta en práctica, para su aprobación.
- Debe constar en un registro apropiado y en el historial clínico del paciente tanto las razones de aplicación como la duración de la medida.

El Grupo de Trabajo deja abierta a la reflexión las garantías que deben establecerse en materia de contención.

La labor del Consejo de Europa hasta aquí descrita está en consonancia con la llevada a cabo en el seno de las Naciones Unidas. Así, los Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y la mejora de la atención en salud mental, aprobados por la Asamblea General en su Resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991, expresan en su Principio 11.11:

"No se someterá a ningún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros. Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar aquel propósito. Todos los casos de restricción física o de reclusión involuntaria, sus motivos y su carácter y duración se registrarán en el historial clínico del paciente. Un paciente sometido a restricción o reclusión será mantenido en condiciones dignas y bajo el cuidado y la supervisión inmediata y regular de personal calificado. Se dará pronto aviso de toda restricción física o reclusión involuntaria de pacientes a los representantes personales, de haberlos y de proceder".

El tercer referente básico del Consejo de Europa es la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes. Suscrita en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987, su razón de ser -así lo especifica su art. 1- es la creación de un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT). "Por medio de visitas, este Comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes", debiendo cada Estado suscribiente, autorizar tales visitas "a todo lugar bajo su jurisdicción donde haya personas privadas de la libertad por una autoridad pública" (art. 2), lo que garantiza el art. 8 del Convenio (acceso al territorio y libre desplazamiento, derecho a la obtención de datos de los privados de libertad, posibilidad de entrevista sin testigos con éstos y posibilidad de contacto con cualquiera que a juicio del Comité pueda proporcionar datos útiles)⁸⁹. El procedimiento para la designación de los integrantes del Comité garantiza una composición igualitaria (cada Estado tiene derecho a un representante, art. 4.1), sus miembros serán personas de "reconocida moralidad, conocidas por su competencia en materia de derechos humanos" (art. 4.2). Mas lo relevante es la independencia e imparcialidad de sus miembros (art. 4.4), que además gozan de un régimen de privilegios e inmunidades (art. 16). El Comité actúa a través de visitas periódicas, aunque también puntuales (art. 7.1). El resultado de cada visita dará origen a un informe "sobre los hechos comprobados con motivo de la misma teniendo en cuenta todas las observaciones que pudiere presentar la Parte interesada. Transmitirá a ésta su informe, en el que figurarán las recomendaciones que estime necesarias. El Comité podrá entablar consultas con la Parte para sugerir, si procede, mejoras para la protección de las personas privadas de libertad". Además

⁸⁹ Existen algunas posibles restricciones al régimen de visitas por motivos de defensa, seguridad pública o prevención de graves desórdenes o por razón del estado de salud de la persona privada de libertad, supuestos en los cuales se establece un régimen de consultas Comité-Estados concernidos (art. 9 del Convenio).

"si la Parte no coopera o se niega a mejorar la situación a la vista de las recomendaciones del Comité, éste podrá, por mayoría de dos tercios de sus miembros y después de que la Parte haya tenido la posibilidad de dar explicaciones, hacer una declaración pública al respecto" (art. 10).

El CPT elabora periódicamente unos "Standards" para su aplicación en materias concretas, que están contenidos en unos denominados "Informes Generales". El último de ellos fue revisado en 2006. En dos Informes Generales el CPT se extiende ampliamente sobre el empleo de la contención mecánica y el aislamiento. El primero fue el 8th General Report [CPT/Inf (98) 12]; el segundo el 16th General Report [CPT/Inf (2006) 35]. Este es el contenido básico de los mismos⁹⁰:

- El paciente debe ser tratado con respeto a su dignidad, en un medio seguro y humano que respete su autodeterminación personal, sin violencias ni abusos (16thGR, 37). La forma en que se empleen estas medidas no debe provocar ningún sentimiento de humillación al paciente (16thGR, 47).
- El empleo de la fuerza física puede, no obstante, ser inevitable para asegurar tanto la seguridad del propio paciente como del resto del personal del establecimiento, pues es preciso garantizar un clima de convivencia sin violencia alguna (8thGR, 47 y 16thGR, 37), siendo precisa una política clara para el uso de la contención (8thGR, 47 y 16thGR, 51).
- Diversos son los medios de intervención ante un paciente agitado o violento (vigilancia constante del personal, técnicas de control manual, medios de contención mecánica, contención química y el aislamiento), los cuales pueden ser empleados separados o en combinación (16thGR, 39).
- El método elegido de intervención ha de ser el más proporcionado a la situación, debiendo acudir a la contención mecánica o química sólo cuando previamente se ha empleado por un corto período el control manual y el recurso a técnicas psicológicas para sosegar al paciente. Sin duda el CPT se inclina por utilizar como método más idóneo la persuasión (8thGR, 47 y 16thGR, 39). El empleo de la contención ha de ser el último recurso (16thGR, 43) y han de fomentarse programas para su reducción y eliminación (16thGR, 44).
- Cuando se acude a la contención es importante la presencia de un número adecuado de personal y que un miembro del equipo sanitario esté presente en las maniobras para garantizar la relación terapéutica y asistir en caso necesario al paciente (16thGR, 50).
- La utilización de la contención será autorizada previamente por un médico o, al menos se le informará de esta medida para su ratificación. Dicha autorización ha de ser individualizada y no debe recurrirse a instrucciones generales (8thGR, 48 y 16thGR, 44).
- Algunos instrumentos de contención deben descartarse: cadenas, esposas o camas plegables (recurso este último que utilizado en algunos países europeos se empleaba a título de sanción y que está en un proceso de supresión) (16thGR, 40).

⁹⁰ En adelante citaré el primero como 8thGR y al segundo como 16thGR, acompañado en ambos casos del párrafo correspondiente de los mismos.

- Mientras dure la medida el médico ha de visitar regularmente al paciente (16thGR, 45). Al mismo tiempo se vigilarán periódicamente las constantes vitales -respiración y capacidad de comunicación-, alimentación y bebida (16thGR, 48). El empleo de cámaras de vigilancia no puede reemplazar la necesaria presencia de personal (que en el caso de la medida de aislamiento debe permanecer fuera de habitación, pero a la vista del paciente) (16thGR, 50).
- La contención debe llevarse a cabo en lugares y condiciones adecuados: luz y temperatura apropiadas, sin exposición del paciente a la vista de otros pacientes -salvo que el propio paciente concernido reclame una compañía-, garantizando que no pueda ser lesionado por otros pacientes,... (16thGR, 48).
- La medida ha de durar el tiempo imprescindible, sin que sea aceptable la permanencia de la misma durante días, lo cual comportaría un auténtico maltrato. Los establecimientos debieran establecer la caducidad de la medida en un tiempo determinado, pasado el cual sólo cabe su mantenimiento por orden expresa del facultativo (8thGR, 48 y 16thGR, 45).
- Finalizada la contención el médico ha de llevar a cabo una entrevista con el paciente, para explicarle las razones para recurrir a esta medida, para disminuir el trauma psicológico que siempre comporta y para restablecer la relación terapéutica (16thGR, 46).
- El CPT ha constatado que el empleo de medidas de contención se encuentra influenciado por factores no estrictamente clínicos, que no solamente se refieren a los efectivos existentes, los diagnósticos o las condiciones materiales del servicio, sino que responden en ocasiones a una cultura y actitudes del personal hospitalario (16thGR, 54).
- Está constatado que, en no pocas ocasiones, el personal interviniente carece de una adecuada formación para tratar a un paciente agitado y/o violento (16thGR, 38). La inmovilización de un paciente agitado o violento es tarea nada fácil (16thGR, 49). Es menester que el personal disponga de una formación adecuada: a) para el empleo de técnicas verbales de intervención y de empleo de la inmovilización manual (8thGR, 47); b) conozca la forma de aplicación de los medios de contención (16thGR, 49) y c) actuar de forma acorde a la ética (16thGR, 37). No deben participar otros pacientes en las maniobras de reducción y contención (16thGR, 48).
- Limitar el empleo de la contención precisa un cambio en la cultura hospitalaria, siendo en este sentido ineludible el compromiso de la dirección (16thGR, 54). Además, corresponde a ésta tener un activo papel de control sobre el empleo de medios coercitivos (16thGR, 38).
- Bajo ningún concepto puede recurrirse a los medios de contención por mala conducta del paciente o como medio de obtener un cambio de su comportamiento, ni tampoco por razones de comodidad del personal o alegando falta de personal -alegación mal fundamentada, ya que el empleo de la contención implica una vigilancia directa, personal y permanente del paciente- (8thGR, 48 y 16thGR, 43).
- La contención debe documentarse, tanto en un registro especial como en el propio historial clínico del paciente. Debe registrarse el inicio y fin de la medida, las

circunstancias y razones que la han justificado, el nombre del médico que ha ordenado o aprobado su empleo, las lesiones padecidas por el paciente y en su caso por el personal del establecimiento (8thGR, 50 y 16thGR, 52). Debe facilitarse a los pacientes que incluyan sus comentarios en dicha documentación, informándoles de este derecho (16thGR, 43).

- Es recomendable el envío regular de informes a un órgano de control externo (16thGR, 53).
- El recurso a la medida de aislamiento está en declive (8thGR, 49 y 16thGR, 42), pero en los países y establecimientos en los que aún se mantiene debe especificarse los casos para su empleo, los objetivos que se pretenden, la duración y necesidad de revisión frecuente, la permanencia de contactos humanos apropiados y la obligación de mantener una atención exhaustiva por parte del personal. Jamás se utilizará esta medida a título de sanción (8thGR, 49). Es preciso tener en cuenta los efectos que esta medida tiene sobre el paciente (posible desorientación y ansiedad) (16thGR, 42).

Indicar en fin, que tanto los Informes del Comisario Europeo de Derechos Humanos como el conjunto de resoluciones emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), poco añaden a la labor mucho más detallada que en esta materia ha desarrollado el CPT. El primero, en sus Informes, no hace sino revisar el grado de aplicación de las normas sobre derechos humanos en los diversos países. La labor del segundo especialmente se centra en materia de internamientos psiquiátricos (civiles y penales); las menciones al empleo de medios coercitivos son mínimas, aunque siempre relacionadas con la vulneración del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a no sufrir penas ni tratos inhumanos o degradantes).

3.2. El estado de la investigación en Europa.

En el ámbito de la contención mecánica y el aislamiento es de obligada cita el reciente Estudio EUNOMIA⁹¹ que, en el caso de España, tuvo por Investigador Principal al Prof. Torres González y contó con el correspondiente Comité Asesor⁹². Este Proyecto se incardinó en el programa sobre calidad de vida (*Quality of Life and management of living resources*) que a su vez forma parte del 5º Programa Marco de la Comisión Europea (*Fifth Frame work Programme of the European Commission*)⁹³.

En síntesis, el Proyecto EUNOMIA ha pretendido analizar la realidad práctica clínica y legal del empleo de medios y medidas coercitivas en el medio psiquiátrico en doce países, describir comparativamente los resultados hallados y conformar una Guía Europea que recoja las más pertinentes pautas de intervención, aplicación y control de aquellos medios y medidas.

En EUNOMIA se partió del análisis de cuatro intervenciones coercitivas en el campo de la psiquiatría hospitalaria. Quedaron fuera del estudio aquellas otras medidas

⁹¹ La Web del estudio es: <http://www.eunomia-study.net/>. Cfr. BARRIOS, L.F.: "Coerción en psiquiatría", *Anales de Psiquiatría*, Vol. 19, núm. 2., 2004, pp. 55-63 y MAYORAL, F. y TORRES, F.: "La utilización de medidas coercitivas en psiquiatría", *Actas Españolas de Psiquiatría*, Vol. 33, núm. 5, 2005, pp. 331-338.

⁹² Formaron parte del mismo: Claudio Hernández Cueto, Ángeles López López, Pilar Nonay Calvente, Fermín Mayoral Cleries, José Hervás y Luis Fernando Barrios Flores.

⁹³ <http://cordis.europa.eu/fp5/>

que aunque incidan en la restricción de la libertad, y en consecuencia sean coercitivas, tienen lugar en un estadio previo al ingreso hospitalario. Tal sería el caso de la reducción y traslado de pacientes a los establecimientos sanitarios, por ejemplo⁹⁴. Por tanto el objeto de estudio se circunscribió al internamiento involuntario o forzoso (*involuntary admission*), al tratamiento médico forzoso (*forced medication o compulsory medical treatment*) y, en lo que aquí interesa,

- al aislamiento terapéutico (*seclusion*), entendiendo por tal la ubicación de un paciente en una habitación cerrada, destinada precisamente (la habitación, la medida o ambos) a la separación del paciente de su entorno⁹⁵.
- a la inmovilización terapéutica (*restraint*), que viene referida a la fijación o sujeción de, cuando menos, alguno de los miembros del paciente mediante dispositivos mecánicos *ad hoc*⁹⁶. Como señala la *Joint Commission on the Accreditation of Health care Organizations* es el "uso de procedimientos físicos o mecánicos dirigidos a limitar los movimientos de parte o de todo el cuerpo de un paciente a fin de controlar sus actividades físicas y protegerlo de las lesiones que pudiera infligirse a sí mismo o a otros".

El campo geográfico de estudio se extendió a 12 países: seis de la entonces Unión Europea (Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, España y Suecia), otros 5 que posteriormente han ingresado en la Unión (Bulgaria, República Checa, Lituania, Polonia y Eslovaquia) y uno con importantes vínculos culturales y socio-económicos con Europa (Israel). En cada uno de los países se efectuó un trabajo de campo analizando diversas intervenciones terapéuticas en dos grupos de pacientes (uno de ingresados voluntarios y otro de involuntarios) y todo ello en un centro de estudio (que en el caso de España son dos, los Hospitales Clínico San Cecilio de Granada y Carlos Haya

⁹⁴ Sobre este aspecto vid. por ejemplo: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Urgencias psiquiátricas: marco jurídico de la actuación policial", op. cit., *Newsletter de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal*, Edición V (Junio-Julio 2003). En la URL: <http://www.psiquiatrialegal.org>.

⁹⁵ GRASIAN, S. y FRIEDMAN, N.: "Effects of sensory deprivation in psychiatric seclusion and solitary confinement", *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 8, 1986, pp. 49-56; THOMPSON, P.: "The use of seclusion in psychiatric hospitals in the Newcastle area", *British Journal of Psychiatry*, núm. 149, 1986, pp. 471-474; HODGKINSON, P.: "The use of seclusion", *Medicine Science Law*, núm. 3, Vol. 25, 1985, pp. 215-222; MASSON, T.: "Seclusion: definitional interpretations", *Journal of Forensic Psychiatry*, núm. 2, Vol. 3, 1992, pp. 261-270; MASSON, T.: "Seclusion theory reviewed -a benevolent or malevolent intervention?-", *Medicine Science Law*, núm. 2, Vol. 33, 1993, pp. 95-102 y FISHER, W.A.: "Restraint and seclusion: a review of literature", *American Journal of Psychiatry*, núm. 11, Vol. 151, 1994, pp. 1584-1590.

⁹⁶ Cfr. DAVIDSON, N.A. HEMINGWAY, M.J. y WYSOCKI, T.: "Reducing the use of restrictive procedures in a residential facility", *Hospital and Community Psychiatry*, núm. 2, Vol. 35, 1984, pp. 164-167; WAY, B.B.: "The use of restraint and seclusion in New York State psychiatric centers", *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 8, 1986, pp. 383-393; WAY, B.B. y BANKS, S.M.: "Use of seclusion and restraint in public psychiatric hospitals: Patient characteristics and facility effects", *Hospital and Community Psychiatry*, núm. 1, Vol. 41, 1990, pp. 75-81; DELANEY, K.: "Time-out: an overused and issued milieu intervention", *Journal Children & Adolescents Psychiatric Nursing*, núm. 2, Vol. 12, pp. 53-60; KALTIALA-HENO, R., LAIPPALA, P. y SALOKANGAS, R.K.R.: "Impact of coercion on treatment outcome", *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 3, Vol. 20, 1997, pp. 311-322; KALTIALA-HENO, R., KORKEILA, J., TUOHIMAKI, C., TUORI, T. y LEHTINENT, V.: "Coercion and restrictions in psychiatric inpatient treatment", *European Psychiatry*, núm. 3, Vol.15, 2000, pp. 213-219; WHITMAN, G.R., DAVIDSON, L.J., RUDY, E.B. y SEREIKKA, S.M.: "Practice patterns related to mechanical restraint use across a multi-institutional health care system", *Outcomes of Managing Nursin Practice*, núm. 3, Vol. 5, 2001, pp. 102-109 y WHITMAN, G.R., DAVIDSON, L.J., SEREIKKA, S.M. y RUDY, E.B.: "Staffing and pattern of mechanical restraint use across a multiple hospital system", *Nursing Research*, núm. 6, Vol. 50, 2001, pp. 356-362.

de Málaga). De cada país se analizaron las normativas y prácticas relacionadas con el empleo de medios y medidas coercitivas en el medio psiquiátrico hospitalario.

Fueron objetivos del Proyecto EUNOMIA la recogida de datos sobre empleo de medios y medidas coercitivas -recogida que abarcó la descripción de las medidas empleadas y la opinión de pacientes, clínicos y familiares de aquellos-, y la posterior divulgación de los resultados obtenidos. A la vista del análisis jurídico comparativo, se formularán propuestas para conseguir una futura y deseable armonización de las prácticas (y normativas) nacionales en el campo de la coerción en el medio psiquiátrico. A lo largo del tiempo la recogida jurídica de datos (normativa, doctrina legal e incluso documentos internos de actuación -protocolos-) completó el estudio⁹⁷. Al final nos encontramos ante un mapa clínico y jurídico que permitirá hacer las correspondientes propuestas: *de lege ferenda* en el campo legislativo y *de praxis ferenda* en el área clínica.

El interés del estudio EUNOMIA desborda el ámbito inicial de estudio (los servicios de psiquiatría de las instituciones hospitalarias generales) para irradiar sus efectos en las instituciones penitenciarias en general, ya que en estas sean especializadas (hospitales psiquiátricos penitenciarios y unidades psiquiátricas penitenciarias) o no (centros penitenciarios ordinarios) ha de recurrirse en ocasiones al empleo de medios coercitivos con fundamento terapéutico. Es necesario estar atentos pues a los resultados de este ambicioso proyecto, que se une a otros ya en marcha o finalizados; es el caso, por ejemplo, del Proyecto de investigación "Placement and Treatment of Mentally Ill Offenders - Legislation and Practice in EU-Member States" (European Commission-The SANCO Directorate General, Central Institute of Mental Health, Mannheim, Alemania, 2003), de cuyo cuestionario e informe español fuimos correductores el Profesor Torres González y el que suscribe estas páginas o el Estudio EUPRIS -en el coincidimos nuevamente como investigadores principales el Prof. Torres González y el que suscribe..

EUPRIS⁹⁸, aún sin referirse explícitamente al tema que aquí se trata, es un inevitable referente en materia de salud mental en prisión. Estando constatado que los trastornos mentales en los establecimientos penitenciarios son un creciente problema a nivel mundial, no debidamente afrontado, ni dotado de los recursos necesarios, pretende precisamente cuantificar y evaluar los recursos asistenciales, a fin de llevar a cabo una adecuada política de prevención, de cuidado y de evitación de la utilización de medios coercitivos mediante una idónea evaluación y tratamiento previo.

4. Propuesta de principios reguladores en intervenciones por indicación psiquiátrica.

Descritos más arriba los principios que debieran inspirar una regulación del empleo de medios coercitivos por razones regimentales, considero que cualquier futura regulación del uso de medios coercitivos en la práctica psiquiátrica penitenciaria ha de acomodarse al siguiente decálogo⁹⁹.

⁹⁷ El análisis jurídico comparativo está recogido en: KALLERT, Thomas W. y TORRES GONZÁLEZ, Francisco (Eds): *Legislation on Coercive Mental Health Care in Europe. Legal Documents and Comparative Assessment of Twelve European Countries*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2006.

⁹⁸ http://ec.europa.eu/health/ph_projects/2004/action1/action1_2004_17_en.htm

⁹⁹ La formulación de los mismos la efectué, por vez primera, en "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", *Derecho y Salud*, Vol. 11, núm. 2, 2003, pp. 141-163.

1º.- Principio de respeto a la dignidad personal. En la dignidad se condensan los criterios axiológicos que sustentan el orden constitucional¹⁰⁰, siendo el "tronco común" del catálogo de derechos que luego sigue. Por ello cabría afirmar que el art. 10 CE consagra la persona y su dignidad como principio rector del ordenamiento jurídico español¹⁰¹. Este precepto no es solamente un principio ético o declarativo, sino que se trata de una "auténtica norma jurídica vinculante tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos"¹⁰².

La proscripción general de los tratos inhumanos o degradantes (art. 3 Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de junio de 1987), exige una especial tutela frente a eventuales ataques a la dignidad de aquellas personas que se encuentran privadas de libertad personal (art. 10.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y apartado 1 de los "Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier tipo de detención o prisión", aprobados por Resolución 43/173, de 8 de diciembre de la Asamblea General ONU). Esta especial atención es percible tanto en el plano sanitario general¹⁰³, como en el psiquiátrico en particular (art. 2 de la Declaración de Hawaii, de 1977 y apartado 4 de la Declaración de Madrid de la Asociación Mundial de Psiquiatría, de 25 de agosto de 1996). Y otro tanto sucede en nuestro ordenamiento penitenciario interno donde tan frecuentes son las alusiones a la dignidad (18, 20.1, 23 o 26 b) LOGP y 4.2.b, 36.1, 71.1, 104.4, 135.2.e, 141 RP 1996). Concretamente, en lo que a empleo de medios coercitivos se refiere, el art. 188.3 RP es tajante al señalar que se ha de "respetar, en todo momento, la dignidad de la persona".

2º.- Principio de legalidad. Afirma Joaquín García Morillo que "[l]a libertad personal es, pues, no sólo el derecho fundamental básico -tras la vida y la integridad física- sino también el derecho fundamental matriz de todos los demás, que son proyecciones de aquella" (García, 1995). La libertad, en el sentido que aquí interesa, puede tener doble carácter: como restricción de la libertad ambulatoria (art. 17 CE) y/o como limitación del derecho general de libertad (art. 1.1 CE). Ambas sólo pueden restringirse en virtud de una norma legal, es decir están sometidas al principio de legalidad. Como señala la STC 49/1999, 5 de abril (FJ): "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal. La reserva de ley a que con carácter general somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título 1, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia

¹⁰⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano: *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 71.

¹⁰¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 80.

¹⁰² RODRÍGUEZ, Jesús P.: *El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad*, Derechos y Libertades, núm. 3, p. 373.

¹⁰³ COBREROS MENDEZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAEE/IVAP, Oñati, 1988, p. 265 y BORRAJO DACRUZ, E (1984). "Protección de la salud, Comentario al art. 43 CE", en ALZAGA, Óscar (Dir): *Comentarios a las Leyes Políticas. La Constitución Española de 1978*, EDESA, Vol. IV, Madrid, 1984.

estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye en definitiva el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)".

Por tanto, los tratamientos forzosos, en la medida en que suponen la restricción de derechos y libertades fundamentales debieran contemplarse en normas con rango formal de ley¹⁰⁴. Como afirma Borrajo "será la Ley, y sólo la Ley (acto normativo de una Cámara legislativa), el instrumento técnico jurídico apto para configurar las obligaciones y responsabilidades del ciudadano de cara a la acción sanitaria pública", por eso "cualquiera que sea la solución que se alcance habrá de tener en cuenta que las imposiciones sanitarias han de responder a ese principio de que los deberes sanitarios han de tener fundamento en una ley formal".

Es más, comoquiera que aquí se trata de derechos y libertades precisamente *fundamentales*, tal norma legal -en el caso español- debiera tener rango orgánico, pues si bien el instrumento normativo ordinario para establecer deberes sanitarios es la Ley (art. 43.2 CE), esta habrá de tener carácter orgánico cuando se trata de una privación de libertad personal (hospitalización o aislamiento forzosos) o comporta cualquier actuación contraria a la voluntad del paciente. Esto es así ya que tres son las hipótesis en las que se precisa un instrumento legal orgánico: a) cuando al establecerse un tratamiento sanitario como obligatorio, la sanción prevista sea una pena privativa de libertad, b) cuando el tratamiento obligatorio consista o comporte el internamiento en un establecimiento hospitalario o incluso el aislamiento domiciliario y c) cuando se prevea la utilización de la vis física¹⁰⁵.

El problema está en que, aunque la base legal para el empleo de medios coercitivos sí existe -el art. 45 LOGP-, como ya veíamos, el fundamento terapéutico se encuentra cubierto por la previsión del apartado 1.b, en el cual -lamentablemente- la competencia está residenciada exclusivamente en una autoridad administrativa (el Director del establecimiento). Personalmente considero que no hay razón admisible para que la competencia, que en general se reconoce a los facultativos en el sistema nacional de salud, no se reconozca a éstos mismos en la institución penitenciaria cuando los supuestos de uso (indicación terapéutica) son idénticos. En otras palabras, *de lege ferenda* sería conveniente que la Ley distinguiera los dos tipos de fundamento para el empleo de medios coercitivos en la institución penitenciaria, el regimental y el terapéutico; de hecho tal diferenciación ya se ha hecho en parte con la introducción del art. 188.3 RP 1996 que alude a medios coercitivos por indicación médica en los establecimientos y unidades psiquiátricas penitenciarias. Ello puede hacerse bien regulándolo directamente en la propia norma penitenciaria (LOGP) o, mejor aún, estableciendo una norma de remisión a la legislación sanitaria general sobre competencia,

¹⁰⁴ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios...*, op. cit., p. 221; BORRAJO DACRUZ, E.: "Protección de la salud", op. cit., p. 187; FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional, Civitas, Madrid, 1984, p. 76.

¹⁰⁵ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios...*, op. cit., pp. 63-64.

medios, circunstancias y garantías que en tales casos rigen. Legislación sanitaria general, que tampoco ha de olvidarse, tiene hoy por hoy una lamentable laguna en este tema; precisamente de ahí el interés que tiene el citado Estudio EUNOMIA. Estimo que en este tema más que un auténtico vacío legal, existe una cierta pereza del legislador a la hora de redactar unas normas que debieran -por la afectación de derechos y libertades fundamentales a que se refieren- ser especialmente claras, singularmente explícitas.

3º.- Principio de necesidad. El principio de necesidad alude a la llamada "indicación terapéutica", conforme a la cual no cabe imponer una medida/medio coercitivo si no concurre el supuesto de hecho clínico que la hace necesaria e impostergable. Lo que comporta dos consecuencias. Una competencial, debiendo descartarse intromisiones de profesionales no sanitarios; sólo al facultativo ha de corresponderle la decisión de aplicación y cese de la medida; lo primero incluso provisionalmente puede hacerlo el personal de enfermería dando cuenta al facultativo en el menor tiempo posible. Es decir, el fin -en todo caso- ha de ser "sanitario"¹⁰⁶ y el recurso a tales medidas ha de ser prescrito por sanitarios. La otra consecuencia es de índole temporal, ya que la indicación ha de tener lugar necesariamente en un contexto de urgencia motivado por la presencia de un peligro propio o ajeno. La necesidad en cualquier caso va unida a las nociones de urgencia¹⁰⁷ y peligro¹⁰⁸. Lo urgente justifica precisamente una cierta derogación de principios generalmente aplicables¹⁰⁹.

El nuevo Reglamento Penitenciario de 1996 ha acogido este principio al indicar en el art. 188.3 que el empleo de medios coercitivos "es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por indicación del facultativo", aunque como ya hemos dicho circunscriba esta indicación exclusivamente a establecimientos especiales (hospitales y unidades psiquiátricas), distinción que a mi entender carece de razonabilidad alguna, pues en cualquier centro penitenciario ordinario puede darse una indicación terapéutica para el empleo de dichos medios.

4º.- Principio de congruencia. En virtud de él, el tratamiento sanitario ha de ser proporcional y razonable en relación a los medios disponibles y a la finalidad pretendida -siempre sanitaria-¹¹⁰, lo que requiere una ponderación de la gravedad del peligro/desorden y el valor jurídico limitado (libertad)¹¹¹. Además, la congruencia se caracteriza por la eficacia del medio¹¹². En el caso de los medios/medidas coercitivas el medio o medida aplicados se utilizan precisamente porque se considera que son eficaces.

¹⁰⁶ COBREROS MENDEZONA, Eduardo: "Notas...", *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁷ Vid. JESTAZ, Philippe: *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968, p. 281.

¹⁰⁸ La doctrina penal es la que más a fondo ha estudiado el concepto de peligro. Cfr. ESCRIVÁ GREGORI, J.M.: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 17 y ss. La existencia del peligro constituye en todo caso un juicio de probabilidad; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: "Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, 1977, p. 622.

¹⁰⁹ De "efecto derogatorio de la urgencia" habla, por ejemplo: VASSEUR, Michel: "Urgence et Droit Civil", *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1954, pp. 405 y ss.

¹¹⁰ COBREROS MENDEZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios...*, *op. cit.*, p. 248.

¹¹¹ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *op. cit.*, p. 384.

¹¹² AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *op. cit.*, p. 379.

5º.- Principio de prohibición de exceso. En sede jurídico-administrativa está consagrado el principio de elección del medio de ejecución forzosa menos lesivo de los derechos de los administrados (SSTS 21.11.1974 y 14.2.1977, Az. 765)¹¹³, no en vano este principio es un trasunto del principio de *favor libertatis*. Quiere decirse que, entre diferentes medios o medidas posibles a fin de conseguir un determinado resultado (en este caso la minoración o supresión del peligro de daño propio o ajeno), deberá optarse por el que cause menor daño, origine menos molestias y afecte de la manera menos intensa la libertad. O lo que es lo mismo: han de agotarse los medios "menos incisivos", menos intensos¹¹⁴, lo cual remite a una discusión nada pacífica entre quienes identifican la fuerza física como paradigma de la violencia y quien consideran que la "camisa de fuerza química" (tratamiento farmacológico) no es de menor entidad.

6º.- Principio de temporalidad. La aplicación de medios coercitivos es una intervención directamente relacionada con la noción de urgencia y la vigencia temporal. Se actúa, ya no sólo porque el peligro de daño es grave para sí, para terceros o incluso para bienes, sino porque la necesidad de la intervención es urgente, es decir, tal peligro de daño es "inminente". De ahí que la actuación haya de ser "inmediata" y deba estar presidida por los principios de actualidad, provisionalidad, realidad y territorialidad¹¹⁵.

La provisionalidad de la intervención coercitiva es un principio que preside la actuación urgente¹¹⁶, ya que superada la urgencia e instaurado el tratamiento pertinente, las medidas más "agresivas" (aislamiento, contención) deberán ceder el paso a otras medidas menos intensas (medicación forzosa retardada, por ejemplo) que también deben limitarse temporalmente.

El art. 188.3 RP 1996 habla -si bien sólo para los establecimientos o unidades psiquiátricas- de que el empleo de estos medios será exclusivamente por el "tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado", con lo que -en el medio psiquiátrico penitenciario- la aplicación de medios tales como la fuerza física, el aislamiento o la contención mecánica tiene un carácter eminentemente instrumental, de medio para la aplicación del tratamiento farmacológico.

No caben por tanto aislamientos *sine die*¹¹⁷. Como, obviamente, no pueden existir contenciones mecánicas indefinidas o injustificadamente prolongadas.

7º.- Principio de idoneidad de medios. Los medios materiales y los recursos personales que intervienen en la aplicación de un medio o medida coercitiva en psiquiatría -y en el medio penitenciario cuando concorra etiología psiquiátrica- han de ser los idóneos, lo que remite al plano de la adecuación de los medios y recursos personales y materiales¹¹⁸.

¹¹³ Cfr. SSTS 21.11.1974 y 14.2.1977, Az. 765.

¹¹⁴ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *op. cit.*, pp. 382-383.

¹¹⁵ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *op. cit.*, pp. 329-332.

¹¹⁶ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *op. cit.*, pp. 329-332. Sobre la noción de urgencia en derecho administrativo cfr. CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco: "Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 10, Ene.-Abr., 1953, pp. 30-43.

¹¹⁷ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios, op. cit.*, p. 362.

¹¹⁸ TORRES, P., FERNÁNDEZ-AMELA, R. y ZABALA, M. L.: "Uso de los medios de contención en una Unidad de Agudos de Psiquiatría: descriptivos y condiciones de empleo", *Anales de Psiquiatría*, Vol. 18, núm. 8, 2002, pp. 369-374.

En lo que respecta a recursos humanos dos son los aspectos que han de tenerse en consideración, cualificación profesional (competencia) y concurrencia de efectivos humanos suficientes. En lo primero, la decisión de la aplicación de la medida coercitiva corresponde por lo común al médico. No obstante, nada impide -o nada debiera impedir- la aplicación provisional de la medida por el personal de enfermería, dando cuenta lo más pronto posible al facultativo del paciente o al de guardia, en su caso. De hecho abundan los protocolos que contienen tal previsión. Más extraño es, aunque es una idea sobre la que debiera meditar, la responsabilidad compartida en la toma de decisiones, o si se quiere el coprotagonismo del personal enfermero y facultativo¹¹⁹. En lo referido a lo segundo, es obvio que el personal ha de ser bastante para acometer las delicadas tareas de que aquí se trata. En particular, y por referirnos a uno de los temas más recurrentes, es una opinión generalizada que, por ejemplo, la contención requiere la presencia de 4-5 empleados en los primeros momentos. En el medio penitenciario ha de considerarse admisible que dichos empleados correspondan, por lo común, al colectivo de vigilancia, siendo aconsejable no obstante la presencia de personal sanitario durante las maniobras de contención. Para la contención y el aislamiento ha de implantarse, lógicamente, un sistema de cuidado/vigilancia permanente con observación directa en pequeños intervalos de tiempo (de 20' a 1 hora viene a ser la pauta más generalizada).

En el plano de las dotaciones materiales parece evidente que las instalaciones en donde se produce el internamiento, el aislamiento o la contención han de reunir unos determinados requisitos de seguridad, eficacia, comodidad,... Por ejemplo, en el caso de aplicación de la medida de aislamiento la habitación ha de disponer de las condiciones materiales necesarias (dimensiones adecuadas, seguridad en el mobiliario y los utensilios, temperatura y luz idóneas,...)¹²⁰ y de las pertinentes medidas que permitan la observación y cuidado (monitorización en su caso, sistemas de alarma y vigilancia). La habilitación de dependencias específicas en las enfermerías de los establecimientos parece pues obligada. En este punto se ha producido una modificación reglamentaria; mientras el art. 145 RP 1981 preceptuaba que la enfermería de cada establecimiento debía contar con una dependencia destinada a la "observación psiquiátrica", el vigente Reglamento Penitenciario de 1996 habla sin mayor precisión de "habitaciones destinadas al aislamiento sanitario de los pacientes que lo precisen" (art. 213.1), lo cual parece más bien remitir a la "unidad para enfermos contagiosos" del art. 145.2 RP 1981.

Por lo demás, la contención se llevará a efecto asimismo con las debidas condiciones; es decir, mediante dispositivos homologados, en la posición adecuada,... Es en este punto precisamente en donde me inclino decididamente para que los medios a emplear sean precisamente los "sanitarios". Bajo ningún concepto debieran emplearse medios coercitivos que, aún previstos por nuestro ordenamiento penitenciario, lo están para situaciones de origen y tratamiento eminentemente regimental. La indica-

¹¹⁹ Cfr. RAMOS BRIEVA, Jesús Antonio: *Contención mecánica. Restricción de movimientos y aislamiento. Manual de uso y protocolos de procedimiento*, Masson, Barcelona, 1999.

¹²⁰ La dotación mobiliaria y la dimensión de la habitación es asimismo una cuestión a tener en cuenta. Por ejemplo, en la visita girada en 1994 al Hospital Psiquiátrico de San Juan de Dios de Ciempozuelos (Madrid), la Comisión del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos Inhumanos o Degradantes recomendó dejar fuera de uso una habitación dedicada al aislamiento por ser de dimensiones muy reducidas y no estar dotada de prácticamente ningún mobiliario.

ción terapéutica ha de ser apreciada por los facultativos, el tratamiento a instaurar será el por ellos prescrito y los medios a emplear habrán de ser los por ellos determinados. A estos efectos los medios coercitivos regimentales -esposas- han de ceder el paso a los homologados para la sujeción en la práctica psiquiátrica.

8º.- Principio de cuidado. Estamos en presencia de un medio/medida terapéutico, lo que exige el cuidado enfermero y la evaluación facultativa periódica. Y ello con independencia de la vigilancia que, en su caso, se atribuya a los funcionarios a tal efecto designados (312 RP 1981).

Respecto al facultativo, su intervención no debe limitarse a los momentos inicial y final de la medida (instauración y cese) sino que también ha de estar presente durante la aplicación de la misma, mediante periódicas evaluaciones del estado clínico del paciente. Serán los protocolos los que determinen la periodicidad de las mismas, aunque un *mínimum* si debiera garantizarse por vía reglamentaria. Los variados protocolos a los que he tenido acceso -precisamente con motivo del estudio EUNOMIA- contemplan la actuación profesional del psiquiatra en la primera o primeras (2-3) horas, debiendo revisar su situación cada 12 horas. En otro caso se indica primera revisión tras la medida y luego revisiones a las 4 y 8 horas.

Sobre el personal de enfermería recae el peso más importante de la atención al paciente. El cuidado enfermero presidirá todo el proceso de aplicación del medio/medida. La actuación del personal enfermero en los protocolos más detallados que tengo a la vista¹²¹ se centran en: comprobación de constantes vitales, ayuda en la higiene personal y eliminación, regulación de condiciones de la habitación, cambios posturales, liberación periódica y rotatoria de miembros, vigilancia de posibles erosiones o daños en miembros, ofrecimiento de alimentos y líquidos, contacto verbal. Las periodificación de las visitas del personal de enfermería es muy variada, según el protocolo: 10, 15 o 30 minutos.

9º.- Principio de documentación de actuaciones. El empleo de medios coercitivos requiere, en cualquier caso, la documentación de las intervenciones clínicas. Dicha documentación, según el medio empleado y las circunstancias concurrentes podrá o deberá ser previa, coetánea o subsiguiente a la medida. Pero siempre es exigible. Antes la Ley General de Sanidad en su artículo 10.11 y ahora la Ley 41/2002, establecen el derecho a la constancia escrita del proceso asistencial. Esta última lo hace en su art. 15.

La documentación de la intervención clínica aporta indudables ventajas en diversos planos, ya que supone una garantía para el profesional que así tiene constancia de la secuencia de sucesivas intervenciones, es un instrumento de defensa para el paciente y para sus familias y, en fin, coadyuva al buen funcionamiento, pues la eficacia es insoslayable en todo procedimiento institucional (público o privado) y la documentación al fijar materialmente las intervenciones, tiempos, controles,... da constancia de datos que facilitan la eficacia de las terapias aplicadas. Además de lo anterior recuérdese la obligación de dar traslado documental de la prescripción médica de la medida

¹²¹ Los citados del Estudio EUNOMIA y las obras de DÍAZ, R. J. y HIDALGO, M.I.: *Guía de actuación en la clínica psiquiátrica*, You & Us, Madrid, 1999, RAMOS BRIEVA, J.A.: *Contención mecánica*, op. cit. y GASCÓN BARRACHINA, Josep, ROJO RODES, José, SALAZAR SOLER, Albert y TOMÁS VECINA, Santiago: *Manejo terapéutico y prevención en el paciente agitado*, Master Line & Prodigio S.L.-Pfizer, Madrid, 2004.

en los establecimientos y unidades psiquiátricas a la autoridad judicial (188.3 RP 1996), previsión que entiendo ha de extenderse a todos los supuestos en los que en cualquier tipo de establecimiento el empleo de medios coercitivos sea por indicación médica.

10º.- Principio de fiscalización. El empleo de medios coercitivos, que limita derechos y libertades fundamentales, ha de estar sometido a una rigurosa fiscalización, la cual lógicamente recaerá sobre el Fiscal y el Juez de Vigilancia Penitenciaria. En este sentido la previsión que contiene el art. 188.3 RP 1996, de puesta en conocimiento de la Autoridad judicial "de la que dependa el paciente" (entiendo que ha de interpretarse como el Juez de Vigilancia Penitenciaria) la aplicación de estos medios debiera hacerse extensible a todo tipo de establecimientos, y no solamente a las unidades y establecimientos psiquiátricos penitenciarios, a los que tiene expresamente por destinataria la citada norma.

El control jurisdiccional del empleo de medios coercitivos por razones sanitarias está residenciado en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en general (art. 8.5 segundo inciso de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa) y a los Juzgados de Primera Instancia cuando se trata del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico (y por actuaciones subsiguientes a dicho internamiento que se produzcan en el seno del establecimiento hospitalario). El Juez "natural" de garantías del recluso es el de Vigilancia Penitenciaria. En consecuencia, entiendo que ha de ser precisamente el titular de dicho órgano quien ostente competencias en este ámbito. De hecho, ya las ostenta cuando del empleo de medios coercitivos regiminales se trata (art. 72.3 RP 1996); sería cuestión de explicitarlas cuando el origen de la coacción es sanitario. Probablemente no fuera precisa una reforma legal, en lo que a determinación de la competencia jurisdiccional se refiere, ya que en uno y en otro caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene por cometido "salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse"¹²².

Además de la Autoridad Judicial y del Ministerio Público, como he indicado en algún lugar de este artículo, el control externo corre a cargo de otras instituciones nacionales (Defensor del Pueblo¹²³) o internacionales (Comité Prevención de la Tortura, CPT o Comisario Europeo de Derechos Humanos).

Con independencia de lo anterior, es recomendable que la propia Administración Penitenciaria instaure mecanismos de control internos; y no me estoy refiriendo tanto a la inspección penitenciaria como a la aprobación de protocolos de actuación.

¹²² Creo que la mención al "régimen penitenciario" es -en este caso- omnicompreensiva de la normativa y práctica penitenciaria -incluida la sanitario-penitenciaria-. Además, como señala la STC 129/1995, de 11 de septiembre (FJ 8º): "los Tribunales controlan 'la legalidad de la actuación administrativa' (art. 106,1 CE). Con la particularidad de que el legislador, dentro del ámbito de su libre configuración, no ha confiado dicho control ni a órganos administrativos especializados ni a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino a 'órganos judiciales especializados' (STC 2/87 y 74/85), los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, pertenecientes al orden jurisdiccional penal (art. 94,1 LOPJ)". Y concluye: "En suma, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria ejerce funciones de control de la legalidad de los actos de la Administración en materia de régimen penitenciario. Y el legislador puede disponer, sin que ello menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva de dicho poder público, que esa actuación de la Administración sea controlada por dichos órganos judiciales".

¹²³ Los posicionamientos del Defensor del Pueblo en materia penitenciaria creo que merecen una específica consideración que en algún momento pienso abordar.

NORMATIVA PENITENCIARIA

Servicio de Estudios y Documentación

Normativa Penitenciaria

1.- DISPOSICIONES DE INTERÉS PUBLICADAS EN EL BOE

(232) Resolución de 29 de noviembre de 2006, de la Secretaría General de Sanidad, por la que se publica el **Convenio de colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y los Departamentos de Salud y de Justicia de la Generalitat de Cataluña, para la puesta en marcha y la evaluación de actividades para prevenir la infección por VIH en centros penitenciarios**

BOE Nº 4 DE 4 DE ENERO DE 2007

(461) Resolución de 22 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se **concede el Premio Nacional Victoria Kent 2006**, para el fomento de la investigación multidisciplinar en materia penitenciaria

BOE Nº 9 DE 10 DE ENERO DE 2007

(2072) Resolución de 18 de enero de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el **Convenio entre la Comunidad Autónoma de Aragón y el Ministerio del Interior, en materia de educación en centros penitenciarios**

BOE Nº 27 DE 31 DE ENERO DE 2007

(2074) Resolución de 18 de enero de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el **Convenio marco de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, para el desarrollo de acciones formativas en el establecimiento penitenciario de Villabona**

BOE Nº 27 DE 31 DE ENERO DE 2007

(2592) Real Decreto 120/2007, de 2 de febrero, por el que se aprueba la **oferta de empleo público para el año 2007**

BOE Nº 33 DE 7 DE FEBRERO DE 2007

FACULTATIVO DE SANIDAD PENITENCIARIA 16

SUPERIOR DE TECNICOS DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS 45

A.T.S. DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS 30

AYUDANTES DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, ESCALA FEMENINA 250

AYUDANTES DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS ESCALA MASCULINA 700

(3356) Resolución de 6 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se convoca **subvención para la colaboración en la ejecución y seguimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad y determinados programas de atención social**

BOE Nº 41 DE 16 DE FEBRERO DE 2007

(6115) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Disposición adicional trigésima: modificaciones de la Ley 36/1977, de 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de IIPP: se da nueva redacción al art 1 y a la Disposición transitoria primera: quedan extinguidas las actuales escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes de II.PP. y sus funcionarios se integran en su totalidad en el Cuerpo de Ayudantes de II.PP.

Disposición adicional décimo novena: **Modificaciones de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública (excedencias, permisos, reducción de jornada):** art 29.4 se modifica el párrafo segundo y el quinto y se suprime el párrafo sexto; art 29.8, art 30.1 se modifica la letra a) , se crea la letra a bis), se modifica la letra f) y se añaden dos párrafos, se modifica el primer párrafo de la letra f bis, se modifica el primer párrafo de la letra g y se añade la letra g bis; art 30.2 se añade un párrafo final; art 30.3 se modifica

BOE Nº 71 DE 23 DE MARZO DE 2007

(6201) Resolución de 13 de marzo de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el **Convenio de colaboración entre el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo y la Vicepresidencia de Igualdad y Bienestar de la Junta de Galicia**

BOE Nº 71 DE 23 DE MARZO DE 2007

(6380) Resolución de 13 de marzo de 2007, de la Secretaria General Técnica, por la que se publica el **Convenio de colaboración entre la Consejería de Cultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Ministerio del Interior para la creación y desarrollo de programas culturales dirigidos a personas internadas en Centros Penitenciarios de Castilla-La Mancha**

BOE Nº 73 DE 26 DE MARZO DE 2007

(6382) Resolución de 19 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se publica el **Acuerdo por el que la DGIIPP encomienda al OATPYFE la gestión de la actividad de elaboración y puesta a disposición de determinados productos textiles para la dotación de los Centros Penitenciarios**

BOE Nº 73 DE 26 DE MARZO DE 2007

(6602) Instrumento de ratificación del Convenio sobre **traslado de personas condenadas** entre la República Popular de China y el Reino de España, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005.

BOE Nº 76 DE 29 DE MARZO DE 2007

(6686) Resolución de 14 de marzo de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la **denuncia del Convenio marco de colaboración entre el Gobierno Vasco y el Ministerio de Justicia en materia penitenciaria**

BOE Nº 76 DE 29 DE MARZO DE 2007

(7353) Resolución de 30 de marzo de 2007, de la Subsecretaría, por la que se publica el acuerdo de encomienda de gestión suscrito entre el Ministerio de Administraciones Públicas y el Ministerio del Interior. **(Encomienda al MAP la gestión de la inscripción telemática en los procesos selectivos del Cuerpo Superior de Técnicos de II.PP., Cuerpo de ATS de II.PP., Cuerpo de Ayudantes de II.PP. así como el pago telemático de las tasas)**

BOE Nº 83 DE 6 DE ABRIL DE 2007

(7627) Orden INT/937/2007, de 27 de marzo, por la que **se crea la Unidad Dependiente "Epikieia" del Centro Penitenciario de Mallorca.**

BOE Nº 87 DE 11 ABRIL DE 2007

(7628) Orden INT/938/2007, de 27 de marzo, por la que **se crea una Unidad Dependiente del Centro Penitenciario de Albolote (Granada).**

BOE Nº 87 DE 11 DE ABRIL DE 2007

(7629) Resolución de 28 de marzo de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el **Convenio de colaboración entre la Consejería de Educación y Ciencia de Castilla-La Mancha, la Fundación de Cultura y Deporte de Castilla-La Mancha y el Ministerio del Interior para el fomento de actividades deportivas en los establecimientos penitenciarios.**

BOE Nº 87 DE 11 DE ABRIL DE 2007

(7630) Resolución de 28 de marzo de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el **Convenio de colaboración entre la Junta de Galicia y el Ministerio del Interior en materia de educación en centros penitenciarios**

BOE Nº 87 DE 11 DE ABRIL DE 2007

(7788) LEY 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

BOE Nº 89 DE 13 DE ABRIL DE 2007

(8426) Orden INT/1050/2007, de 17 de abril, por la que **se crea el Centro Penitenciario "Puerto III", en Puerto de Santa María (Cádiz).**

BOE Nº 96 DE 21 DE ABRIL DE 2007

(10184) Orden INT/1380/2007, de 8 de mayo, por la que **se aprueban las bases reguladoras para la concesión del Premio Nacional Victoria Kent** para el fomento de la investigación multidisciplinar en materia penitenciaria

BOE Nº 120 DE 19 DE MAYO DE 2007

(10461) Resolución de 26 de abril de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, de **concesión de subvenciones para la colaboración en la ejecución y seguimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad** y determinados programas de atención social.

BOE Nº 124 DE 24 DE MAYO DE 2007

(11414) Resolución de 28 de mayo de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se **convoca el Premio Nacional Victoria Kent 2007 para el fomento de la investigación multidisciplinar en materia penitenciaria**

BOE Nº 137 DE 8 DE JUNIO DE 2007

(11611) Resolución de 4 de junio de 2007, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por la que **se anuncia la convocatoria de proceso selectivo para la selección de personal funcionario interino del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, especialidad Psicólogos**

BOE Nº 141 DE 13 DE JUNIO DE 2007

(12356) Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos

BOE Nº 150 DE 23 DE JUNIO DE 2007

(12533) Resolución de 13 de junio de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el **Convenio de colaboración en materia sanitaria entre el Ministerio del Interior y la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de Extremadura**

BOE Nº 152 DE 26 DE JUNIO DE 2007

(12534) Resolución de 13 de junio de 2007, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el **Protocolo General de colaboración entre la Consejería de Cultura de la Junta de Extremadura y el Ministerio del Interior para el desarrollo de escuelas físico-deportivas en centros penitenciarios**

BOE Nº 152 DE 26 DE JUNIO DE 2007

(13550) Resolución de 2 de enero de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se publica el **Acuerdo por el que se encomienda al Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo la gestión de los talleres de mantenimiento de los centros penitenciarios, mediante la fórmula de taller productivo**

BOE Nº 167 DE 13 DE JULIO DE 2007

(13551) Resolución de 2 de enero de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se publica el **Acuerdo por el que se encomienda al**

Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo la gestión de la actividad de elaboración de lotes higiénicos para internos en Instituciones Penitenciarias, mediante la fórmula de taller productivo

BOE Nº 167 DE 13 DE JULIO DE 2007

(13897) Resolución de 9 de julio de 2007, del Instituto Nacional de Administración Pública, por la que se conceden ayudas para el desarrollo de Planes de Formación Continua en el ámbito de la Administración General del Estado, convocada mediante Resolución de 27 de diciembre de 2006. **(DGIIPP 633.499,58 EUROS / OATPYFE 122.128,74 EUROS)**

BOE Nº 171 DE 18 DE JULIO DE 2007

(15204) **CONFLICTO de jurisdicción n.º 1/2007, planteado por la Delegación del Gobierno en Navarra, con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1, de Pamplona**

BOE Nº 190 DE 9 DE AGOSTO DE 2007

(15339) **CONFLICTO de jurisdicción n.º 10/2006, planteado por la Delegación del Gobierno en Navarra, con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Pamplona**

BOE Nº 192 DE 11 DE AGOSTO DE 2007

(15478) **CONFLICTO de jurisdicción n.º 8/2006 suscitado entre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Pamplona**

BOE Nº 195 DE 15 DE AGOSTO DE 2007

(16005) Resolución de 21 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta en la que se contiene el acuerdo sobre aplicación a las tablas salariales del 2007, de determinados **incrementos de masa salarial y fondos adicionales pendientes de aplicar correspondientes al periodo 2004-2007, del II Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado**

BOE Nº 213 DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2007

(17327) Resolución de 20 de junio de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se publica el **Acuerdo por el que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias encomienda al Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo la gestión de la actividad de elaboración y puesta a disposición de mobiliario para la dotación de los centros penitenciarios**

BOE Nº 237 DE 3 DE OCTUBRE DE 2007

(17328) Resolución de 10 de julio de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se publica el **Acuerdo por el que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias encomienda al Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo el suministro de equipamiento interior diverso para varios centros penitenciarios**

BOE Nº 237 DE 3 DE OCTUBRE DE 2007

(18445) Orden INT/3069/2007, de 11 de octubre, por la que se modifica la orden de 18 de diciembre de 1998, por la que **se actualiza el uniforme, emblemas y distintivos de los empleados públicos de Instituciones Penitenciarias.**

BOE N° 254 DE 23 DE OCTUBRE DE 2007

(18563) Resolución de 10 de octubre de 2007, del **Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2006.**

BOE N° 256 DE 25 DE OCTUBRE DE 2007

(18634) Orden INT/3099/2007, de 3 de octubre, por la que se establecen las **bases reguladoras de concesión de subvenciones para la colaboración en la ejecución y seguimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad y determinados programas de atención social**

BOE N° 257 DE 26 DE OCTUBRE DE 2007

2.- CIRCULARES E INSTRUCCIONES

(Texto completo en www.mir.es y www.derechopenitenciario.com)

I 1/2007 PE “Programa de productividad vinculado a la reducción del absentismo laboral y la evolución de la eficiencia”. Personal funcionario y laboral de servicios periféricos.

DEROGA LA 12/1999 Y LA 5/2005 EN LO QUE SE LE OPONGA.

I 2/2997 TGP/SP "Implantación del sistema de videoconferencia" Introducción. Ubicación y características de la sala. Celebración de actuaciones judiciales, comunicaciones con familiares y consultas médicas. Controles de seguridad. Gestión y registro. Disposiciones finales

I 3/2007 TGP "Utilización del detector de drogas y explosivos". Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia: control de los familiares y demás visitantes. Control de recepción de paquetes. Control de internos y revisión de locales. Remisión de datos estadísticos. Disposición final

I 4/2007 TGP "Intervención de organizaciones no gubernamentales, Asociaciones y Entidades colaboradoras en el ámbito penitenciario" Introducción. Marco normativo. Catálogo de programas de intervención para ONG y entidades colaboradoras en el medio penitenciario. Catálogo de programas de intervención para ONG de apoyo a la ejecución de medidas alternativas. Comisión de seguimiento del voluntariado y ONG: Funciones, Composición. Reuniones. Anexos. Disposición final

DEROGA LA I 5/2000 TP Y LAS QUE SE LE OPONGAN

I 5/2007 I TGP “Implantación del Sistema de Identificación Automatizado (S.I.A.)” Introducción. Disposición adicional. Disposición final. Disposición derogatoria.

DEROGA EL PUNTO 13 (ESTAMPACIÓN DE LA HUELLA) Y EL 14 DE LA I 6/2005 ASI COMO LAS QUE SE LE OPONGAN

I 6/2007 TGP "Confesiones religiosas" Asistencia religiosa.

DEROGA LA 4/1997 Y LAS QUE SE LE OPONGAN

I 7/2007 SP "Cuenta de Tesorería Extrapresupuestaria": I Objetivo y ámbito de aplicación. II Procedimiento a seguir. III Cuenta justificativa-contenido

I 8/2007 PE "Determinación valor/hora en la realización de guardias sanitarias de presencia física"

I 9/2007 TGP "Clasificación y destino de penados. Régimen abierto. Régimen cerrado. Procedimientos. Informes profesionales"

1 Exposición de motivos y principios del sistema. 2 Criterios de clasificación: Clasificación en primer grado: principios generales, equipo técnico de régimen cerrado, informes, revisión de modalidades, principio de flexibilidad del Art. 100.2 RP, cese del régimen cerrado. Clasificación en tercer grado: principios generales, criterios de clasificación, criterios específicos. **3 Supuestos concretos de clasificación:** consideración de resoluciones de determinadas propuestas, revisión de las clasificaciones, asignación y cambio de destino de penados, flexibilidad en el modelo de ejecución, suspensión de la clasificación, medidas cautelares en acuerdos de regresión, ampliación del plazo de resolución, resoluciones judiciales. **4 informes:** Informes de profesionales, supuestos de remisión de informes. **5 Modelo normalizado de clasificación y destino. Disposición derogatoria. Disposición final. Anexos.**

DEROGA LA I 20/1996 Y LAS QUE SE LE OPONGAN

I 10/2007 IP "Quejas y sugerencias de los usuarios sobre los servicios de la Administración Penitenciaria": Introducción. Definiciones. Lugar de presentación. Presentación. Contestación. Seguimiento. Normativa aplicable. Disposición adicional primera. Disposición adicional segunda. Disposición final

I 11/2007 TGP "Unificación de las oficinas de Régimen y Tratamiento": INTRODUCCIÓN. ORGANIZACIÓN DE LA OFICINA: 1 Profesionales que la integran. 2 Distribución de tareas. 3 Dependencias de dicha oficina. 4 Junta de tratamiento. 5 Comisión disciplinaria. PROCEDIMIENTO DE PUESTA EN MARCHA. DISPOSICIÓN ADICIONAL DEROGATORIA Y FINAL

DEROGA LAS QUE SE LE OPONGAN

I 12/2007 SP "Informes sanitarios"

I 13/2007 SP "Lotes higiénicos"

I 14/2007 SE "Correo electrónico e internet" Principios generales de uso. Clasificación de los perfiles de acceso. Procedimiento de acceso a internet y correo electrónico.

