

Temario Derecho penitenciario

Grado en Criminología. URJC
Profª Victoria García del Blanco
Curso 2022-23

Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

©2022 Autora García del Blanco, Victoria
Algunos derechos reservados
Este documento se distribuye bajo la licencia
“Atribución 4.0 Internacional” de Creative Commons,
disponible en
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>
<http://hdl.handle.net/10115/19968>

INDICE

Tema 1. Sistema penitenciario español 10

- 1.1. Consideraciones generales;
- 1.2. El principio de resocialización y su consagración en el art. 25.2 CE
- 1.3. Relación jurídico penitenciaria
 - 1.3.1. Contenido de la pena de prisión
 - 1.3.2. El ordenamiento penitenciario
 - 1.3.2.1. El Derecho penitenciario
 - 1.3.3. Límites a los derechos de los internos (relación de especial sujeción)
 - 1.3.3.1. Aplicación del concepto: huelga de hambre
 - 1.3.3.2. Algunos argumentos en contra
- 1.4. La Administración penitenciaria (cuerpos y escalas del personal penitenciario y sus funciones.

Tema 2. Cumplimiento de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad.29

- 2. Introducción
- 2.1. El sistema de penas en el Código penal de 1995
 - 2.1.1. Prohibición de la pena de muerte
 - 2.1.2. Prohibición de las torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes
 - 2.1.3. Deslegitimación de las penas privativas de libertad de larga duración o de duración perpetua
 - 2.1.4. Prohibición de trabajos forzados
- 2.2. Duración de la pena privativa de libertad.
 - 2.2.1. La pena de prisión
 - 2.2.2. Cumplimiento de la pena de prisión perpetua revisable
 - 2.2.2.1. Regulación legal
 - 2.2.2.2. Problemas de constitucionalidad
 - 2.2.3. Localización permanente
 - 2.2.4. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa
 - 2.2.4.1. RPSubs por impago de multa por cuotas
 - 2.2.4.2. RPSubs por impago de multa proporcional
- 2.3. Determinación de la pena, acumulación y refundición de condenas.
 - 2.3.1. Determinación de la pena
 - 2.3.1.1. Deber constitucional de motivación
 - 2.3.1.2. Exigencia constitucional de necesidad y proporcionalidad de la pena
 - 2.3.1.3. Aspectos generales de la determinación de la pena.
 - 2.3.1.4. Determinación de la pena y aplicación de las reglas del concurso para las personas físicas.
 - 2.3.2. Acumulación y refundición de condenas.

- 2.3.2.1. Los límites a la acumulación jurídica de condenas
- 2.3.2.2. El incidente de acumulación de condenas
 - 2.3.2.2.1. Criterio de conexidad
 - 2.3.2.2.2. Órgano competente
- 2.3.2.3. Formación de los bloques de acumulación
- 2.3.2.4. Necesidad de limitar el cumplimiento de condenas no susceptibles de acumulación.
- 2.4. Suspensión y sustitución de la condena.
 - 2.4.1. Sustitución de las penas privativas de libertad: la expulsión de extranjeros.
 - 2.4.1.1. Introducción
 - 2.4.1.2. La expulsión como sustitutivo penal
 - 2.4.1.3. Sustitución de penas de prisión a ciudadanos extranjeros
 - 2.4.1.4. Excepciones al ámbito de aplicación
 - 2.4.1.5. Consecuencias que acompañan a la no sustitución de la pena por la expulsión
 - 2.4.1.6. La expulsión administrativa tras el cumplimiento de la pena.
 - 2.4.2. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad
 - 2.4.2.1. Suspensión ordinaria
 - 2.4.2.2. Suspensión de la condena de carácter excepcional
 - 2.4.2.3. Suspensión de la condena por drogodependencias
 - 2.4.2.4. Suspensión de la condena por enfermedad grave
 - 2.4.2.5. Suspensión de la ejecución en casos de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad.
 - 2.4.2.6. Suspensión por trastorno mental grave sobrevenido
 - 2.4.2.7. Suspensión provisional de la ejecución de la sentencia
- 2.5. Trabajos en beneficio de la comunidad.
- 2.6. Las medidas de seguridad
 - 2.6.1. Concepto, fundamento y garantías de las medidas de seguridad
 - 2.6.2. Los estados peligrosos y las medidas de seguridad
 - 2.6.2.1. Los estados peligrosos
 - 2.6.2.2. Las medidas de seguridad privativas de libertad
 - 2.6.2.3. Las medidas de seguridad no privativas de libertad
 - 2.6.3. Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados
 - 2.6.4. Sustitución de las medidas de seguridad impuestas a extranjeros.

Tema 3. Los Centros penitenciarios. 98

- 3.1. Consideraciones generales.
- 3.2. Principios estructurales de los centros penitenciarios.
 - 3.2.1. Principio de conformación
 - 3.2.2. Principio de dotación
 - 3.2.3. Principio de ubicación y capacidad
 - 3.2.4. Principio de habitabilidad
 - 3.2.5. Principio celular
 - 3.2.6. Principio de ocupación

- 3.2.7. Principio de separación interior
- 3.3. Clases de establecimientos
 - 3.3.1. Establecimientos penitenciarios para preventivos
 - 3.3.2. Establecimientos de cumplimiento
 - 3.3.3. Establecimientos especiales
 - a) Establecimientos hospitalarios
 - b) Psiquiátricos
 - c) Centros de rehabilitación social
 - d) Establecimientos polivalentes
- 3.4. Determinación del centro de cumplimiento
- 3.5. Ingreso y salida en libertad de un centro penitenciario.
 - 3.5.1. Nacimiento de la relación jurídico penitenciaria. Ingreso en prisión.
 - 3.5.2. Traslados entre centros penitenciarios.
 - 3.5.2.1. Traslado de internos
 - 3.5.2.2. Traslado de sus pertenencias
- 3.6. Modelo organizativo de los centros penitenciarios.
 - 3.6.1. Separación interior
 - 3.6.2. Modelo organizativo del personal
- 3.7. Seguridad de los centros penitenciarios.
 - 3.7.1. Medidas coercitivas
 - 3.7.2. Registros de celdas y cacheos personales
- 3.8. Medidas de protección personal.
 - 3.8.1. Para funcionarios
 - 3.8.2. Para internos. Especial atención a los suicidios en prisión.

Tema 4. Convivencia en el medio penitenciario.....119

- 4.1. Conflictos interpersonales.
- 4.2. Régimen penitenciario.
 - 4.2.1. Faltas penitenciarias
 - 4.2.2. Sanciones
 - 4.2.3. Determinación
 - 4.2.4. Procedimiento sancionador penitenciario
 - procedimiento ordinario
 - procedimiento abreviado
 - 4.2.5. Ejecución y cumplimiento de las sanciones penitenciarias
 - 4.2.6. Condiciones de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda.
 - 4.2.7. Prescripción de faltas y sanciones
 - 4.2.8. Cancelación de sanciones
- 4.3. Mediación penitenciaria.
 - 4.3.1. Concepto
 - 4.3.2. Proceso para la resolución de los conflictos mediante la mediación: Fases
 - 4.3.2.1. Iniciación
 - 4.3.2.2. Desarrollo

- 4.3.2.3. Encuentro dialogado
- 4.3.2.4. Terminación
- 4.3.2.5. Seguimiento

Tema 5. Formas de cumplimiento de la pena privativa de libertad.... 136

- 5.1. Clasificación penitenciaria (sujetos clasificables y presos preventivos).
- 5.2. Grado de clasificación y régimen de vida penitenciaria
 - a. Régimen de vida cerrado (primer grado).
 - b. Régimen de vida ordinario (segundo grado).
 - c. Semilibertad (100.2. RP.; tercer grado y libertad condicional).
 - d. Variables, criterios y requisitos para la clasificación penitenciaria
 - e. Procedimiento de clasificación.
 - e.1. Clasificación inicial.
 - e.2. Clasificación en tercer grado.
 - e.3. Periodo de seguridad. e.4. Revisión de la clasificación.
 - e.5. Modalidad flexible de clasificación. art. 100.2 RP.
 - e.6. Libertad condicional.
 - e.6.1. Libertad condicional general
 - e.6.2. Libertad condicional adelantada
 - e.6.3. Libertad condicional de internos primarios
 - e.6.4. Libertad condicional de condenados por terrorismo o crimen organizado
 - e.6.5. Plazo de suspensión de la condena
 - e.6.6. Revocación de la libertad condicional
- 5.3. Regímenes especiales de cumplimiento.
 - 5.3.1. Limitación del régimen de vida.
 - 5.3.2. FIES.
- 5.4. Formas especiales de cumplimiento
 - 5.4.1. Centros de inserción social
 - 5.4.2. Unidades dependientes
 - 5.4.3. Establecimientos mixtos, departamentos para jóvenes
 - 5.4.4. Unidades de madres
 - 5.4.5. Unidades extrapenitenciarias
 - 5.4.6. Unidades psiquiátricas penitenciarias
- 5.5. Intervención de la víctima en la ejecución penal.
 - 5.5.1. La intervención de la víctima en los procedimientos penitenciarios
 - 5.5.2. El papel de la víctima en la LO 7/2003
 - 5.5.2.1. La responsabilidad civil derivada de delito
 - 5.5.3. Participación de la víctima tras la Ley 4/2015.
 - 5.5.3.1. En el tratamiento penitenciario
 - 5.5.3.2. La reparación del daño
 - 5.5.3.3. La mediación penitenciaria
 - 5.5.3.4. El perdón del victimario
 - 5.5.4. La procesión de las víctimas
- 5.6. Condición de extranjero en el cumplimiento de la pena.
 - 5.6.1. La población penitenciaria extranjera

- 5.6.2. Especificidades regimentales
- 5.6.3. Especificidades treatmentales
- 5.7. Cancelación de antecedentes penales

Tema 6. Medidas específicamente dirigidas a la resocialización del interno. 178

- 6.1. Comunicaciones y visitas.
 - 6.1.1. Clases
 - 6.1.2. Intervención y suspensión
- 6.2. Permisos penitenciarios.
 - 6.2.1. Clases
 - 6.2.1.1. Permiso ordinario
 - 6.2.1.2. Permiso extraordinario
 - 6.2.1.3. Salidas de fin de semana
 - 6.2.1.4. Salidas programadas
 - 6.2.2. Suspensión y revocación de permisos
- 6.3. Beneficios penitenciarios y recompensas
 - 6.3.1. Beneficios penitenciarios
 - 6.3.2. Recompensas
- 6.4. Tratamiento penitenciario.
 - 6.4.1. Concepto
 - 6.4.2. Principios rectores del Tratamiento penitenciario
 - 6.4.2.1. Principio de objetividad científica
 - 6.4.2.2. Principio de diagnóstico de la personalidad y juicio de pronóstico.
 - 6.4.2.3. Principio de individualización
 - 6.4.2.4. Principio de integración
 - 6.4.2.5. Principio de programación
 - 6.4.2.6. Principio de dinamicidad
 - 6.4.2.7. Principio de voluntariedad
 - 6.4.3. El tratamiento penitenciario y su relación con los distintos grados de clasificación
 - 6.4.3.1. En los internos clasificados en primer grado
 - 6.4.3.2. En los internos clasificados en segundo grado (módulos de respeto y unidades terapéuticas)
 - 6.4.3.3. En los internos clasificados en tercer grado
 - 6.4.4. Instituciones generales del tratamiento penitenciario
 - 6.4.4.1. Sujetos encargados del tratamiento penitenciario
 - 6.4.4.2. El tratamiento penitenciario
 - 6.4.4.3. Los permisos de salida
 - 6.4.4.4. Educación y formación
 - 6.4.4.5. Los grupos de comunidad terapéutica
 - 6.4.4.6. Las salidas programadas
 - 6.4.5. La aplicación práctica del tratamiento penitenciario: los programas especializados de intervención.
 - 6.4.5.1. Marco conceptual

- 6.4.5.2. PEI para drogodependientes
- 6.4.5.3. PEI para agresores sexuales
- 6.4.5.4. PEI en materia de violencia de género

Tema 7. Tutela judicial en la ejecución de las penas y medidas de seguridad: tribunal sentenciador y juez de vigilancia penitenciaria... ..215

- 7.1. Disposición Adicional 5.^a. 2 LOPJ y el art 82.1 5.º LOPJ.
- 7.2. Disposición Adicional 5.^a. 3 de la LOPJ.
- 7.3. Juez competente para expedir una orden de busca y captura en un quebrantamiento de condena.
- 7.4. Competencias coincidentes entre el juez de vigilancia penitenciaria y el juez de Instrucción.
- 7.5. Valoración y control del pago de la responsabilidad civil por el juez de vigilancia penitenciaria y por el tribunal sentenciador.
- 7.6. Problemas competenciales en las medidas de seguridad.
 - 7.6.1. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador cuando la medida de seguridad no es privativa de libertad.
 - 7.6.2. Especial referencia a la competencia del juez de vigilancia penitenciaria en la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria.
 - 7.6.3. Concurrencia de medidas y de medidas y penas, en los supuestos de afectar a personas inimputables o semiinimputables.
 - 7.6.4. Modificación, sustitución, mantenimiento o cese de una medida de seguridad acordada por el juez de vigilancia penitenciaria aplicando el art 6º CP.
- 7.7. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador en la pena de prisión permanente revisable.
- 7.8. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.
- 7.9. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Tema 1. Sistema penitenciario español

1.1. Consideraciones generales

En 1998, ATIENZA (un eminente iusfilósofo) advertía acerca de cómo “los dogmáticos del Derecho Penal suelen considerar que la parte “noble”, verdaderamente científica, de su disciplina, lo constituye la teoría del delito (una teoría de gran abstracción y donde el formalismo jurídico llega quizás a su cenit), mientras que la teoría de la pena suele recibir mucha menor atención y el Derecho penitenciario es, simplemente, menospreciado: ¡cómo si pudiera separarse el estudio del delito, de la pena y de su ejecución!”.

Dejando de lado que esta descripción resultaba ya entonces inadecuada para la teoría de la pena, que es uno de los temas más tratados por la doctrina penal, los años transcurridos desde entonces nos han traído un renovado interés por las cuestiones relativas al Derecho penitenciario, en concreto, y a la ejecución de sanciones, de modo más general.

Este cambio es de agradecer y viene impuesto por la realidad de la actuación de nuestro sistema de justicia penal. De igual forma tenemos ahora la oportunidad de abordar la enseñanza de esta asignatura de tal forma que afronte cada uno de sus apartados en clave de política pública y muestre sus implicaciones sociales, por lo que será fundamental la lectura no sólo de textos jurídicos sino también analizar otro tipo de textos sobre, por ejemplo, las consecuencias personales y familiares de la estancia en prisión, o la relevancia de la discriminación social por razón de género y de etnia, sobre la dureza de las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad.

La investigación criminológica realizada en los países de nuestro entorno cultural en los últimos treinta años ha apuntado la existencia de tres fenómenos:

1- Un **incremento del número de delitos**

2- Un **incremento proporcionalmente mayor del miedo al delito**

3- Un **incremento de la población penitenciaria proporcionalmente mayor** a los dos anteriores, aunque se ha detectado un descenso relativo en los últimos tiempos.

1-Sobre el **incremento del número de delitos** reina el desconcierto. No hay acuerdo, en primer lugar, en cuanto a la magnitud del incremento del número de delitos. Algunos criminólogos llegan a negar que se haya producido, mientras que la mayoría, si bien entiende que es real, discrepa acerca de su magnitud. Entre estos últimos, en segundo lugar, tampoco hay acuerdo acerca de las causas del incremento. Finalmente, allí donde la tendencia se ha invertido en los últimos años (señaladamente, en Estados Unidos), también la discusión sobre las razones de tal descenso del número de delitos está presidida por el desacuerdo.

Pero ¿realmente ha crecido el número de delitos? Como se comentó anteriormente, una parte en absoluto insignificante de los criminólogos académicos lo niega.

— Algunos, por razones que podríamos denominar “de principio” o, quizás más apropiadamente, “de método”: siendo el delito una creación del Estado, un producto de la labor de etiquetamiento del sistema de justicia criminal, carece de existencia autónoma y por tanto no se puede medir.

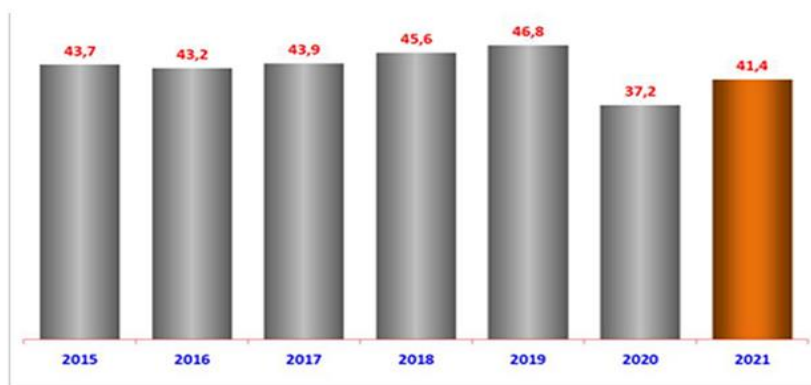
— Otros, sin ir tan lejos, porque piensan que, aunque el delito sí puede medirse de alguna manera, ya que al menos es posible medir cuántos delitos detecta y pune el sistema de justicia criminal, estas variables “internas” al sistema no son representativas de la delincuencia realmente existente. Por ejemplo, aunque el estado realiza habitualmente encuestas de victimización entre la población en general en los que se pregunta si se ha sido víctima de un delito en un periodo concreto, los resultados que se obtengan no dependen de que el Estado haya detectado o no ese delito, aunque la víctima sí que sea consciente. También puede ser que ni la víctima se haya dado cuenta, por ejemplo, una estafa, o porque no sepa que lo que ha sufrido sea delito.

— Otros, finalmente, porque afirman que en los últimos años la tendencia al alza se ha detenido o incluso invertido. Sin embargo, si bien las variaciones en el nivel de delito no fueron espectaculares en los años en los que la opinión pública las experimentó como tales, lo cierto es que desde los años setenta las sociedades occidentales viven bajo niveles de crimen muy superiores a los previamente existentes. Esto no sólo es preocupante en sí, sino que lo es especialmente por las condiciones en las que ha ocurrido.

En nuestras sociedades, el crimen ha crecido a pesar de que tanto los sistemas de justicia criminal como los particulares han aumentado el número de recursos y medidas destinados a la evitación de delitos, y lo ha hecho aunque las condiciones económicas de la mayoría de la población han mejorado ostensiblemente.

Según los datos oficiales, en España desde 1980 la tasa de delitos ha crecido de manera constante. Sin embargo, un análisis más profundo permite extraer dos noticias, una buena y otra mala. Comenzando por la última: el aumento de delitos no es atribuible por entero al incremento poblacional. Pero, como se dijo, también hay una “buena noticia”. Ésta se produce en el plano cualitativo: especialmente en los últimos años, el incremento ha sido sobre todo en el número de ilícitos penales de menor gravedad y no en el de “delitos” en sentido estricto.

Así, España alcanza en 2021 la tasa de criminalidad más baja de la serie histórica reciente. Las 1.960.113 infracciones penales registradas en 2021 representan un descenso de un 10,9 % respecto a 2019, y sitúan la **tasa de criminalidad en 41,4 delitos por cada mil habitantes**, la más baja más baja de toda la serie histórica reciente, de la que hay que excluir el 2020 por las especiales circunstancias que creó la pandemia del COVID-19.



Las 1.960.113 infracciones penales registradas en 2021 representan un descenso de un 10,9 por ciento respecto a 2019, cuando se contabilizaron 2.199.475. Destacan las reducciones de homicidios dolosos y asesinatos consumados, robos con violencia o intimidación, robos con fuerza, hurtos y resto de delitos patrimoniales, así como en el total de infracciones penales.

Con respecto a los delitos de tráfico de drogas, el aumento experimentado está muy relacionado en este caso con la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el marco de planes específicos como el Plan Especial de Seguridad para el Campo de Gibraltar, dado que en este fenómeno delictivo se producen muy pocas denuncias.

Respecto del incremento de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, este factor está relacionado con las activas políticas de concienciación social que han provocado una mayor disposición de las víctimas a denunciar estos delitos y a poner sus casos en manos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que está reduciendo los niveles de infradenuncia detectados en estos tipos penales.

2-Un incremento proporcionalmente mayor del miedo al delito entre la ciudadanía. Mayor consenso existe en torno al segundo fenómeno. Se está de acuerdo tanto en la relativa independencia del miedo al delito respecto de la tasa delictiva real como acerca de la importancia fundamental que a la hora de explicar el nivel de miedo cobran aspectos como la edad, el sexo o el lugar de residencia. Los desacuerdos son, sin embargo, mayores cuando se trata de explicar cómo operan tales factores y cuál es su relación con otros más controvertidos, entre los que figura de modo prominente el efecto conjunto de los medios de comunicación y la pugna política democrática.

La consecuencia parece evidente. Desde hace ya demasiados años estamos viviendo las consecuencias de una **política criminal de “tolerancia cero”** que está llevando a la tipificación penal de nuevas conductas, algunas de ellas sancionadas anteriormente en vía administrativa. Esta tolerancia cero ha hecho de la “dureza” una bandera. Esta tendencia al endurecimiento se traduce en penas más severas, no sólo en su extensión, sino también en su forma de ejecución, algo en lo que ya se había avanzado tras la publicación en 1995 del CP. Recordemos, por poner un ejemplo, la introducción del periodo de seguridad para el acceso al tercer grado previsto en el

art. 36.2 CP, o las limitaciones en materia de clasificación, libertad condicional, permisos de salida o beneficios penitenciarios que establece el art. 78 CP, o las limitaciones en materia de clasificación penitenciaria derivadas de la exigencia de satisfacción previa de la responsabilidad civil establecidas en el art. 72 LOGP, o las limitaciones para el acceso a libertad condicional, ahora una forma de suspensión de la ejecución de la pena (con lo que implica) derivadas de la no satisfacción de la responsabilidad civil o en los supuestos de determinados delitos como los de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales que recoge el art. 90 CP.

A estas reformas legislativas se ha venido a sumar algunas interpretaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, al resolver el recurso planteado contra la resolución de la Audiencia Nacional sobre la acumulación de condenas en el caso del terrorista Henri Parot, lo que suponía un tratamiento similar al existente en el vigente art. 78 CP para aquellos casos anteriores a su vigente redacción. Línea Jurisprudencial que hubo que desandar tras la Sentencia en contra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A este marco penal y de ejecución hay que sumar las reformas procesales que han buscado procedimientos más rápidos para el enjuiciamiento de determinados delitos, que permiten sentencias en periodos de tiempo más breves.

Si además de todo lo anterior, la presencia policial en la calle se ha intensificado, el resultado de este cóctel es más detenidos y condenados y, en nuestro sistema penal de adultos, la cárcel es todavía la consecuencia habitual.

Todo ello nos lleva a tener una de las mayores *ratio* de población penitenciaria dentro de la Unión Europea, por encima de la media

3-Un incremento de la población penitenciaria proporcionalmente mayor a los dos anteriores. En las últimas décadas, la práctica totalidad de las sociedades occidentales experimentaron un importante crecimiento de su población penitenciaria. La población carcelaria creció de modo relevante en todos los países europeos a excepción de Finlandia.

En España, y conforme la página de la Secretaría General de IIPP, la población reclusa descendió a mínimos históricos en 2021. Las cárceles dependientes del Ministerio del Interior (no se incluirían Cataluña ni el País Vasco que tienen delegadas ya las competencias) acogían a 46.053 presos [42.741 hombres y 3.312 mujeres]. La cifra más baja de reclusos que se ha registrado en los últimos 20 años. Para encontrar un ejercicio con menos presos habría que remontarse a 2002, cuando se contabilizaron 44.924.

El volumen de internos se ha reducido progresivamente desde 2010, un año después de que se llegase al pico con 73.832 reos. Una tendencia que ha hecho que las prisiones españolas, exceptuando las de Cataluña—esta comunidad tiene la competencia penitenciaria transferida desde 1984— tengan hoy casi 27.000 presos menos que hace doce años. En este tiempo, el número de reos ha descendido en casi un 38%.

Estos datos no son mera coincidencia y las razones son varias.

En primer lugar, estas cifras no obedecen simplemente a un aumento o descenso de la criminalidad en España, sino también a políticas penitenciarias, reformas legales, o incluso variables temporales, como ha ocurrido en 2020 y 2021 con la pandemia del coronavirus.

A lo largo de 2009, las prisiones del Estado llegaron a contar con 73.832 internos, registrando los índices de ocupación más altos. La causa, en este caso, se debía al endurecimiento progresivo CP. En 2010, sin embargo, varias reformas CP provocaron el efecto contrario. La renovación legislativa rebajó las penas de delitos como el tráfico de drogas en pequeñas cantidades, lo que provocó el descenso de presos en las prisiones en adelante.

Por otro lado, en 2016 también influyó la incorporación de la permuta de las condenas de prisión por los trabajos en favor de la comunidad, en faltas contra la seguridad vial y de violencia de género. Lo que en la práctica ha evitado pisar la cárcel a decenas de miles de personas. Desde ese año hasta comienzos de 2020, la cifra de población reclusa se mantuvo entre los 50.000 y los 51.000. No obstante, lo que aceleró todavía más el descenso de los presos fue el confinamiento. La declaración de dos estados de alarma, en menos de siete meses, trajo consigo la caída de la criminalidad.

En paralelo, tampoco ha de olvidarse la política penitenciaria que mantiene el Ministerio del Interior, desde la llegada de Pedro Sánchez al Gobierno. Desde 2018 II.PP ha concedido 20.000 terceros grados. Conforme a las declaraciones del Secretario Gral de IIPP, Ángel Luis Ortiz: «uno de los compromisos asumidos fue el de favorecer el desarrollo de la intervención tratamental y de los procesos de reinserción social, así como el incremento de las personas penadas en régimen de semilibertad». Así la población reclusa «en medio abierto» ha pasado de un 17,7% a un 20,5% en los últimos años.

Sin embargo, esta tendencia no es recibida habitualmente de forma positiva en nuestras sociedades quizás por la **pérdida de confianza en las posibilidades de los programas de resocialización**. Cuando el alza del crimen y la existencia de elevados niveles de miedo al delito entre la población van acompañados de la falta de confianza en que las medidas aplicadas durante el cumplimiento de la pena conseguirán resocializar al delincuente, es de prever que las políticas públicas de prevención del crimen se inclinen por el uso de largas penas de prisión y la desconfianza ante medidas alternativas.

¿por qué *ahora* se desconfía de las posibilidades de la resocialización, cuando durante buena parte del siglo XX ésta era aceptada sin apenas discusión como una de las finalidades de la pena? ¿por qué *ahora* se exigen penas que habrían parecido excesivas hace apenas dos décadas?

1.2. El principio de resocialización y su consagración en el art. 25.2 CE.

El art. 1 LOGP resulta fiel al art. 25.2 CE que establece que las penas y mediadas de seguridad se orientaran a la reeducación y a la reinserción social. Con la

consagración de este principio en el apartado relativo a los derechos fundamentales, la CE de 1978 se ha hecho eco de las tendencias que durante un tiempo han dominado el panorama doctrinal y habían impulsado la práctica penal y penitenciaria en algunos países, preferentemente del Norte y del centro de Europa, donde las ideas de rehabilitación y terapia social habían sustituido los antiguos conceptos provistos de connotaciones más punitivas.

El ideal de regeneración del delincuente no es una mera consecuencia de la mayor conciencia de respeto a los derechos humanos adquirida por la humanidad después de la 2ª GM. De alguna manera es inherente a la pena privativa de libertad la idea de regeneración y se ha hecho presente desde las primeras manifestaciones de esta, aunque con otras formulaciones o con un contenido religioso penitencial.

La optimista declaración constitucional aparece precisamente en el momento en que el pensamiento de la resocialización del delincuente comienza a entrar en crisis. Su descrédito se ha extendido hoy en la doctrina, que de manera mayoritaria rechaza la comentada idea como clave explicativa de la moderna política criminal.

En contra de esta pretensión de resocialización se puede invocar, EN PRIMER LUGAR, la ilegitimidad de una “socialización coactiva”, tanto por su incompatibilidad con los principios constitucionales, como por la propia naturaleza contradictoria de un tratamiento no aceptado por el sujeto, PERO TAMBIÉN cabe reprochar a la ideología resocializadora el hecho de basarse en una visión reduccionista de la criminalidad —que en el fondo confirma la percepción clasista de la criminalidad— por lo que no se encontraría en condiciones de proporcionar una justificación de la pena en los delitos cometidos por personas “socialmente integradas” —delincuencia económica o de tráfico, por ejemplo—.

Finalmente, no podemos olvidar la dimensión práctica del asunto, que refleja las reducidas expectativas de éxito de un tratamiento penitenciario en el medio penitenciario: la naturaleza de la prisión como “institución total” acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto al medio al que después tendrá que volver. Se denomina subcultura penitenciaria esta modificación de la realidad, caracterizada por la creación de rígidas reglas de conducta diversas a las de la cultura dominante que responden a las necesidades de autotutela del grupo —por ejemplo, el castigo de la delación— pero también a un cierto código moral —por ejemplo, el castigo a ciertas conductas sexuales— y que se hace evidente en aspectos como las variaciones introducidas en el lenguaje.

Ello no obstante, el ideal de la resocialización no ha caído en el olvido y debe ser reconducido hacia un enfoque más realista, moderando sus pretensiones e incorporándolo al sistema de garantías de carácter material.

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado contra la pretensión de deducir del precepto citado la inconstitucionalidad de una condena sobre un sujeto rehabilitado o ya socializado de antemano, declarando que la reeducación o la reinserción social del penado no constituye un derecho fundamental de la persona,

“sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir como parámetro para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales”.

Para comprender en sus justos términos la previsión introducida en el art. 25.2 CE ha de tener presentes los siguientes aspectos:

- La CE establece un derecho fundamental que debe ser interpretado como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), lo cual contradice una concepción de la resocialización como inculcación o imposición de un sistema determinado de valores. En este sentido no podemos compartir las reticencias mostradas en algunas ocasiones por el Tribunal Constitucional, cuando no cree que pueda deducirse del art. 25.2 CE otra cosa que un mandato dirigido al legislador para orientar su política penal y penitenciaria. El contenido rehabilitador de la pena debe entenderse como manifestación de una garantía individual y no de un derecho de la sociedad o del Estado. Este carácter garantista impide cualquier forma de socialización coactiva y supone la voluntariedad del tratamiento penitenciario. Esto hace visibles las graves contradicciones internas de nuestra legislación penitenciaria, al convertir en columna vertebral del sistema de cumplimiento y en fin del régimen penitenciario un elemento del que el interno puede disponer.
- El fin de la reeducación y reintegración social se refiere a las penas privativas de libertad y a las medidas de seguridad, no a todas las sanciones penales —a diferencia de otras constituciones, como la italiana que extiende la idea de resocialización a las penas en general—. Esta circunstancia aleja el sentido del art. 25.2 de cualquier pronunciamiento sobre los fines genéricos de la pena y reafirma su carácter de mandato a los poderes públicos a fin que traten de neutralizar los efectos desocializadores inherentes a la privación de libertad.
- Pero el art. 25.2 CE contiene también un criterio político criminal fuera de la fase de ejecución y resulta operativo en el momento de formular legalmente la amenaza penal prohibiendo al legislador la imposición de penas que resulten absolutamente incompatibles con la finalidad que se proclama. Por esta vía puede afirmarse la ilegitimidad de la reclusión perpetua e incluso de las penas privativas de libertad demasiado largas, con efectos destructivos de la personalidad.

1.3. La Relación jurídico penitenciaria

Con carácter general se ha formulado el concepto de relación de ejecución como una relación de derecho público de carácter coactivo. En términos análogos, puede hablarse de relación jurídica penitenciaria como aquella relación de derecho público entre el Estado, a través de la Administración penitenciaria y los órganos

jurisdiccionales competentes, y un sujeto individual que ha adquirido la condición de preso o penado.

1.3.1. Contenido de la pena de prisión

El derecho penitenciario tiene por objeto la regulación formalizada de las relaciones de poder en el seno de las instituciones penitenciarias. La prisión, desde ese punto de vista, es una institución total: la persona que ingresa en la institución se ve sometida a una situación en la que los aspectos básicos de la vida se encuentran regulados desde fuera, con una drástica limitación de la capacidad individual de organizarse el propio tiempo y espacio vital.

La posición central que ocupa la pena de prisión en los sistemas penales contemporáneos no ha sido ni mucho menos constante a lo largo de la historia. Durante muchos siglos la prisión no había servido para otros fines fuera de los de custodia de los sujetos que esperaban a ser juzgados o sometidos a tortura. En los Siglos XVI y XVII, como consecuencia de los movimientos migratorios hacia las ciudades y la aparición de bolsas de población marginal y ociosa que a menudo planteaba problemas de orden público, surgieron iniciativas consistentes en el internado de estos sujetos en los que algunos han visto los antecedentes de la pena de privación de libertad: así las *casas de trabajo*, propias de países con un incipiente desarrollo del capitalismo e influidos por la Reforma protestante, que imponían a individuos refractarios para el trabajo una disciplina adecuada a la nueva moral religiosa y que además resultaba funcional a las necesidades del sistema de producción emergente. Además de la creación de nuevos hábitos, esta iniciativa, extendida particularmente en Holanda, era una forma barata de obtener ingentes beneficios y de regulación del mercado laboral.

A pesar de todo, las casas de trabajo o de corrección no pasaron nunca a dominar la práctica penal de los diversos Estados en las que fueron implantadas. Las penas corporales y de carácter infamante eran las más habituales, sin olvidar las pecuniarias y el proceso penal tenía como herramienta principal el tormento. Una de las imágenes que pueden caracterizar los sistemas penales del *Ancien Regim* es la ocultación del proceso —inquisitorial y secreto— y la exteriorización de la ejecución, convertida en el espectáculo punitivo para la población. Por otro lado, lo que hoy puede sorprender no es solo la dureza y crueldad del sistema, sino también su arbitrariedad. La aplicación de mutilaciones, descuartizamientos y tormentos de todo tipo convive con la existencia de importantes bolsas de ilegalidades sin respuesta y con un uso inmoderado del derecho de gracia. En realidad, en la crítica ilustrada al Derecho y las prácticas penales vigentes aparece claramente la doble preocupación de obtener, apelando a la racionalidad propia del momento, un sistema más civilizado o refinado y a la vez más eficaz. (Michet Foucault)

En tal contexto cobra especial significado la propuesta efectuada por BECCARIA de unas penas menos crueles y más seguras, en el empeño de convencer a sus conciudadanos de que la eficacia de las penas no radica tanto en su dureza cuanto en la certeza de su imposición.

Si el siglo XVIII todavía había estado dominado en su mayor parte por los antiguos métodos, la obra de los iluministas y las transformaciones políticas y socioeconómicas producidas hacia finales de siglo supusieron un radical giro en los sistemas penales. De manera paralela a las modificaciones de carácter procesal tendientes a la supresión de las viejas prácticas inquisitorias y secretas, la ejecución alcanza una austeridad y sobriedad que hasta el momento habían sido desconocidas, y llegó a convertirse en la parte oculta del sistema. La prisión destaca como columna vertebral del nuevo régimen punitivo. Incluso lo que queda de las antiguas penas en algunos países (por ejemplo, la pena de muerte) pasa a ejecutarse en el interior de las dependencias penitenciarias.

A modo de síntesis, podemos señalar que la vertebración del nuevo sistema punitivo en torno a la privación de libertad se produce en el contexto de una extensión del control y una superación de las penas propias del antiguo régimen y obedece a la confluencia de diversos factores:

a) Carácter preeminente alcanzado por el derecho a la libertad individual (a diferencia de otras épocas históricas en las que el delincuente era esclavo o se encontraba en una situación de servidumbre personal o semiesclavitud).

b) Sistema público capaz de asumir la organización de unas instituciones penitenciarias permanentes y con la consolidación del Derecho penal como Derecho eminentemente público (desaparece la mayor parte de los elementos privados en la reacción) y a la vez coincide con el desarrollo de otras instituciones caracterizadas por la sumisión del individuo a un sistema de control social total.

c) Idea racionalista de proporción y precisión, en la medida que permite ajustar la cantidad de pena a la gravedad del delito.

d) Es funcional a las necesidades del nuevo sistema económico capitalista, por las posibilidades que ofrece respecto a una clase social necesaria como mano de obra.

e) Se ajusta a los nuevos ideales de disciplina y de distribución del espacio y del tiempo

f) El encarcelamiento permite hacer efectivo el ideal cristiano del arrepentimiento del culpable.

La valoración de la importancia de estos factores es discutida en la doctrina. FOUCAULT ve en la sustitución del suplicio por la pena privativa de libertad no tanto un avance humanitario como la irrupción de una nueva economía del castigo, caracterizada por una interiorización y espiritualización del control, ha ejercido una gran fascinación en un destacado sector de la doctrina. Según este planteamiento, lo que expresaría el nacimiento de las presiones como instituciones de cumplimiento punitivo sería un cambio de estrategia, la creación de una objetividad y de un nuevo discurso legitimador del ejercicio del poder que permitiera ofrecer pruebas de la efectividad del sistema. FOUCAULT ha puesto de manifiesto como en el siglo XVIII las ejecuciones públicas habían empezado a plantear problemas de orden público provocados por las espontáneas reacciones emocionales de compasión hacia el condenado o de indignación contra el verdugo. La prisión no sería, desde esta

perspectiva, hija de los ideales ilustrados y reformadores de BECCARIA, sino de una idea policial extrajurídica nacida de prácticas de control social impulsadas con un fin de corrección de los individuos e incluso de creación de una forma de delincuencia que a la postre pudiera resultar útil al sistema.

Hoy se habla de la crisis de la prisión. Sin embargo, puede constatarse que, aun teniendo pocos defensores, es una institución sólida que resulta casi impensable erradicar de nuestro horizonte. Las alternativas a la prisión aspiran a limitar, sustituir o moderar la aplicación de la pena privativa de libertad, pero no a eliminarla completamente del escenario punitivo. Mas allá de las dificultades con las que, en las formas de criminalidad violenta más graves, se encontrarían las fórmulas de intervención más suaves para satisfacer los fines del sistema penal—tanto desde la perspectiva de la prevención general o especial como desde la de impedir reacciones de autotutela salvaje—, el recurso a la privación de libertad parece difícil de evitar en cualquier caso cuando hayan fracasado las alternativas o los sustitutivos. A partir de esta constatación la política criminal debe proclamar como principio inspirador de una revisión del sistema de penas la concepción de la privación de libertad como ultima ratio del sistema sancionador.

1.3.2. El ordenamiento penitenciario

El art. 1 LOGP dispone que “Las instituciones penitenciarias reguladas en esta Ley tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad, y la custodia de los detenidos, presos y penados”. En el segundo párrafo se añade a este fin “una labor asistencial y de ayuda a los internos y liberados”. La exposición de motivos de la Ley justifica esta fórmula advirtiendo que “la finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen actualmente a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados”.

La forma en que se lleva a término la ejecución parece indicar como “de facto” se ha abierto paso una fórmula de combinación de las exigencias preventivas generales y especiales, según la cual la pena impuesta responde a criterios genéricos de gravedad de la infracción y se añade a las necesidades de prevención general, mientras que los diversos mecanismos de flexibilización previstos en el Código penal y en la legislación penitenciaria modulan la pena teórica, tanto con respecto a su forma de cumplimiento como a su duración efectiva, de acuerdo a las exigencias de prevención especial.

La actual legislación penitenciaria ha prescindido ya de toda referencia al sistema progresivo. En el art. 72 LOGP —ubicado sistemáticamente, de modo insólito, al final del título dedicado al tratamiento—, se dispone que “las penas privativas de libertad se ejecutaran según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, de acuerdo con lo que determina el Código penal”. La Ley española adopta la idea de individualización del cumplimiento y convierte el tratamiento —como conjunto de actividades dirigidas a conseguir los fines primordiales de la reeducación y la reinserción social— en la columna vertebral del sistema, sin abandonar de hecho el sistema progresivo. La clasificación de los internos y el régimen penitenciario dependen de la evolución del

tratamiento (arts. 63 y 65). Según establece el art. 71, la finalidad primordial del régimen de los establecimientos es conseguir “el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento”. Esta peculiar síntesis es la causa de un buen número de contradicciones y problemas que surgen en la aplicación de la Ley.

La definición del sistema de individualización científica responde a una decidida voluntad de remarcar los aspectos científicos del tratamiento penitenciario, que se hace presente a lo largo de la Ley —especialmente significativo resulta el art. 62 LOGP— y que resulta en buena parte una consecuencia de la consideración del principio de la reeducación y reinserción social de los condenados como fin primordial de las Instituciones penitenciarias en el art. 1 LOPG.

Se establece para el cumplimiento de las penas de prisión, el sistema de individualización científica, según el cual el penado inicialmente puede ser clasificado en cualquiera de los grados de tratamiento —1º, 2º o 3º— que recoge la Ley, salvo en libertad condicional, y además sin necesidad de tener que pasar por todos ellos, para alcanzar la referida libertad condicional. La introducción de este modelo, supone la superación de los sistemas de cumplimiento progresivos, donde era necesaria una estancia mínima en cada uno de los grados, o resultaba imprescindible recorrerlos todos antes de poder disfrutar de la libertad condicional (art. 72 LOGP).

En la misma línea, el art. 100 RD 190/1996 (RPen) introduce el principio de flexibilización, en virtud del cual un penado clasificado en un determinado grado de tratamiento puede disfrutar de las características del régimen de vida propio de otro grado, con base en un programa específico de tratamiento (caso De Juana Chaos).

La crítica a la flexibilidad de la ejecución de la pena ha tenido un importante eco en la doctrina comparada. Se le ha reprochado que atenta contra los principios de certeza, efectividad e igualdad de la pena, el ser corresponsable de la transformación del derecho penal en un sistema de justicia desigual y especial. Pero ha sido defendida con el argumento de que la misma debe ser considerada inherente a la dinámica ejecutiva propia del sistema constitucional.

1.3.2.1. El Derecho penitenciario

El Derecho Penitenciario puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad. Es decir, se trata de una parte del Derecho de la ejecución penal que ha alcanzado sustantividad propia gracias al carácter preeminente que ocupan las penas privativas de libertad en el sistema de penas vigente y, especialmente, la expansión y dispersión normativa característica de la materia. El derecho penitenciario tiene por objeto la regulación formalizada de las relaciones de poder en el seno de las instituciones penitenciarias.

Se trata de una disciplina relativamente moderna, que surge con fuerza a raíz de la aprobación de las modernas leyes de ejecución y del movimiento de reforma penitenciaria.

Fuentes:

La ejecución de la pena de prisión se regula principalmente en: la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), modificada por LO 5/2003 y LO 7/2003, el Real Decreto 190/1996 (Reglamento Penitenciario) y el Código penal. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta fundamental en materia penitenciaria, así como los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial y las Circulares o Instrucciones de la Fiscalía general del Estado, que han llenado los vacíos legales existentes.

La complejidad del sistema de fuentes del Derecho penitenciario español, no obstante, la primacía (en parte más teórica que real) de la Ley, ha propiciado la unificación de criterios a través de Reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que sin añadirse propiamente al sistema de fuentes, constituyen de hecho una referencia nada despreciable en la toma de decisiones por parte de tales órganos jurisdiccionales.

La Ley Orgánica 1/1979 General penitenciaria de 26 de septiembre (LOGP).

La LOGP fue la primera Ley Orgánica promulgada tras la aprobación de la Constitución española de 1978. Con esa norma se derogaba el Reglamento de los Servicios Penitenciarios que regía la actividad penitenciaria desde el año 1956. La nueva LOGP quería llenar de luz y de derechos el sistema penitenciario que durante el régimen anterior tuvo especial protagonismo, pues la estancia en prisión se caracterizaba por una falta generalizada de derechos. Dicha ley reconocía todo un sistema de garantías jurídicas, proclamaba el principio de legalidad en el cumplimiento de penas y la igualdad de derechos de los internos, indicaba los fines de las penas privativas de libertad, aseguraba la asistencia médica, la necesidad desde la voluntariedad del tratamiento, fomentaba un régimen de comunicaciones con el exterior (permisos de salida), aseguraba el régimen sancionador con garantías procedimentales, consagraba el respeto a la libertad religiosa, reconocía el trabajo retribuido e introducía la individualización científica del penado para clasificarle en el grado de tratamiento más adecuado a sus circunstancias. Sin lugar a dudas, gracias a la LOGP se ha podido transformar el sistema penitenciario español. El panorama que se diseñaba por el nuevo marco jurídico permitía que la persona en prisión, aunque estuviera cumpliendo una condena privativa de libertad, pudiera convivir con otros reclusos como auténticos sujetos de derechos. De esa forma el derecho penal de ejecución estaba presidido por un régimen de garantías, tenía un contenido tratamental y proclamaba su vocación de ser socialmente reinsertador, la actuación penitenciaria dejaba de ser una pura y dura retribución, para tener una función esencialmente rehabilitadora.

1.3.3. Límites de los derechos de los internos (relación de especial sujeción)

El **antecedente** más clarificador de las relaciones de sujeción especial, lo constituye el vasallaje. En la época medieval, los reyes establecían vínculos de fidelidad con sus soldados, oficiales y sirvientes. En estas relaciones se confundía lo oficial con lo personal, que acababa siendo todo uno. De manera que, los que estaban unidos al rey por estos vínculos dependían de él enteramente. Avanzando en la Historia, la época absolutista, si bien objetiva y despersonaliza las relaciones y vínculos entre los que sirven al rey y éste, lo cierto es que mantiene la existencia de

esas relaciones de especial vinculación para determinado personal al servicio del monarca. Sin embargo, es en la época de la monarquía constitucional y especialmente en **Alemania** donde se perfila definitivamente el concepto de relación de sujeción especial.

Con la transición del estado absoluto a la monarquía constitucional, se pretendía dotar de mayores libertades a los ciudadanos, protegiéndolos de la actuación del todopoderoso Estado absoluto. El nuevo sistema contempla la existencia de un parlamento elegido por el pueblo y un rey que se somete al anterior. Es por tanto un sistema dual que combina una doble legitimación según de cuál de sus principales instituciones hablemos. Refiriéndonos al rey, entra en juego el principio monárquico. Si hablamos del parlamento, se legitima en el propio principio democrático. En Alemania, por su peculiaridad histórica, se dio más relevancia a la institución monárquica que representaba la unidad nacional, aún no del todo consolidada, que al parlamento en su papel de defensor de la libertad e igualdad ciudadana. De manera que, si el rey se sometía al parlamento, también conservaba un amplio margen de actuación para el gobierno. Pues bien, en este contexto es el que se consolidan y perfilan las relaciones de sujeción especial en su definición clásica.

En esta situación, es el parlamento el encargado de regular lo concerniente a la libertad y propiedad de los ciudadanos a través de la Ley. Por contra, los actos que emanan del rey respecto de sus subordinados no tienen carácter de actos jurídicos, sino de meras actuaciones administrativas, dictadas en el marco de sus competencias y con efectos únicamente en la esfera doméstica o interna de la Administración del Estado. Las relaciones que surgen entre los sujetos pasivos de tales decisiones y el Rey son las que hoy conocemos como de sujeción especial y permitían dotar de gran rapidez a la actuación del monarca. Es lógico que los ejemplos clásicos de estas relaciones sean los funcionarios y los soldados. Se incluyen también las de los presos con la Administración, por la concepción del Estado como Estado policía y la reducción consecuente de los derechos de los internos frente a la Administración que los gobierna.

En aquel contexto, las decisiones administrativas tomadas en las relaciones de sujeción especial, no se sometían a la reserva de ley, pues se entendía que la Administración necesitaba de rapidez para poder actuar en el marco de sus asuntos internos. Dado que los sujetos pasivos de tales relaciones no se consideraban pertenecientes a la sociedad, sino tan sólo como sujetos de forma especial a la Administración, no eran titulares de derecho fundamentales. A su vez, como las decisiones adoptadas en este ámbito administrativo interno no se consideraba que tuvieran naturaleza jurídica, estaban exentas de control judicial.

El anterior sistema, legítimo en la monarquía constitucional por medio del principio monárquico, pierde legitimidad al instaurarse el Estado de derecho, que proclama el imperio de la Ley en tanto que emana del parlamento, de acuerdo con la norma fundamental constitucional. Además, el Rey ya no gobierna, sino que lo hace un poder ejecutivo legitimado indirectamente en el parlamento y sometido en su actuación al derecho que de él emane. La Administración, por tanto, brazo ejecutor del gobierno, también ha de someterse al imperio de la Ley. El paso de un sistema a

otro obligó en consecuencia a adaptar el concepto de relación de sujeción especial a la nueva situación. Si su existencia se justificaba por la propia capacidad del rey para actuar de tal modo, ahora el rey no puede gobernar al margen del parlamento, pues no hay principios aparte del democrático que legitime al gobierno.

Esa adaptación, se inicia en Alemania en la época de la Constitución de Weimar. Sin embargo, el período nazi ahogó cualquier esfuerzo en este sentido. Con posterioridad a la promulgación de la Ley fundamental en 1949, la evolución ha sido inevitable. Marca un hito la **sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972** que establece que en las relaciones de sujeción especial también han de respetarse los derechos fundamentales. La sentencia se refiere a un interno que consideraba vulnerado su derecho a la libre expresión, porque en virtud de una norma administrativa se abrían las cartas que enviaba. El Alto Tribunal alemán le dio la razón, estimando que los derechos fundamentales sólo pueden limitarse a través de una ley, siendo indistinto para ello el tipo de relación en que nos encontremos.

Esta sentencia impulsó a la doctrina a determinar cómo afectaba al concepto de relación de especial sujeción o si bien había que abogar por su desaparición por ser incompatible con las estructuras del Estado de derecho. En la actualidad, el conflicto se resuelve sobre todo a través de la Doctrina de Ule que distingue, dentro de las relaciones que puedan aparecer entre la Administración y los sujetos tradicionalmente sometidos a sujeción especial con la misma, las **relaciones de base y las de funcionamiento**.

Las **primeras** son aquellas que **regulan aspectos que suponen la manifestación de un derecho fundamental y por tanto afectan a éste**. En estos casos, la Administración únicamente puede afectar tal derecho si la relación de sujeción especial se prevé en la Constitución y la limitación del derecho fundamental se realiza en base a una ley. Además, todo acto administrativo que implique una limitación de estas características será susceptible de control judicial. Para legitimar tal limitación habrá de ser necesario en todo caso pretender el fin público que la Administración tiene encomendado, debiendo valorarse la necesidad y proporcionalidad de lesionar el derecho fundamental para conseguir su alcance.

Por su parte, las **relaciones de funcionamiento** son aquellas **referidas a aspectos meramente organizativos, técnicos o internos de la Administración y necesarios para su correcto funcionamiento**. Pueden regularse a través de reglamentos independientes de la Ley, pues en ocasiones la Administración necesita de mecanismos de actuación rápidos sin poder esperar a la promulgación de una ley que los encuadre. Nunca podrán afectarse derechos fundamentales y estas normas han de ser de nuevo, medio para alcanzar los objetivos de la Administración que los aplica.

En nuestro país, la evolución fue muy similar. Sin embargo, en el momento en que en Alemania ya se había dado el paso de adaptar el concepto al Estado de derecho, la dictadura franquista retomó su sentido clásico, haciendo un uso abusivo de las mismas y extendiendo su campo de actuación y efectos. Todo ello ha provocado que acomodar dichas relaciones a nuestro sistema constitucional se haya demorado en el tiempo.

Actualmente, sin embargo, la mayor parte de la doctrina entiende que si bien las relaciones de sujeción especial son necesarias para que las Administración pueda regular con mayor rapidez y precisión materias de su esfera más interna, es necesario a la vez respetar el sistema consagrado en nuestra Constitución de 1978. Por ello, algunos autores abogan por introducir en nuestro derecho la distinción dentro de las relaciones de sujeción especial entre relaciones de base y de funcionamiento permitiría la conservación de tal concepto y el respeto a los principios que inspiran nuestro Estado de derecho.

1.3.3.1. Aplicación del concepto: la huelga de hambre

Siendo esta relación de sujeción especial la que justifica la especial intervención de la Administración penitenciaria en la evitación de los suicidios en prisión resta preguntarnos cómo está articulado en nuestro actual Estado de derecho. El hecho de que la relación que une a la Administración con los internos se califique como de relación de sujeción especial permite que pueda restringir especialmente los derechos de los internos para velar por su vida cómo la LOGP determina. Sin embargo, en ausencia de regulación legal alguna, ¿en qué se basa nuestro sistema para hacer esta aplicación del concepto antes expuesto?

Las decisiones del **TC** suelen marcar un antes y un después en el análisis de los problemas que abordan. Tras un período de fuertes discusiones e interpretaciones judiciales dispares, llega la calma y los diferentes órganos aplican la Ley remitiéndose a la doctrina del máximo intérprete constitucional. Ello sin perjuicio de que la doctrina pueda continuar manifestando opiniones contrarias a las que adquieran relevancia constitucional. Justamente esto es lo que sucedió **con relación a la problemática de la huelga en centros penitenciarios y, a través de ello, el concepto mismo de relación de sujeción especial**. Tras resoluciones contradictorias en que unas primaban el derecho-deber de la Administración penitenciaria de proteger la vida de los pacientes y otras la autonomía personal de estos, diversas sentencias del TC, impusieron paz jurídica sobre el asunto, principalmente, en lo que nos interesa, mediante **STC 120/1990**.

Los hechos enjuiciados se referían a un grupo de ocho reclusos de la organización GRAPO se había puesto en huelga de hambre reivindicativa. Con su actuación pretendían que la Administración penitenciaria cesara en la política de dispersión de presos de la organización a la que pertenecían y permitiera su reclusión en un único centro penitenciario. Al inicio de la huelga de hambre se encontraban recluidos en el CP de Soria. El JVP de dicha jurisdicción dictó providencia de 20 de diciembre de 1989 que autorizaba al centro penitenciario y según criterio médico, a alimentar forzosamente a los participantes en la huelga en el momento en que existiera peligro de muerte para ellos. Poco después, cuando ya llevaban treinta y seis días de huelga, los internos fueron trasladados al Centro de Preventivos Madrid II. Ante esta situación, el Centro reclama posicionamiento del JVP ahora competente.

En providencia de 5 de enero de 1990, dicho órgano manifestó que si bien la Administración penitenciaria tiene el derecho-deber del velar por la salud de los internos (art. 3 LOGP), no es menos cierto que las actuaciones encaminadas a ello han de realizarse dentro del respeto a la dignidad de las personas recluidas. De este

modo, el tratamiento médico sólo es posible si se realiza sin necesidad de uso de la fuerza física, es decir, con el consentimiento del paciente. En caso de oposición de los internos, el tratamiento sólo puede procurarse en el momento en que estos pierdan la consciencia. El JVP Madrid equiparaba por tanto, la situación de quienes estaban internos y de quienes se encontraban en libertad a los efectos de uso de tratamiento forzoso.

El Ministerio Fiscal recurrió la resolución y la AP Madrid en auto de 15 de febrero de 1990, retoma la postura del JVP Soria aunque introduce una matización en la forma de llevar a cabo la alimentación forzosa. Así, reconoce la AP el derecho-deber de la Administración penitenciaria a suministrar alimentación forzosa a los presos en huelga de hambre que se encuentren en peligro de muerte, siempre que su suministro no se realice por vía bucal mientras estos conserven la consciencia. Se trata con esta puntualización de respetar la dignidad de los huelguistas.

Es justamente esta última resolución la que motiva la demanda de amparo que procedemos a comentar. Los enfrentamientos interpretativos que antecedieron al propio proceso de amparo se reprodujeron en su tramitación con argumentos similares a los antes empleados, aunque expuestos con mayor amplitud. Sin embargo, tanto abogado del Estado como MF coinciden en el concepto de relación de sujeción especial para justificar la intervención administrativa que obliga al cese de la huelga.

Por su parte, antes de iniciar el análisis individual de los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados por la Administración, el TC expone cuál es el contexto concreto al que dicho estudio se refiere. Tal y como expone el Alto Tribunal, la relación que se establece entre la Administración y los internos es una **relación de sujeción especial**. Ésta nace del art. 25.2 CE que se remite a la Ley penitenciaria para regular el estatuto jurídico concreto de los presos, legitimando injerencias más gravosas en los derechos fundamentales de estos, que las permitidas respecto del resto de la población.

Una manifestación de esa relación de especial sujeción es el art. 3.4 LOGP que obliga a la Administración a velar por la vida de los reclusos. Por tanto, según el TC, en los casos de presos huelguistas, que desean llevar el ejercicio de su derecho a la huelga hasta el extremo de poner en peligro su vida, estamos ante un conflicto entre el derecho de los huelguistas a ejercer su libertad hasta tal extremo y el deber-derecho de la Administración penitenciaria de velar por la salud de los internos reconocido en el art. 3.4 LOGP.

Podemos diferenciar dos bloques a tenor de los argumentos que aporta el TC para denegar dicha protección. En relación con el art. 15 en su proclamación del derecho a la vida, y de prohibición de la tortura y los tratos degradantes, y los arts. 16, 17 y 18 CE, el argumento que utiliza el TC es que el supuesto de hecho analizado no entra dentro del ámbito de actuación en el que se manifiestan tales derechos. En cuanto al art. 15 CE como precepto que proclama el derecho a la integridad física y moral, la intervención médica forzosa sería una limitación de tal derecho justificada dentro de la relación de sujeción especial antes expuesta, y proporcional siempre que se den determinadas circunstancias.

Centrándonos en el derecho que el TC considera justificadamente limitado, el art. 15 CE proclama el derecho a ser respetados en nuestra integridad física y moral. El TC entiende que una alimentación forzosa, supone una limitación de dicho derecho, si bien puede venir justificada. En general, tal y como ha reconocido el TC en múltiples sentencias (SSTC 11/1981, 2/1982 y 110/1984), la limitación de derechos fundamentales sólo es posible si tiene anclaje en la propia Constitución y se lleva a cabo de forma restrictiva. Esto implica que la limitación ha de ser necesaria para lograr un fin constitucionalmente relevante, proporcional en cuanto al sacrificio que impone y el logro que alcanza, y respetuosa en todo caso del contenido esencial del derecho limitado.

El TC entiende que se cumplen todos los requisitos. En primer lugar, se limita el derecho a la integridad física como consecuencia del derecho-deber de la Administración de velar por la salud de los internos recogido en el art. 3.4 LOGP. Este deber no es más que una consecuencia del propio art. 25.2 CE, que legitima la denominada relación de sujeción especial entre la Administración y los internos y permite limitar los derechos de estos últimos a través de la ley. A su vez, a través de esa limitación se trata de preservar la vida, fin superior en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ha sido definido en STC 53/1985. Pero es que además, la resolución impugnada habría encontrado un buen equilibrio entre los bienes en juego, al permitir la alimentación forzosa sólo en peligro serio de muerte y prohibir la administración de alimentos por vía bucal en tanto dure la consciencia.

Como resultado de todo lo anterior el TC denegó el amparo solicitado. Permite por tanto la intervención forzosa en casos de peligro de muerte.

1.3.3.2. Algunos argumentos en contra

La postura del TC antes expuesta, a pesar de haber establecido una interpretación uniforme en sede judicial, no fue, ni es hoy en día pacífica. De hecho, dos de sus magistrados manifestaron voto contrario a la resolución mayoritaria. Principalmente, atacaban la fundamentación del TC por basarse en la relación de sujeción especial y en el criterio de ilicitud de los fines perseguidos por la huelga.

Así, exponen que las relaciones de sujeción especial constituyen un concepto jurídico bastante difuso en cuanto a su posible definición. Incluso se discute el propio concepto en cuanto a que existan ámbitos de actuación para la Administración en que le esté permitido ejercer una fuerza inusitada sobre los ciudadanos a ella sujetos. Sobre todo si como es el caso, hablamos de la Administración penitenciaria que ejerce sus competencias sobre quienes están especialmente privados de derechos.

En concreto, para los magistrados discrepantes, si bien el art. 25.2 CE habilita a la Ley para limitar los derechos de los internos en centros penitenciarios en lo que sea necesario al cumplimiento de la pena, y con independencia a que se entienda tal precepto como legitimador de las relaciones que critican, lo cierto es que la LOGP guarda silencio respecto de la huelga de hambre. Una referencia genérica del art. 25.2 CE no puede servir para establecer un régimen diferente entre los presos en centros penitenciarios y los restantes ciudadanos, tan alejado a su vez, de lo que sucede en derecho comparado.

Por otro lado, en los casos de huelga de hambre en las prisiones, no se ven afectados los derechos de terceros. De manera que no existe ningún otro bien que puede justificar una coacción sobre la voluntad de los internos de mantener su postura huelguista con riesgo de muerte. A través de la alimentación forzosa se vulnera una de las manifestaciones del derecho a la libertad del art. 17 CE sin que con ello se proteja ningún otro fin superior. En este sentido, si bien no existe un derecho a la muerte, sí que se reconoce el derecho a decidir autónomamente el tratamiento médico que se desee recibir aún conociendo los riesgos que su rechazo entraña, siempre que estos riesgos sean personales y la decisión se tome en plena consciencia.

En cuanto al conflicto que se da entre este derecho de los huelguistas, equivalente al que tendrían otros ciudadanos en su situación, y el derecho-deber de la Administración a velar por su salud, consideran los magistrados que éste decae en tanto se produce la manifestación de voluntad del huelguista a continuar en su conducta y no se limiten los derechos de otros. El art. 3.4 LOGP no puede servir de esta manera para justificar una intervención médica sobre los internos en todo caso, ni supone la traducción de la relación de sujeción especial a los supuestos de huelga, tal y como decíamos al principio.

En otro orden de cosas, entienden los magistrados que la solución del conflicto nada tiene que ver con la licitud o no de la reivindicación llevada a cabo a través de la huelga, pues esto se aleja de la ponderación de los bienes constitucionales en juego, que es lo que realmente interesa al TC. Máxime si la huelga por su propia lógica siempre trata de alcanzar lo que no es susceptible de reconocimiento en los tribunales o por vías más pacíficas a nivel social. Por último, destacan que la alimentación forzosa habrá de ser en todo caso transitoria, pues en caso contrario su calificación de trato degradante parece clara.

Como conclusión al voto particular que se emite, destaca la consideración de que el error del TC es de base, por haber tratado a los huelguistas primero como internos en lugar de enfermos, cuando lo correcto hubiera sido lo contrario. Sea como sea y a pesar de las críticas vertidas, lo cierto es que la situación es la que es y viene marcada por la tesis mayoritaria del TC, las relaciones de sujeción existen y permiten restricciones que afectan a los derechos fundamentales más allá de la generalidad ciudadana. Todo ello, además, en un contexto en el que no se ha producido una adaptación constitucional lo suficientemente clarificadora y delimitadora, como en el caso de la doctrina alemana.

1.4. La Administración penitenciaria (cuerpos y escalas del personal penitenciario y sus funciones)¹

A la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que depende orgánica y funcionalmente del Ministerio del Interior, le corresponde la dirección, impulso, coordinación y supervisión de la actividad penitenciaria. Conforme a la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, se articula en unidades técnico-funcionales y en una red de servicios administrativos periféricos, constituidos por los distintos centros penitenciarios.

¹ Ver Memento Práctico Penitenciario, 2021-22, Ed. Levfebre.

Actualmente, L 734/2020, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, establece como órganos: la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social y varias Subdirecciones Generales:

- De Relaciones Institucionales y Coordinación territorial
- De Recursos Humanos
- De Planificación y Gestión Económica
- De Análisis e Inspección

La Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social se compone de:

- SG de Medio Abierto y de Penas y Medidas Alternativas
- SG de Sanidad Penitenciaria

Funciones de la SGIIPP.

1- La dirección superior del ejercicio de las competencias en materia de gestión regimental y tratamental de los centros penitenciarios, medio abierto, medidas alternativas y sanidad penitenciaria.

2- Seguimiento, análisis e inspección sobre los servicios, organismos y centros de la Administración penitenciaria, especialmente en lo que se refiere al personal, procedimientos, instalaciones y dotaciones, así como la resolución de las informaciones reservadas y la tramitación de los expedientes disciplinarios incoados a los funcionarios y personal laboral destinados en todas sus unidades.

3- Coordinación en los asuntos de competencia con los órganos periféricos estatales, con las comunidades autónomas y otros organismos e instituciones.

4- Dirigir la ordenación de los recursos humanos y la administración y gestión del personal que preste servicios y unidades dependientes de la Secretaría General.

5- La dirección de la gestión económica y financiera.

6- La planificación y ordenación normativa de las instituciones penitenciarias.

7- La promoción del cumplimiento de los principios y valores institucionales y de la ética profesional.

Cada Subdirección se configura en áreas, servicios, secciones y negociados.

En la SGIIPP también se encaja la **Entidad de Derecho Público, Trabajo Penitenciario y Formación para el empleo**, que promociona, organiza y controla el trabajo productivo y la formación para el empleo de los reclusos.

Tema 2. Cumplimiento de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad.

2.-Introducción

Se entiende comúnmente por **pena** una institución de derecho público que limita un derecho a una persona imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesta en una sentencia firme por un órgano judicial.

La primera característica que destaca de esta definición es la **naturaleza pública de las penas**. Pertenecen al ordenamiento público y son objeto de regulación en la legislación penal.

No siempre fue así: en el Derecho germánico, por ejemplo, la pena y su ejecución se convertía en un derecho de la persona ofendida. La naturaleza pública es una garantía para el condenado, que de esta manera se siente protegido frente a reacciones vindicativas desproporcionadas de las propias víctimas. Sin embargo, con el transcurso del tiempo este desplazamiento de la víctima se ha convertido en desatención hasta el extremo de que, en no pocas ocasiones, la pena es la primera causa de que ésta no pueda ser materialmente resarcida.

La segunda característica es su **carácter aflictivo**. Toda pena está concebida como un daño, con independencia de cómo la perciba el condenado, de otra manera no se podría afirmar la vigencia de la amenaza penal y del Derecho. Que ese daño pueda ser instrumentalizado con uno u otro fin ha originado uno de los debates más intensos y prolongados en el tiempo, en el que confluyen argumentos jurídicos, sociales, psiquiátricos, filosóficos, etc. A lo largo de la historia se han sucedido distintos modelos de castigo que han ido dando respuesta a los distintos modelos de Estado y de la concepción de la propia sociedad.

La pena además es una **consecuencia jurídica del delito**. De la comisión de un delito se derivan una serie de consecuencias que permiten su diferenciación en dos grandes grupos: consecuencias jurídicas y no jurídicas.

Las consecuencias jurídicas se caracterizan por estar previamente recogidas en una norma de derecho positivo y, por esta razón, las denominamos consecuencias formales o formalizadas. Con anterioridad a la comisión del delito el sujeto puede conocer con un alto grado de aproximación la pena que le va a corresponder.

Las otras consecuencias, las no jurídicas, tienen también su origen en infracciones cometidas, pero son imposibles de predeterminar; su naturaleza, gravedad y duración dependerá de un conjunto de factores sociales, económicos, culturales, geográficos, familiares, laborales, etc., que pueden coincidir de manera muy diferente en uno y otro caso; de ahí que su mejor caracterización sería calificarlas como sanciones informales. El grado de formalización nada tiene que ver con la gravedad de la sanción. Por el contrario, no es nada infrecuente que la pena no sea

ni con mucho la reacción negativa más grave que una persona puede esperar tras la comisión de ciertos delitos.

Frecuentemente, la propia imposición y ejecución de la pena lleva consigo consecuencias negativas de carácter informal. La simple condición de imputado en un proceso penal tiene un impacto social negativo (por ejemplo, el candidato a la presidencia francesa Caso Strauss-Khan) y un efecto estigmatizante que añade nuevos problemas a los compromisos del sistema penal con la lucha contra el delito. El legislador es consciente de los daños colaterales que conllevan las penas y dispone de un conjunto de medidas muy variadas para paliarlos, como pueden ser la reserva de identidad del acusado a lo largo del proceso, o la reserva de los datos personales que revelan el paso por una prisión o las ayudas post-penitenciarias al condenado y a su familia; sin embargo, todos estos medios paliativos resultan de una enorme fragilidad y desproporción frente al factor estigmatizante de la pena.

Pero la pena no es la única consecuencia del delito. Los sistemas penales modernos se han ido haciendo cada vez más complejos buscando una mayor eficacia en la respuesta frente al delito. Todo este universo complejo de sanciones se ha enriquecido con otras consecuencias jurídicas del delito que ni siquiera comparten la naturaleza de pena. Dependiendo de ciertas circunstancias, el imputado puede seriamente esperar una panoplia de reacciones que son, además de o en vez de la pena, las **medidas de seguridad**, la **responsabilidad civil** y las **consecuencias accesorias**.

Función, naturaleza y fines del Derecho Penal y de la pena.

Vamos a analizar en primer lugar, **la función que la pena** tiene asignada en la sociedad actual: ¿Por qué existe en todos los ordenamientos un Derecho Penal? Históricamente las funciones que se han atribuido al Derecho Penal han sido distintas. En el Estado medieval, de base teocrática, el Derecho Penal actúa como medio para castigar al que comete un hecho injusto; la pena es algo análogo al castigo divino. En el Estado Absoluto actúa como un medio para someter a los ciudadanos al poder absoluto. En el Estado liberal clásico actúa como un medio para realizar la Justicia.

En nuestro contexto cultural, desde luego, no se puede entender que el Derecho Penal sea un medio de realización de la justicia divina, parece que tampoco es sostenible que sea un medio de imponer una determinada ética o moral, ni siquiera se puede entender, en principio, que el Derecho Penal exista para realizar la Justicia en la tierra.

¿Cómo se justifica actualmente el Derecho Penal?, ¿Qué es lo que legitima la existencia de esta rama del ordenamiento que hemos dicho que prohíbe determinadas conductas bajo la amenaza de sanciones especialmente graves?

Una cuestión que debe ser planteada en este momento es la de la **vigencia del Derecho penal**, de su **legitimidad y necesidad**.

Pues bien, según la **opinión dominante en la dogmática “actual”**, en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro, la existencia del Derecho Penal sólo se puede justificar en la medida en que es un instrumento de protección de la vida social. El Derecho Penal tiene como función (función que justifica y legitima su

existencia) proteger los intereses sociales fundamentales, esto es, aquellas condiciones y elementos que son básicos y esenciales para que los ciudadanos puedan participar en la vida social. Dicho de una manera sencilla al Derecho Penal le incumbe la tarea de protección de los intereses sociales fundamentales para el individuo y para la comunidad. Estos intereses en la medida en que reciben la protección del Derecho son elevados a la categoría de bienes jurídicos.

Existen dos teorías que tratan de explicar los **finés de la pena**: la teoría absoluta y la relativa, que derivan respectivamente de las dos concepciones posibles de la norma penal, la teoría absoluta (que tiene en su base una concepción valorativa de la norma penal) y la teoría relativa (que tiene en su base una concepción imperativa de la norma penal):

a) La **teoría absoluta** es la más antigua y tradicional, sostiene que **la pena tiene una finalidad retributiva**: es la retribución exigida por la justicia por la comisión de un delito. Esta concepción de la pena tiene su fundamento en una concepción valorativa de la norma. La norma penal expresa un juicio de valor negativo sobre un hecho, indica que éste está desvalorado por el ordenamiento. Desde este punto de vista, la pena es retribución, es la retribución que exige la justicia por la realización de un hecho que está desvalorado por el ordenamiento jurídico. En términos más sencillos, el mal que supone el delito debe recibir un castigo y este castigo es la pena.

Esta teoría absoluta ha recibido **críticas**. La objeción fundamental que se le puede hacer es que no toma en cuenta la utilidad de la pena, la pena se impone como castigo o retribución por el delito cometido y para restaurar la justicia, sin tomar en cuenta si resulta o no útil para el bien de la sociedad. Es más debe imponerse aunque resulte innecesaria, e incluso si resultase dañina. Ejemplos: penas cortas privativas de libertad.

b) Frente a la concepción absoluta que ve en la pena una exigencia de la justicia, las **teorías relativas fundan la pena en consideraciones utilitarias**. La pena y el Derecho penal existen y se justifican porque son medios útiles para proteger la vida social, cuando la pena sea ineficaz y se demuestre inútil no tendrá ningún sentido imponerla. Las teorías relativas tienen su fundamento en la concepción imperativa de la norma penal. La norma penal pretende determinar la conducta del ciudadano evitando la comisión de delitos, para ello, utiliza la amenaza de la pena. El fin de la pena no es pues infringir un mal al delincuente y castigarle por el hecho cometido, sino motivar al ciudadano en contra de la comisión de delitos futuros. La pena y el Derecho penal tienen una finalidad preventiva y se justifican en la medida en que son medios útiles para proteger los intereses sociales.

Las teorías relativas distinguen dentro de la finalidad preventiva de la pena entre lo que se denomina prevención general y prevención especial:

-La pena tiene como primer fin la prevención general: La amenaza de pena sirve como medio para evitar que los ciudadanos cometan delitos, es un medio disuasorio dirigido en general a todos los ciudadanos.

-En segundo lugar, la pena cumple una finalidad de prevención especial: es un medio para evitar que un sujeto, que ha delinuido, vuelva a delinquir,

bien porque a través de ella se reforma al culpable, o bien porque, en caso de que sea incorregible, se le aísla. Es un medio para disuadir al delincuente respecto a la comisión de futuros delitos.

También las teorías relativas han recibido críticas. Así se dice que si se funda la pena exclusivamente en la idea de prevención el delincuente es utilizado como un medio o instrumento para el mantenimiento del orden social. Pero, además, se llegaría a consecuencias que son totalmente indeseables:

-Así, por ejemplo, desde el punto de vista de la prevención general, los delitos menos graves (el hurto en unos grandes almacenes o la defraudación a Hacienda) que no se ven frenados por fuertes barreras morales, deberían estar castigados con penas muy graves para contrarrestar la frecuencia de su realización. Por el contrario, los hechos más graves (el asesinato) que cuentan con el freno de una fuerte condena social, deberían estar castigados con penas de mínima cuantía, puesto que respecto a ellos el recurso a la pena es menos necesario.

-Por otro lado, desde el punto de vista de la prevención especial los delincuentes ocasionales parece que no deberían sufrir pena, puesto que sus posibilidades de reincidencia son escasas (parricidio).

En conclusión, actualmente, ninguna de estas teorías puede por sí sola explicar el fin de la pena y su justificación. Actualmente, la dogmática mayoritaria tiende a adoptar una **posición ecléctica- la teoría unitaria de la pena**. Así, MIR PUIG distingue entre el concepto de pena y su fin. La pena es retribución (en este sentido, sólo se puede imponer una pena por el delito cometido y la pena ha de ser proporcional a este delito, se corrigen así los excesos de las teorías relativas), ahora bien, su fin y justificación es única y exclusivamente la protección de bienes jurídicos fundamentales a través de la prevención (no tiene sentido justificar la pena como una compensación por el mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible y tampoco es racional buscarla causando otro mal al delincuente). En consecuencia, la pena no sólo debe ser justa (adecuada al delito cometido), sino que además debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social.

Por tanto, una concepción unitaria de la pena que encuentre su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de delitos en el futuro, satisface en mayor medida las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, al proporcionar un sólido fundamento a la exigencia de proporcionalidad de los delitos y las penas.

Sin embargo, **la actual política criminal se caracterizaría por el abandono del ideal resocializador y su sustitución por un enfoque basado en la imposición de duras medidas sancionadoras, principalmente penas privativas de libertad**; el lugar de la preocupación por la reinserción del individuo habría sido ocupado por el interés en el aseguramiento de la sociedad mediante la exclusión de los “peligrosos”; ambos aspectos tendrían que ver con los cambios sociales experimentados por las sociedades occidentales en las últimas décadas: **“la creación de una narrativa cívica nueva y menos inclusiva”**: **“la cultura del control”**.

Entre quienes tomaban las decisiones político-criminales y aquellos encargados de ejecutarlas (un matiz relevante y poco habitual), durante buena parte del siglo XX, predominaba el ideal resocializador de forma tan apabullante que no se consideraba en absoluto necesario evaluar empíricamente los resultados de su puesta en práctica: *tenía que funcionar*. En las pocas ocasiones en las que se evaluaba y se mostraba que los resultados obtenidos quedaban lejos de los esperados, la fuerza de la cobertura ideológica del modelo llevaba a considerar que lo único que se había demostrado es que existía algún tipo de defecto en su implementación, a partir del cual en absoluto podía concluirse el fracaso del modelo. Todo lo contrario: lo que habría quedado demostrado sería la necesidad de profundizar en él, de investigar nuevos programas de tratamiento o de financiar adecuadamente los existentes. Sin embargo, todo esto cambió en los años setenta. ¿Por qué?

La caída del ideal rehabilitador se debió no tanto a la pérdida de apoyo que éste experimentó entre la ciudadanía en general como a la que sufrió de forma específica entre las clases media-alta y alta con educación académica superior. La pérdida de confianza en el ideal resocializador en el sector de la población de donde mayoritariamente provienen quienes han de decidir sobre la política criminal y su ejecución contribuyó a que éstos últimos fueran más vulnerables que en otras épocas a las presiones provenientes tanto de la mayoría del electorado como de sectores conservadores ideológicamente opuestos a tal ideal.

El **tránsito de una sociedad inclusiva a otra excluyente**. Hasta los años sesenta, la sociedad moderna, aunque no fuera justa, sí era incluyente: el consenso mayoritario en torno a ciertos valores permitía que quienes mostraban su oposición a los mismos fueran considerados “desviados” conforme a un código cuya validez, lejos de poner en entredicho, confirmaban con la miseria de su existencia. Este contexto propiciaba el éxito de las explicaciones que vinculaban el delito con algún tipo de déficit, fuera éste individual o social, lo cual se traducía en un elevado grado de apoyo difuso a las medidas de resocialización. En una sociedad más plural y menos segura de sí misma, sin embargo, la “**inseguridad ontológica**” del sujeto le hace más proclive a la exclusión del otro.

Mientras que en la mayor parte de la investigación criminológica la **privación relativa** se predica de sujetos que miran con envidia hacia arriba, YOUNG amplía el análisis para considerar los problemas que origina la falta de una estructura de recompensas auténticamente meritocrática en una sociedad que dice vivir conforme a criterios de tal índole. Es este desarrollo de la idea de privación relativa la que le permite estudiar un fenómeno en auge: la mirada hacia abajo y con desprecio a quienes perciben ciertas ayudas sociales, a aquellos que, aun teniendo menos, lo tienen “sin habérselo merecido”.

2.1. El sistema de penas en el Código penal español.

(El alumno debe leer los arts. 32 a 137 CP)

El estudio del sistema de penas en la legislación española pasa por hacer referencia, en primer lugar, a la Constitución, que, como norma suprema, determina los principios rectores de dicho sistema en el marco del Estado Social y Democrático

de Derecho que su texto conforma (art. 1.1 CE). No es que la Constitución defina las concretas penas de las distintas infracciones penales, sino que delega esta facultad en el legislador ordinario estableciendo, eso sí, los principios y los límites. La Constitución Española no indica al legislador cuáles son las penas que puede imponer, pero lógicamente tales penas, como penas, consistirán necesariamente en una privación o restricción de derechos. Lo que sí que indica la Constitución al legislador es la prohibición de determinadas penas: las previstas en el art. 15 CE.

En esta materia además de los límites derivados del principio de legalidad y que inciden en la regulación de la pena como consecuencia jurídica de la infracción penal, son de destacar dos previsiones del texto constitucional.

Por un lado, el **art. 15 CE** que consagra el derecho de todos a la vida, a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, ni a la pena de muerte salvo lo que puedan establecer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Por otro lado, el **art. 25.2 CE** establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Las principales implicaciones que los preceptos enunciados tienen de cara a la configuración del sistema de penas en nuestro ordenamiento jurídico son las siguientes.

1. Prohibición de la pena de muerte

Está abolida genéricamente, “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”, lo que supone una excepción de la que el legislador ordinario puede hacer uso. Mediante la LO 11/1995, de 27 de noviembre, también se ha abolido la pena de muerte en tiempo de guerra. Pero constitucionalmente nada obsta a que dicha LO sea sustituida por otra LO que reinstaure la pena de muerte.

España -miembro del Consejo de Europa- ha ratificado el Protocolo núm. 6 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte (BOE 17 de abril de 1986). En el art. 1 se declara que “queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”. El art. 2 de este Protocolo permite excepcionalmente la pena de muerte para los tiempos de guerra.

2. Prohibición de las torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes

También están prohibidas por el art. 15 CE, no sólo las penas corporales o físicas, sino incluso otro tipo de medidas que pudieran ser utilizadas en el proceso o como sanciones disciplinarias (por ejemplo, cortar el pelo al cero, indicar a alguien

que ha muerto o que se ha matado a un pariente, siendo falso, la esterilización o castración de enfermos mentales o de culpables de delitos sexuales, etc.).

Asimismo, España ha ratificado la Convención -elaborada por las Naciones Unidas- contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984 (BOE de 9 de noviembre de 1987).

Pero más importante es la ratificación por España del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 1987 (BOE de 5 de julio de 1989). En este Convenio se crea un Comité que no sólo elabora Informes sobre la privación de libertad en general en los diversos Estados, sino que realiza visitas a cárceles, comisarías, centros de internamiento de extranjeros, hospitales psiquiátricos, residencias de ancianos, sin que necesariamente tenga que avisar con anticipación de las mismas. Las autoridades del Estado visitado tienen obligación de cooperar con los miembros del Comité que realizan la visita. A veces, este Comité hace recomendaciones sobre aspectos muy concretos (horarios de paseo, pintura de las celdas, ventanas de las celdas, estancia de los recién nacidos con las madres reclusas, etc.). Se trata de una labor preventiva muy importante, que pone de relieve el compromiso de un Estado respecto a la erradicación de estas prácticas. Sin embargo, muchos funcionarios no conocen ni la existencia del Comité ni su labor, a través de recomendaciones e informes, con lo que a veces dificultan su trabajo.

3.- Deslegitimación, según algunos, de las penas privativas de libertad de larga duración o duración perpetua.

Desde algunas posiciones se alega que la privación de libertad no debería superar nunca los quince años de cumplimiento efectivo pues, de lo contrario, se destruye la personalidad del reo incapacitándole para una futura vida en sociedad y, en consecuencia, se frustra cualquier posibilidad de reeducación o reinserción social. Sin embargo, existen ciertos sectores sociales, aparentemente en crecimiento, que ven en las penas de prisión de larga duración o de duración indeterminada de la única posible respuesta a determinados delitos considerados muy graves, al tiempo que consideran la rehabilitación del penado no constituye una finalidad de las penas privativas de libertad.

Esta tendencia es claramente la que ha seguido el legislador español con la Ley 1/2015, de 30 de marzo, al introducir la pena de prisión permanente revisable, mantener los límites de 25,30 y 40 años de pena de prisión para determinados supuestos de acumulación de penas por concurso real de infracciones, así como las limitaciones que desde el año 2003 existen para obtener beneficios penitenciarios, acceder al tercer grado y a la libertad condicional. Tales restricciones implican la posibilidad de que la duración efectiva de la pena de prisión alcance los límites señalados, pudiendo llegar por tanto a los 40 años de encierro efectivo lo que se aproxima, en gran medida, a la cadena perpetua. Por otro lado, la reforma de 2015 no ha resuelto la situación de los condenados a varias penas de prisión cuya suma aritmética supera, en ocasiones, los 100 años y no son susceptibles de limitación.

4.- Se prohíbe que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad consistan en trabajos forzados.

No obstante, tanto la LOGP (arts 26 y 29) como el RP (RD 190/1996) (arts 132 y 133) establecen que el trabajo es obligatorio para el sujeto que esté cumpliendo la pena de prisión. No puede considerarse que la normativa penitenciaria esté incumpliendo el mandato constitucional pues lo que la Constitución prohíbe es el trabajo forzado y no el trabajo obligatorio. No es lo mismo, pues el trabajo forzado, la actividad se utiliza meramente como castigo, sin otra finalidad que la puramente aflictiva, y en el trabajo obligatorio, la tarea se impone para lograr la reeducación del penado, al que se le permite además acceder a los beneficios de la actividad laboral que desempeñe.

Los trabajos en beneficio de la comunidad exigen igualmente el consentimiento por parte del penado.

5.- Se establecen ciertos límites a la privación o limitación de derecho fundamentales durante la ejecución de la pena de prisión.

Así, sólo se podrán privar o limitar los derechos fundamentales expresamente señalados, a tal efecto, por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Tales privaciones o limitaciones no podrán nunca implicar la carencia de alimentación, higiene, intimidad, seguridad personal o trabajo remunerado, así como la imposibilidad de acceder a la cultura o al desarrollo integral de la personalidad del penado de acuerdo con el mandato del art. 25.2 CE.

2.2. Las penas privativas de libertad (arts. 35 a 37 CP)

Las penas que se pueden imponer según el CP de 1995, están previstas en el art. 32 CP. Pueden ser:

- privativas de libertad;
- privativas de otros derechos;
- multa.

Según el art. 35 CP las penas privativas de libertad son la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

2.2.1. La pena de prisión (art. 36 CP)

El Código Penal de 1995 refundió en una pena única de prisión un amplio catálogo de penas privativas de libertad previstas en los textos punitivos anteriores (reclusión mayor, reclusión menor, prisión mayor, prisión menor, arresto mayor), sistema que resultaba un tanto oscuro e innecesariamente complejo. En cuanto a su naturaleza y duración, tras las reformas realizadas por las LO 15/2003 y 1/2015, la pena de prisión se configura como grave cuando supera los 5 años de privación de libertad [art. 33.2.b) CP] y se considera menos grave cuando oscila entre los 3 meses y los 5 años [art. 33.3.a) CP]. En cuanto al límite inferior de esta pena, la

LO 15/2003 redujo la duración mínima de 6 a 3 meses (art. 36.2 CP). Tal cambio generó fuertes críticas dado que supuso un claro retroceso en la tendencia político criminal hacia un Derecho penal más humano, que se había iniciado con el Código Penal de 1995. De hecho, este último texto limitó, respecto de lo previsto en el Código anterior, el empleo de penas privativas de libertad de corta duración debido a su efecto desocializador y a su limitada eficacia preventiva.

No obstante, para un sector de la doctrina, las penas cortas de prisión pueden resultar eficaces en ciertos casos como, por ejemplo, en delitos cometidos por los que ellos denominan «sujetos socialmente integrados» (sería el caso, por ejemplo, de la delincuencia económica, de la delincuencia de tráfico, etc.). En estos supuestos — se dice— la prisión siempre produce un efecto intimidatorio y sus autores son sujetos para los que la prisión, aun de corta duración, no implica riesgo de desocialización. Pero, lo cierto es que esta es una cuestión sumamente compleja en la que entran en juego, entre otros, problemas de interpretación de las ideas de «reinserción» y de «integración social» (qué debemos entender por «personas integradas» y si solo algunos delincuentes -fundamentalmente el delincuente marginal- necesitarían reinserción) y problemas desde el punto de vista del principio de igualdad (qué pasaría con los sujetos «no integrados socialmente», ¿no se les aplicarían a ellos las penas cortas de prisión, pero sí a los socialmente integrados?

La realidad no parece coincidir en absoluto con este planteamiento, sino más bien con el contrario). En todo caso, es necesario tener siempre presente que por debajo de un límite «irrenunciable» (la duración necesaria para ejercer la prevención general sin provocar la irrecuperabilidad social) deben emplearse otros mecanismos sancionadores menos duros y estigmatizantes que la prisión.

Por lo que respecta al límite superior, el art. 36.2 CP lo sitúa, como regla general, en 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo texto legal. Esto es, ese límite máximo de cumplimiento puede, excepcionalmente, variar, como ocurre en el supuesto de ciertas figuras típicas (por ejemplo, el delito de asesinato del art. 139, algunos delitos contra la Constitución — art. 473— y delitos contra la Corona —art. 485.2—, todos ellos CP); en el caso de las reglas de determinación de la pena superior en grado (artículo 70.3.1.ª CP); y, en especial, en el supuesto de las reglas de acumulación jurídica de penas aplicables al concurso real (art. 76.1 CP, que prevé la posibilidad de que, en determinados supuestos, ese límite máximo se sitúe en 25, 30 e, incluso, 40 años).

2.2.2. Cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable. (art. 36 CP)

2.2.2.1. Regulación legal

La LO 1/2015 ha introducido múltiples cambios que tienen un sentido inequívocamente reaccionario, pero quizás uno de las más destacables, por el cambio tan profundo que introduce en nuestro ordenamiento penal y por la carga simbólica que conlleva, es esta modalidad de cadena perpetua a la que se ha denominado “prisión permanente revisable”. El Código penal regula esta pena en su art. 36 como una de pena privativa de libertad cuya aplicación se reserva para delitos de excepcional gravedad: asesinatos especialmente graves (art. 140); homicidio del Rey,

de la Reina o del Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485.1); algunos delitos de terrorismo (art. 573 bis, 1, 1ª); homicidio del Jefe de un Estado extranjero, o persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se encuentre en España (605.1); y los casos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad (arts 607 y 607 bis —en este último caso, por un error del legislador, el Código prevé la posibilidad inexistente de aplicar la pena superior en grado a la prisión permanente revisable—).

La propia exposición de motivos de la LO 1/2015 califica esta pena como una respuesta extraordinaria de duración indeterminada, pero sujeta a un procedimiento de revisión que se llevará a cabo una vez cumplida una parte relevante de la condena. Esta revisión tiene como finalidad que el Tribunal valore nuevamente las circunstancias del condenado y del delito cometido a efectos de, una vez “acreditada su reinserción social”, proceder a suspender el cumplimiento de la condena y conceder la libertad condicional. Ahora bien, de acuerdo con la concreta regulación prevista en el Código penal, esa revisión solo puede tener lugar una vez que el penado haya cumplido un mínimo de 25, 28, 30 o 35 años de condena, plazo que depende del tipo y del número de delitos cometidos (art. s 92 y 78 bis 2 y 3). Transcurrido ese tiempo "mínimo" de condena, el tribunal sentenciador podrá suspender la ejecución de la pena durante un plazo de cinco a diez años y conceder la libertad condicional, siendo de aplicación lo previsto en los art. s 80.1, párrafo segundo, 83, 86, 87 y 91 CP. De modo que, el órgano judicial puede, si lo estima necesario, imponer alguna o algunas de las obligaciones y prohibiciones previstas en el art. 83.

Se establecen como **requisitos para poder proceder a la suspensión:**

- a) cumplimiento de esos tiempos “mínimos” de condena;
- b) clasificación en tercer grado; y
- c) pronóstico favorable de reinserción social, que deberá valorar las circunstancias del delito y del condenado previstas en el art. 92 CP, que requiere condiciones especiales en el caso de delitos de terrorismo.

Al juez de vigilancia corresponderá la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida, cuando se aprecie un cambio en las circunstancias en las que se fundamentó la suspensión que anule el pronóstico de falta de peligrosidad. No obstante, en el caso de que el Tribunal considere que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, deberá revisar de oficio cada dos años si la prisión debe ser mantenida. No obstante, esta revisión también se deberá efectuar siempre que el penado lo solicite, pero, tras la desestimación de una petición, el Tribunal podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes.

A su vez, el art. 36.1 CP establece un plazo de 8 años dentro del cual el interno condenado a esta pena, cualquiera que sea la evolución en su reinserción, no podrá disfrutar de permisos de salida; este plazo será de 12 años cuando se trate de condenados por delitos de terrorismo.

Y tampoco podrán los condenados a esta pena ser clasificados en tercer grado hasta el cumplimiento de un mínimo de 15 años de prisión; este plazo mínimo será de 20 años para los condenados por delitos de terrorismo.

En los supuestos de concursos de delitos estos plazos para una posible clasificación en tercer grado serán de 18, 20 o 22 años, o de 24 o 32 años para los condenados por delitos de terrorismo (art. 78 bis 1 y 3).

2.2.2.2. Problemas de constitucionalidad

La exposición de motivos de la LO 1/2015 se refiere eufemísticamente a la revisión de la prisión permanente revisable como una “revisión judicial periódica” (a pesar de que, como ya se ha indicado, sólo puede hacerse una vez que el condenado haya cumplido 25, 28, 30 o 35 años, dependiendo de los supuestos) para a continuación afirmar que lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad y, en consecuencia, ese “procedimiento judicial continuado de revisión” descartaría la posible calificación de esta pena como inhumana. Igualmente, se afirma en dicho texto que se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad con la finalidad de reeducación. Sin embargo, no es esta la opinión de una gran parte de la doctrina penal que se ha manifestado claramente en contra de la introducción de esta pena en nuestro ordenamiento jurídico por sus problemas de constitucionalidad. En general, la mayoría de la doctrina entiende que estamos ante una pena innecesaria: no existen datos objetivos que avalen que las penas ya existentes, que pueden llegar hasta cuarenta años de prisión, se hayan mostrado insuficientes para prevenir los graves delitos para los que está prevista, y los índices de comisión de tales delitos son relativamente bajos. Asimismo, frente a la posible -aunque no probada- mayor eficacia preventivo general y especial que se aduce a favor de esta pena, los costes que supone desde el punto de vista de los principios penales y de los derechos fundamentales son extraordinariamente altos.

La realidad es que esta pena es difícilmente compatible con la finalidad de reinserción social y de humanidad, debido a los obstáculos que su regulación interpone a la posibilidad de que los condenados puedan acceder a instrumentos esenciales para su reinserción (como el disfrute de permisos de salida o la clasificación en tercer grado); a los plazos tan largos que establece el Código penal para efectuar una primera revisión; a la incertidumbre sobre cuál será, en su caso, el máximo de pena a cumplir; y a la posibilidad de una reclusión a perpetuidad. El propio Consejo General del Poder Judicial calificó la introducción de esta pena como una técnica legislativa inadmisibles, contraria los principios de seguridad jurídica y de taxatividad. Además, como se ha indicado por algún autor, la prisión permanente vulneraría los principios de proporcionalidad e igualdad, puesto que no puede ser graduable equitativamente por el juez y tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los mayores. En definitiva, nuestro Derecho penal ha dado un gravísimo paso hacia atrás con la introducción de una pena que nos sitúa en una época que parecía superada: la anterior a la modernidad.

2.2.3. La pena de localización permanente (art. 37 CP)

La localización permanente, creada originariamente como pena leve y una extensión máxima de 12 días, con la reforma operada por la LO 5/2010 pasó a ser pena menos grave —con una extensión de tres meses y un día a seis meses— o pena leve —con una extensión de un día a tres meses—. Con la LO 1/2015 se la ha eliminado del catálogo de penas menos graves y ha recuperado su naturaleza de pena leve, con una duración de un día a tres meses [art. 33.4 h) CP]. No obstante, en contraposición a lo anterior, el art. 37 CP mantiene que esta pena tendrá una duración de hasta seis meses.

Se trata de uno más de los ejemplos de la deficiente técnica legislativa que ha caracterizado esta última reforma CP. Esta sanción está prevista también como una pena alternativa a la multa y a los trabajos en beneficio de la comunidad (por ejemplo, en los art. s 171.7, 172.3 y 173.4 CP) y como una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53.1 CP). Asimismo, la LO 1/2015 la incluye entre las posibles penas que pueden sustituir las penas de prisión inferiores a tres meses, sustituyéndose cada día de prisión por un día de localización permanente (art. 71.2 CP). La exposición de motivos de la LO 5/2010 fundamentó la mayor extensión y ámbito de aplicación que asignó a la localización permanente en la necesidad de hacer frente a «la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español». Por su parte, la LO 1/2015 solo se refiere a ella en la exposición de motivos para justificar el recurso a la misma en los delitos de violencia de género, a fin de evitar los efectos negativos que para la propia víctima puede conllevar la imposición de una pena de multa.

La imposición de esta pena obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado (art. 37.1 CP). Lo que se pretendía en el momento de la introducción de esta pena en el sistema penal español, según indicaba la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, era otorgar al juez la potestad para señalar un lugar específico (distinto del domicilio) en el que pudiera cumplirse «con excepción de los centros penitenciarios». Sin embargo, el RD 515/2005, de 6 de mayo dio marcha atrás en relación con esa declaración de la ley al señalar, también en su Exposición de Motivos, que la ejecución «preferentemente no se llevará a cabo en un establecimiento penitenciario ni en un depósito municipal», con lo que dejaba abierta la posibilidad de su cumplimiento en un centro penitenciario. Finalmente, la LO 5/2010 ya acepta de manera franca el cumplimiento en un centro penitenciario como una forma —se afirma en la Exposición de Motivos— «de eludir la genuina pena de prisión y, a un mismo tiempo, ofrecer una respuesta proporcionada y disuasoria que permita combatir con mayor rigor y eficacia los supuestos de reiteración de faltas que han generado una especial inseguridad ciudadana en los últimos tiempos». Así, el art. 37.1, tras la LO 5/2010, establece: «No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como penal principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado». Por su parte, el RD 840/2011, de

17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas (en adelante RD 840/2011), deroga el RD 515/2005 y declara que la Administración penitenciaria será la competente para la ejecución de la pena de localización permanente cuando la resolución judicial acuerde que el lugar de cumplimiento sea un establecimiento penitenciario (art. 12 RD 840/2011).

Igualmente, en este decreto se establecen normas específicas de ejecución de la localización permanente en un centro penitenciario como, entre otras, la prohibición de que el penado pueda recibir comunicaciones, visitas o paquetes, aunque sí tiene derecho a disponer, a su costa, de un pequeño reproductor de música o radio en su celda, así como de libros, prensa y revistas impresas de pública circulación. Asimismo, se prevé que la Administración ha de procurar que el penado disfrute de un mínimo de cuatro horas fuera de la celda que se le asigne para el cumplimiento de la pena (art. 13 RD 840/2011).

Finalmente, en el caso de delitos relacionados con la violencia de género, la LO 1/2015 establece que la localización permanente deberá cumplirse en domicilio diferente y alejado del de la víctima.

Esta pena puede cumplirse de forma continuada, salvo que a solicitud del reo y cuando las circunstancias lo aconsejen, oído el Ministerio Fiscal, el juez o tribunal sentenciador acuerde lo contrario o disponga su ejecución durante los sábados y domingos (art. 37.2 CP). Por último, el art. 37.4 CP (reformado por la LO 5/2010) otorga al Juez la facultad de acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.

2.2.4. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 y 53 CP)

El art. 35 CP, modificado en su día por la LO 15/2003, cataloga a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa como una pena privativa de libertad, aunque el Código la regula dentro de las penas pecuniarias. El presupuesto para la aplicación de esta pena es el impago de la pena de multa y puede ser considerada como una pena menos grave o como una pena leve en función de la gravedad de la pena de multa que sustituya (art. 33.5 CP). No obstante, cuando se trate de condenados a una pena privativa de libertad superior a cinco años no se impondrá esta responsabilidad personal subsidiaria (art. 53.3 CP). Por su parte, el art. 50 CP al regular la pena de multa distingue dos modalidades, el sistema de días-multa y la multa proporcional. El sistema de días-multa constituye la regla general y la cuota diaria se calcula exclusivamente en atención a la situación económica del penado (art. 50.2 y 5 CP). La multa proporcional solo se utiliza cuando así lo dispone el Código y se fija en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo, o también, si se impone a personas jurídicas, en función de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida; cuando se imponga a personas jurídicas y no sea posible el cálculo sobre la base de tales criterios, el Código Penal

prevé la aplicación de un sistema alternativo de días-multa (art. 52 CP). De acuerdo con estos dos sistemas, hay que distinguir dos supuestos:

2.2.4.1. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por cuotas (arts. 50 y 53.1 CP)

Si el condenado no cumple de forma voluntaria o por vía de apremio la multa impuesta quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (en principio, la responsabilidad subsidiaria no deberá exceder la duración de un año, dado que la extensión máxima de la multa en el sistema de días-multa, cuando se aplica a personas físicas, es de 2 años —art. 50.3 CP—). No obstante, el Código Penal permite que el juez o tribunal acuerde, previa conformidad del penado, que esta responsabilidad se cumpla mediante la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en cuyo caso, cada día de privación de la libertad equivaldrá a una jornada de trabajo. Tratándose de delitos leves, la responsabilidad personal podrá cumplirse mediante la pena de localización permanente, no siendo aplicable el límite máximo previsto en el art. 37.1 CP.

2.2.4.2. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa proporcional (art. s 52 y 53 CP)

En este caso, el Código Penal faculta al juez o tribunal para fijar, «según su prudente arbitrio», la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, «en ningún caso» de un año. Adicionalmente, la responsabilidad personal subsidiaria también podrá cumplirse, previa conformidad del reo, mediante la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.2 CP). Cuando la multa haya sido impuesta a una persona jurídica, su pago podrá ser fraccionado durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica no satisficiera la multa en el plazo señalado, el juez o tribunal podrá acordar la intervención de la misma hasta el pago total de la multa (art. 53.5 CP, introducido por la LO 5/2010). Tanto en este supuesto como en el anterior, el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado (art. 53.4 CP).

2.3. Determinación de la pena; acumulación y refundición de condenas.

2.3.1. Determinación de la pena

2.3.1.1. Deber constitucional de motivación

El CP exige una motivación expresa en diversos pasajes. En el Libro I se menciona en diversos casos, por ejemplo, en la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio (art. 45) o para la pena de multa (art. 50.5); etc.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional exige con carácter general una motivación respecto a la concreta extensión de la pena, sea cual sea ésta. El

órgano judicial ha de explicar los datos y requisitos que determina la ley aplicable, sin que sea exigible [...] que exteriorice de manera prolija y detallada cuál ha sido el juicio valorativo que le ha llevado a la cantidad señalada (STC 14/1991, FJ 2, en relación con la cuantía de la indemnización derivada del delito). La STC 193/1996, FJ 3, exige la motivación respecto del uso que se hace del arbitrio judicial en los casos en que éste procede. La STC 224/1992, FJ 3, exige la motivación en un caso concreto: respecto a la denegación de la suspensión condicional de la pena.

De diversas resoluciones del TC parece deducirse que la exigencia de motivación se encuentra en relación directamente proporcional con el grado de arbitrio judicial: a mayor arbitrio concedido por la ley al juez, mayores exigencias le plantea a éste el deber de motivación (SSTC 193/1996, FJ 3; 43/1997, FFJJ 6 y 7; ATC 204/1996, de 15 de julio, FJ 3). Por otra parte, no resulta infringido el deber de motivación -incluido en el ámbito del art. 24.1 CE- cuando la valoración de los criterios de los que según la ley depende la extensión de la pena puede deducirse de los hechos probados, de manera que el *quantum* de la pena impuesta no resulta manifiestamente irrazonable o arbitrario (STC 47/1998, FJ 6; ATC 204/1996, de 15 de julio, FJ 4).

La STS 737/2004, de 2 de junio, indica que el deber de motivación adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo de pena legalmente previsto, sin argumentación al respecto.

2.3.1.2. La exigencia constitucional de necesidad y proporcionalidad de la pena

Según la STC 136/1999 (caso HB), de 20 de julio, FJ 23, “la pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada”. Añade esta misma resolución que sólo cabrá calificar la sanción penal como innecesaria cuando resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador (STC 55/1996, FJ 8) (*la necesidad parece hacer referencia al principio de intervención mínima o de ultima ratio*). Y sólo cabrá catalogar la sanción penal como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la actividad legislativa (SSTC 161/1997, FJ 12; 55/1996, FJ 9).

2.3.1.3. Aspectos generales de la determinación de la pena

Una vez que se ha determinado que un hecho cometido por una persona constituye un delito o falta, resulta preciso determinar la pena que le corresponde.

En la determinación de la pena las leyes han oscilado entre la absoluta indeterminación legal (y correlativamente el mayor arbitrio judicial), propia por ej., del Antiguo Régimen, y la determinación legal absoluta, cuando se desconfió de los Jueces, como ocurrió con el CP francés de 1791. El vigente CP español opta por una determinación legal relativa, es decir que la ley establece un marco de penas relativamente estrecho, con unos límites (máximo y mínimo), y dentro de ese marco el juez establece una pena absolutamente determinada.

Pero para llegar a una pena absolutamente determinada, se suelen distinguir tres fases:

* **individualización legal:** la ley da pautas para establecer el marco penal;

* **individualización judicial:** dentro del marco concreto, el juez fija una pena completamente determinada;

* **individualización administrativa,** penitenciaria o ejecutiva: se produce en el momento de cumplimiento, sobre todo en relación con las penas privativas de libertad; la lleva a cabo la Administración pero bajo el control de los órganos judiciales; de este apartado se ocupa el Derecho Penitenciario.

1-- Individualización legal

La individualización legal comprende a su vez tres momentos distintos: la determinación del marco penal abstracto, la determinación del marco penal concreto (grados) y la determinación de la extensión de la pena (mitad que corresponda o grados o, en su caso, grados).

a) Marco penal abstracto

La ley señala para cada infracción -delito o falta- tanto la clase de pena principal (privativa de libertad, privativa de otros derechos y multa) como la cuantía de la misma, indicando un límite máximo y un límite mínimo. Eso constituye el marco penal abstracto que, por lo general, se indica expresamente en la norma.

Ej.: en el art. 138 relativo al homicidio doloso se prevé una pena de prisión de diez a quince años. Esa privación de libertad entre diez y quince años es el marco penal abstracto del que hay que partir. Límite mínimo son diez años y límite máximo son quince años.

→ En ocasiones, la ley prevé penas alternativas, entre las cuales el juez o Tribunal pueden elegir una de ellas. En tal caso, ya en ese momento debe practicarse el arbitrio judicial.

Ej.: el delito de acoso sexual del art. 184.1 está castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. Antes de iniciar las restantes fases, el Juez debe elegir ya una de estas dos penas.

→ A veces el marco penal abstracto no está expresado en la norma sino que para su determinación se requiere realizar determinadas operaciones. Es lo que ocurre con algunos tipos cualificados, en los que la norma prevé bien una pena superior en grado a la del tipo básico ², bien la pena en su mitad superior ³. También

² Arts. 164, 188.4, 189.2, 281.2, 302, 326, 345.3, 371.2, 455.2, 471, 529.2, 575, 583.1º, 607.1.1º, 613.2.

³ Arts. 165, 167, 169.1º, 172, 180.2, 181.4, 182.2, 183.2, 187.2, 188.3, 192.1, 196, 197.4 - 5 y 6, 198, 204, 242.2, 244.2, 252, 290, 298.2, 301.1, 302, 305.1, 307.1, 318 bis.3, 325, 334.2, 336, 345.2, 353.1 y 2, 371.2, 428, 429, 438, 442, 446.1º, 459, 461.2 y 3, 463.2, 464.1, 466.2, 495.2, 500, 511.3, 514.3, 534.2, 535, 536, 572.2, 574, 576.2, 577, 599, 605.3, 623.3, 625.2.

en algunos tipos privilegiados, la norma impone bien una pena inferior en grado ⁴, bien la pena en su mitad inferior ⁵. Más adelante veremos cómo se determina la pena superior e inferior en grado y la mitad superior e inferior de una pena.

Ej.: el art. 164 prevé para ciertos casos la imposición de una pena superior en grado (secuestro de más de quince días de duración) y de otra inferior en grado (secuestro en el que se libera al detenido dentro de los 3 primeros días, sin haber logrado el objeto propuesto).

Ej. el art. 242 (robo con violencia e intimidación) contempla un tipo cualificado por uso de armas y lo castiga en su mitad superior (art. 242.3) y un tipo privilegiado castigado con pena inferior en grado (art. 242.4).

La determinación del marco penal abstracto parte de la regla de que la ley impone ese marco para los delitos consumados y para los autores de los mismos. Es lo que establece el art. 61 CP.

b) La concreción del marco penal

En la realización de esta tarea se opera con los grados superior e inferior a otra abstractamente determinada. Aunque esta tarea se efectúa en los casos previstos expresamente en la ley, como se acaba de indicar, realmente la determinación de los grados superior e inferior tiene el siguiente ámbito de aplicación:

* en los casos en que el delito no está consumado: actos preparatorios punibles y tentativa:

- actos preparatorios punibles previstos en el Libro II del CP, siempre con pena inferior en uno o dos grados;
- tentativa: art. 62;

* en los casos en que el sujeto no es el autor en el sentido legal o amplio del art. 28, es decir, los cómplices: art. 63;

* excepción de la tentativa y complicidad especialmente penadas por la ley: art. 64.

El art. 70.1 indica cómo hay que proceder para obtener una pena inferior o superior en grado (generaliza el anterior sistema previsto para las multas en el CP de 1973):

“1. La pena superior o inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1º) La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate,

⁴ Arts. 163, 164, 242.3, 317, 331, 340, 344, 351, 358, 393, 394, 396, 423.2, 450.1, 489, 555, 586.

⁵ Arts. 189.1, 279, 298.3, 449.2, 466.3, 476.2.

incrementando en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer [este segundo inciso ha sido añadido por LO 15/2003].

2ª) La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer [este segundo inciso ha sido añadido por LO 15/2003]”.

→ Siguiendo el mismo sistema es posible determinar la pena superior en dos o más grados y la pena inferior en dos o más grados.

Esta solución por la que opta el Código determina que los grados superiores sean iguales siempre que el límite superior de una pena sea el mismo; y lo mismo ocurre con los grados inferiores, que serán siempre iguales cuando los límites inferiores sean idénticos. Ello puede provocar que distintos supuestos merezcan sin embargo la misma pena.

Ej.: La pena superior en grado a una de seis meses a seis años (jefe de una organización dedicada a la receptación, art. 302) es la misma que la pena superior en grado a la de tres a seis años (jefe de una organización dedicada al tráfico de precursores, art. 371.2), es decir, de seis años y un día a nueve años.

Ej.: la pena inferior en grado a una de dos a cinco años es la misma que la pena inferior en grado a una pena de dos a ocho años, es decir, de uno a dos años menos un día.

El nuevo sistema de determinación de los límites mínimo y máximo (es decir, la diferencia de un día o un día multa de más o de menos) pretende que las penas no se solapen entre sí, y que sean diferentes.

Primer problema: ¿Qué ocurre cuando la cifra mínima o máxima sólo se puede dividir acudiendo a fracciones? Ej.: pena de 31 a 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad del art. 153 párrafo primero. En este caso la mitad de 31 es 15,5. ¿Cómo se calcula la pena inferior en un grado?

El art. 70.2 resuelve en parte el problema al determinar que el día o el día multa “se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos”. Es decir que no se pueden dividir.

Luego en el caso anterior parece que la pena inferior en grado será la de 16 a 30 días.

Segundo problema: ¿Qué es lo que hay que hacer cuando la pena superior en grado supera el límite máximo previsto para la clase de pena? El art. 70.3 resuelve este caso:

“3. Cuando, en la aplicación de la regla 1ª del apartado 1 de este art. , la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1º. Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años.

2º. Si fuera la de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinticinco años.

3º. Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.

4º. Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años.

5º. Tratándose de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

6º. Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

7º. Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

8º. Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinte años.

9º. Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta meses.”

Tercer problema: ¿qué es lo que hay que hacer cuando la pena inferior en grado supera el límite mínimo previsto para la clase de pena?

En este caso el art. 71.1 resuelve el problema: “1. En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta”.

Es decir que la pena sigue conservando la misma naturaleza, pero más reducida. Ahora bien, el último inciso (“sin que ello suponga la degradación a falta”, introducido por LO 15/2003) aclara que si el hecho es delito y no falta, seguirá siendo delito, aunque la pena, una vez reducida, sea la que corresponde a una falta.

No obstante, para evitar la pena de prisión por debajo de tres meses, el art. 71.2 dispone que será sustituida según las reglas de los arts. 88 y sigs., sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en que proceda.

c) La extensión de la pena

Esta es la última fase de la individualización legal y por lo tanto concreta aún más el marco de pena. Partiendo del marco penal obtenido en la fase anterior, ahora hay que operar normalmente con alguna de las dos mitades de ese marco: bien la mitad superior, bien la mitad inferior (frente al sistema anterior en el que había tres grados: máximo, medio y mínimo).

En el caso de que para determinar el marco penal abstracto ya haya sido necesario averiguar la mitad superior o la mitad inferior, la fase actual se sigue produciendo pero dentro de ese marco más limitado ⁶.

Curiosamente, el CP no explica cómo hay que proceder para obtener esas dos mitades, tal vez por entender que es algo evidente: se trata de dividir entre dos el marco penal, es decir, dividir entre dos la cantidad de tiempo que hay entre el límite mínimo y el límite máximo.

No hay problema para dividir esa cantidad de tiempo, cuando se trata de una cifra divisible sin fracciones.

Ej.: En el aborto no consentido (art. 144) la pena de prisión es de cuatro a ocho años. $8 - 4 = 4$ años (tiempo que comprende el marco penal); $4/2 = 2$, es decir que cada mitad ha de comprender dos años. Luego la mitad inferior es de cuatro a seis años y la mitad superior es de seis años y un día a ocho años.

Primer problema: ¿Qué ocurre cuando la cantidad de tiempo del marco sólo se puede dividir acudiendo a fracciones?

Ej.: Multa de dos meses y quince días a tres meses. El marco comprende quince días, cuya mitad es 7,5.

Es aplicable a este caso el art.70.2: “A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena [...], el día o el día-multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos según los casos.”

Tampoco cabe aquí la mitad de un día de multa. Además, hará que evitar el solapamiento.

En el caso anterior, la mitad inferior será de dos meses y quince días a dos meses y 22 días; y la mitad superior será de dos meses y 23 días a 3 meses.

⁶ Es lo que BOLDOVA PASAMAR, en L. GRACIA MARTÍN (Coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998, Edit. Tirant lo Blanch, p. 183, denomina “versatilidad funcional” del marco penal.

Segundo problema: El cómputo de los meses y años en las penas privativas de libertad.

A diferencia de las multas (art. 50.4), el CP no presume una duración idéntica ni de los meses ni de los años. La cuestión es que no todos los meses ni todos los años tienen la misma duración: los meses pueden tener 28, 29, 30 ó 31 días y los años pueden tener 365 ó 366. Con ello que pueden crearse desigualdades entre los reclusos condenados a la misma pena.

Ej.: Si se cumple una pena de prisión de seis meses del 1 de enero al 30 de junio transcurren 181 días;

Ej.: Y si se cumple una pena de prisión del 1 de julio al 31 de diciembre transcurren 184 días, tres días más que en el caso anterior.

Por ello se ha propuesto que se extienda a las penas privativas de libertad el mismo criterio que el previsto en el art. 50.4 para las multas: entender que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta. Al parecer ese criterio ya se sigue en algunas Audiencias Provinciales (como la de Granada) ⁷.

¿Cuál es el ámbito de aplicación de las dos mitades de un marco penal?

Aunque ya se ha visto que en algunos casos se recurre a las mitades para fijar el marco penal abstracto, el campo natural de aplicación de las dos mitades es el de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal de los arts. 21, 22 y 23 para los delitos **dolosos**. Sin embargo, ahora (a partir de la LO 11/2003) cabe que determinadas circunstancias den lugar a la pena superior o inferior en grado.

d) Excepciones en la individualización legal de la pena

Primera excepción: en los delitos imprudentes los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas del art. 66.1 para las circunstancias modificativas (art. 66.2).

Segunda excepción: En el caso de las multas que siguen el sistema de las días multa se sigue el régimen general para determinar el número de cuotas (es decir, su duración), pero no para determinar el importe de cada cuota, donde rige el arbitrio judicial (art. 50.5).

En el caso de las multas que siguen el sistema de multa proporcional, rige con carácter general el arbitrio judicial, si bien los jueces deben tener en cuenta las circunstancias modificativas y la situación económica del culpable (art. 52.2).

2. Individualización judicial

Una vez concretado el marco según las reglas anteriores, el Juez o Tribunal han de imponer una pena absolutamente determinada. Para esta tarea no existen reglas en el CP, salvo en el caso de inexistencia de circunstancias atenuantes y

⁷ Así, lo propone y lo indica BOLDOVA PASAMAR, op. cit., p. 179 s.

agravantes (art. 66, 6ª), donde es necesario tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

En cualquier caso, el juez debe motivar la extensión de la pena, guardar el principio de proporcionalidad y respetar el principio de igualdad evitando las discriminaciones.

2.3.1.4. Determinación de la pena y aplicación de las reglas de concurso para las personas físicas

El último paso en la determinación de la responsabilidad penal de las personas físicas consiste en determinar la pena que corresponde imponer a cada uno de los sujetos por el hecho que han realizado. CUIDADO. La pena se establece para un sujeto en concreto, por lo tanto, habrá que determinar la pena para cada sujeto que haya intervenido en los hechos ya que su responsabilidad, dependiendo tanto de su grado de intervención como de las circunstancias que afectan a su grado de culpabilidad pueden ser diferentes. Para ello se seguirá el siguiente esquema:

1.- **Marco legal de pena.** Se partirá de la pena establecida en el tipo penal que concurra en cada caso y que habremos desarrollado anteriormente. CUIDADO puede tratarse tanto de un tipo base como de tipos especiales agravados o atenuados (conurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes específicas) y que modifiquen la pena del tipo base, en ese caso el marco legal del que partimos es del que establezca el correspondiente tipo agravado o atenuado.

2.- Grado de ejecución de los hechos.

2.1.- **Actos preparatorios punibles.** Sólo son punibles cuando expresamente se tipifiquen en la parte especial del Código como se establece en los art. 17 y 18 y la determinación de la pena seguirá las reglas que establezca el correspondiente tipo. P.ej. art 141.

2.2.- **Tentativa.** Art 62. Establece la rebaja del marco penal en uno o dos grados. CUIDADO. A veces el legislador determina en la parte especial del Código la tipificación específica (y por tanto la pena específica) de algunas tentativas.

POSIBILIDADES:

—El alumno debe establecer qué pena es la resultante de cada una de las dos opciones que establece el legislador, es decir, qué pena resulta de la rebaja en un grado y qué pena resulta de la rebaja en dos grados y a continuación elegir una de las dos opciones (fundamentándolo) y continuar la determinación de la pena con la opción elegida.

—La segunda opción sería desarrollar las dos opciones a lo largo de la determinación.

2.3.- **Consumación.** Art 61. No se modifica el marco penal.

3.- **Grado de participación en los hechos.** CUIDADO. Algunas veces se tipifican expresamente formas de participación en la Parte especial CP.

3.1.- **Autoría** (Autor individual, coautor, autor mediato). Art 61. No se modifica el marco penal.

3.2.- **Inductor-Cooperador necesario** (art 28. Segundo párrafo.) Equiparados a efectos de pena a la autoría. Art 61. No se modifica el marco penal.

3.3.- **Cómplice** (art 29). Art 63. Rebaja en un grado del marco penal.

4.- **Circunstancias eximentes**

4.1.- **Eximentes completas:** art 20.1- 20.2- 20.3- 20.6. Eximen de responsabilidad penal. Deben analizarse en este punto pues en caso de algunas medidas de seguridad debemos conocer la pena que se hubiera impuesto al sujeto.

4.2.- **Eximentes incompletas.** Art 21.1 en relación al art 20 (todos los apartados del art 20, también legítima defensa incompleta (20.4), estado de necesidad incompleto (20.5) y obrar en cumplimiento de deber... (20.7)). Art 68. Rebaja en uno o dos grados de la responsabilidad penal

5.- **Circunstancias modificativas genéricas.** CUIDADO. Sólo en los delitos dolosos. Atenuantes y agravantes genéricos. Art 21-22-23. Aplicación de las reglas establecidas en el art 66.

Aplicación de los límites máximo y mínimo a la duración de las penas correspondientes si es que es necesario en el caso.

Art. 66.1:

- Regla 1ª: Una sola atenuante: pena en la mitad inferior.

- Regla 2ª: Dos o más atenuantes, o una o varias muy cualificadas, sin agravante alguna: pena inferior en uno o dos grados, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

- Regla 3ª: Una o dos agravantes: pena en la mitad superior.

- Regla 4ª: Más de dos agravantes y ninguna atenuante: *podrán* aplicar pena superior en grado en su mitad inferior.

- Regla 5ª: Agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por 3 delitos comprendidos en el mismo Título del CP y de la misma naturaleza: *podrán* aplicar pena superior en grado, teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito.

- Regla 6ª: Ni atenuantes ni agravantes: pena en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

- Regla 7ª: Atenuantes y agravantes: se valorarán y compensarán racionalmente; si persiste un fundamento cualificado de atenuación, se aplicará la pena inferior en grado; y si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

- Regla 8ª: Cuando se aplique la pena inferior en más de un grado, se podrá hacer en toda su extensión.

No está claro cuál es el régimen a seguir cuando los jueces o tribunales no opten por las *agravaciones facultativas de las reglas 4ª y 5ª*, ya que no existe una previsión expresa de esta hipótesis. Parece que habrá que acudir a alguno de los demás supuestos en el que encaje el supuesto previsto en estas reglas. Respecto al supuesto de la regla 4ª (existencia de más de 2 agravantes y ninguna atenuante), parece que siempre se dará el supuesto de la regla 3ª (hay al menos una o dos agravantes). Y respecto al supuesto de la regla 5ª (agravante de super-reincidencia), parece que también se dará el supuesto de la regla 3ª (que contempla el supuesto de una o dos agravantes).

Un *régimen especial* sigue las eximentes incompletas del art. 21, 1ª: éstas se rigen por el art. 68. A partir de la LO 15/2003 se obliga a (“impondrán”) imponer la pena inferior en uno o dos grados ⁸. Pero ahora también se permite que entre en juego el art. 66. Lo lógico será que primero se aplique la pena inferior en uno o dos grados y después se aplique el art. 66, para el resto de atenuantes y agravantes. Aquí no se distingue entre delitos dolosos o imprudentes.

6.- A continuación, el alumno especificará si esa pena resultante finalmente de la individualización, debe o puede ser **sustituida** por otra (art 89) o si cabría la **suspensión de su ejecución** (art 80-87).

CUIDADO. Estas normas se seguirán si nos encontramos ante un único delito, pero si el supuesto se trata de concurso de delitos habrá que aplicar el mismo en el momento que corresponda:

- Si se tratase de un concurso real, a continuación del apartado 5.
- En el caso de concurso ideal, concurso medial, delito continuado y delito masa, después del apartado 4 y entonces a continuación cabrían diferentes opciones a la hora de aplicar las circunstancias modificativas de la culpabilidad:
 - Aplicarlas todas
 - Aplicar únicamente las comunes a todos los delitos
 - No aplicar ninguna y dejar la determinación dentro del marco penal al prudente arbitrio judicial.

2.3.2. La acumulación de condenas: de los fines de la pena ante la ausencia de límites y de la necesidad vital de esperanza.

⁸ En la doctrina y jurisprudencia anterior a esta LO 15/2003 se planteó si respecto a las eximentes incompletas era posible *no* rebajar la pena en absoluto, en atención a que el art. 68 empleaba el verbo “podrán”. El propio TS interpretó que era necesaria la rebaja en al menos un grado y que era facultativa la rebaja en dos.

La incorporación de la prisión perpetua revisable al listado de penas de nuestro Código penal impuso un enorme esfuerzo al Legislador para justificar la aparente (o no tan solo aparente) renuncia para algunos delincuentes del objetivo resocializador y del sistema de individualización científica, principio vertebrador de nuestro sistema penitenciario. En este sentido, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, asumiendo la inconstitucionalidad de una pena a perpetuidad cuando afirma que “lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de horizonte de libertad”, parapeta la legitimidad de la prisión perpetua revisable, precisamente, en su procedimiento judicial continuado de revisión que, reconoce, no está previsto “para otras penas de 25-30-40 años, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores”. No es lo peor que tenemos, nos advierte.

Porque el protagonismo adquirido por la PPR, de alguna manera, ha invisibilizado más, si cabe, esas otras condenas mencionadas en la citada Exposición de Motivos que, superando los límites de cumplimiento del art. 76 del CP, paradójicamente no tienen previsto un mecanismo especial para su acceso a los permisos, al tercer grado o para el disfrute de la libertad condicional que sí se prevé para los condenados a PPR (es decir, condenados por delitos de extraordinaria importancia, como asesinatos particularmente graves, homicidio del jefe del Estado o su heredero, de jefes de Estado extranjeros y delitos de genocidio o lesa humanidad). Así éstos podrían disfrutar de permisos a los 8 años de condena, acceder al tercer grado a los 15 años y disfrutar de la libertad condicional a los 25 años, mientras que un condenado a 50 años de prisión producto de una pequeña delincuencia habitual, no. ¿Cómo se llega a dicha situación?

2.- La determinación de la pena en supuestos de habitualidad delictiva

Partamos de la trayectoria de un delincuente habitual que cuando es detenido acarrea una pluralidad de delitos y que, mientras espera su ingreso en prisión o en prisión preventiva, continúa delinquiendo, e igualmente durante su estancia en prisión o en eventuales permisos o salidas. En nuestro ordenamiento jurídico este tipo de situaciones se abordan normalmente en sede de determinación de la pena o en su ejecución.

Para conseguir los objetivos que se pretenden con la imposición de una pena, su naturaleza y duración debe ajustarse al desvalor del hecho y a la culpabilidad del sujeto. Este proceso, denominado **determinación o individualización de la pena** transcurre por diferentes etapas que van desde la **legislativa** --donde se establece la clase y cantidad de pena que le corresponde a cada infracción--; la fase **judicial**, donde los tribunales, a partir de las normas de individualización, determinarán la pena efectiva —y su duración nominal— a imponer al sujeto concreto por la concreta infracción; y la fase **ejecutiva**, donde, con relación a la pena de prisión, la

Administración penitenciaria determina la duración efectiva conforme al sistema de individualización científica, manteniendo al condenado en un establecimiento cerrado durante el tiempo necesario para poder trabajar en aquellos factores negativos que pudieron condicionar su comportamiento. El **tratamiento penitenciario** más adecuado exigirá un **régimen de vida** conforme a las características propias del condenado, lo que exigirá una correcta **clasificación** tomando en consideración una serie de variables, tales como la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, **la duración de la pena**, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

La **duración total de su condena** se tiene en cuenta inicialmente para clasificar al sujeto (lo que puede resultar ya discutible), pero más si en ocasiones puede llegar a impedir que la evolución favorable del condenado derive en un régimen en el que disponga de cada vez mayores cotas de libertad para poder reintegrarse así progresivamente de nuevo en sociedad. ¿cómo se determina esa condena global del sujeto cuando concurren múltiples condenas?

2.3.2.1. Los límites a la acumulación jurídica de condenas.

Deberemos acudir a las reglas de los **concursos de delitos**, concretamente, para los supuestos que estamos analizando, al **concurso real** regulado en el artículo 73 CP, que afirma que al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas que le correspondan por las infracciones cometidas. Rige, como vemos, el **principio de acumulación material**, esto es, el cumplimiento simultáneo de todas las penas, cuando sea posible, o sucesivo, en caso contrario; y que a su vez lleva aparejado el **principio de acumulación jurídica**, que impone límites de cumplimiento: un límite relativo (el triplo de la pena correspondiente a la infracción más grave) y un límite absoluto ordinario de 20 años, con unos límites absolutos extraordinarios de 25; 30 y/o 40 años para los casos especialmente graves.

2.3.2.2. El incidente de acumulación de condenas

La aplicación de esos límites se realiza mediante el denominado incidente de acumulación de condenas, instituto bastante desconocido y que, debiera ser totalmente accesible y cognoscible para los penados, por la especial repercusión que puede representar para el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

2.3.2.1. Criterio de conexidad (artículo 76.2 del Código penal).

Estos límites no sólo se aplican cuando las diversas penas hayan sido impuestas en una misma sentencia, sino también cuando provengan de causas distintas y distintos tribunales (art. 76.2 CP). Una vez identificadas todas las sentencias, agruparemos los delitos conforme al **criterio de conexidad procesal** (art. 17.5 y art. 988 LECrim) que entiende “conexos” y, por tanto, acumulables, los

“diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”.

La jurisprudencia siempre ha interpretado esta conexidad con amplitud, flexibilidad y generosidad, decantándose finalmente por el puro criterio cronológico, de modo que, todos los hechos cometidos con anterioridad a una sentencia definitiva serían susceptibles de ser acumulados, *sensu contrario*, los hechos posteriores no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. De esta forma, la posibilidad de acumulación no quedará al albur de la mayor o menor celeridad de los procesos, pero tampoco indefinidamente ilimitada en el tiempo lo que provocaría una situación de impunidad difícilmente compatible con la prevención especial.

Este criterio cronológico fue incorporado al art. 76.2 CP, por LO 7/2003, condicionando la acumulación al momento de comisión del hecho y la LO 1/2015, le ha dado su, hasta el momento, redacción vigente: “La limitación se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando hayan sido cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de la acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.

2.3.2.2. Órgano competente para decidir sobre la acumulación (art. 988 LECrim.)

La competencia para conocer y resolver sobre la acumulación de condenas corresponde al último Juez sentenciador, incluso aunque se considere que esta última condena no es acumulable a las anteriores, y “de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas(...), para lo que reclamará la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y, previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, dictará Auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. (...)” (art. 988 LECrim).

El Expediente de acumulación se constituirá al menos por una hoja histórico-penal actualizada, junto a las diferentes sentencias sobre las que pende la petición/decisión de acumulación, mediante testimonio fehaciente de las mismas que deberá recabarse de cada uno de los órganos que dictaron la sentencia. Deben constar los datos relativos a las ejecutorias objeto de análisis:

1.- las **fechas de los hechos** enjuiciados y las correspondientes **fechas de las sentencias** dictadas. Siendo aplicable un criterio de conexidad temporal, resulta crucial el conocimiento de las fechas en que se cometieron los hechos y aquellas en que fueron juzgados, valorando a tal fin la fecha de la primera sentencia.

2.-**las penas** impuestas en cada caso, que deben especificarse mediante la fórmula “años, meses, días” (igual que el resultado de la acumulación): A primera vista la cuestión pudiera parecer irrelevante, sin embargo, desde el momento en que se computan 365 días por año y 30 días por mes (STS de 9 de mayo de 2016)), el cálculo de la estancia en prisión variaría dependiendo de que se expresase en años o en meses.

Sólo son susceptibles de limitación a través de la acumulación **las penas privativas de libertad**, incluso cuando alguna de las penas ya hubiese sido cumplida, pues el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio.

Aunque el art. 76 CP no excluye de la acumulación la **pena de localización permanente** (pena privativa de libertad, conforme al art. 35 CP), sin embargo, la jurisprudencia la excluye en virtud de que ostenta una naturaleza diferente a la pena de prisión o en la posibilidad de cumplimiento "simultáneo", (quizás en libertad condicional, pero esta etapa no siempre acontece, de forma que como premisa general no resulta válida).

La Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2004, advertía ya de las disfunciones que generaría el cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión. Y más recientemente, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2014, aboga por atender a cada caso concreto promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, no oponiéndose a la refundición cuando la misma pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado. Apoya igualmente su incorporación a la acumulación la posibilidad de su cumplimiento en centro penitenciario (que prevé la LO 5/2010).

Una posición bastante más extendida entre la jurisprudencia, considera que deberán **excluirse** de la acumulación las **penas de multa** cuando no conste que dicha multa haya sido trasformada en una efectiva privación de libertad y ello por un doble argumento:

--- que la multa es una pena no privativa de libertad y, como tal, susceptible de ser cumplida de forma simultánea a la privativa de libertad.

--- que su impago puede ser sustituido por la localización permanente (en caso de delitos leves) e incluso por otras penas no privativas de libertad, como son los trabajos en beneficio de la comunidad.

Por ese motivo, cuando no conste en la ejecutoria que el requerimiento judicial de pago efectivamente se hizo y que, en defecto de cumplimiento, se procedió a la conversión en responsabilidad personal subsidiaria, esas condenas no se computarán acumulables para establecer los límites de cumplimiento. Sin embargo, en mi opinión, podría ocurrir que conociendo el condenado que las penas privativas de libertad

impuestas superan el límite legalmente establecido, la responsabilidad personal subsidiaria al impago establecido en sentencia, podría no suponer un aliciente para el pago de la multa, que entiendo que es, sino realmente un claro factor desmotivador al pago.

2.3.2.3. Formación de los grupos o bloques de acumulación

Será la **sentencia de fecha más antigua** de entre las recaídas en las ejecutorias sometidas al expediente de acumulación la que determine el primer (o, en su caso, único) bloque. Para la jurisprudencia actual, no es relevante, la fecha de su firmeza, como tampoco la de la sentencia recaída en vía de recurso, y tampoco la de celebración de la vista oral (criterio este último defendido por algunos sectores doctrinales). Después habrá que identificar qué hechos correspondientes a las demás ejecutorias se cometieron con anterioridad. Y con todos ellos se formará un bloque, puesto que todos pudieron haber sido enjuiciados por la sentencia de referencia.

Puede ocurrir que todas las condenas que pesan sobre el penado sean susceptibles de acumulación, formándose así un único bloque sobre el que aplicar los correspondientes límites. Puede ocurrir que ninguna de ellas sea susceptible de acumulación, una vez entrecruzadas las fechas de hechos y sentencias. Y también puede ocurrir que puedan realizarse diferentes bloques de ejecutorias. Pero una misma pena no puede acumularse en varios bloques, lógicamente. De no haber hechos anteriores a la fecha de esa primera sentencia, no habrá lugar a acumularla a ninguna otra, debiendo cumplirse por separado.

Teniendo conformado el primer bloque, deberá sopesarse si es posible la aplicación de los **límites del art. 76 CP** a las penas que engloba. En cuanto al **límite relativo**: habrá que hallar el triple de la más grave para ver si beneficia al penado frente a la suma aritmética de las diferentes penas. Si no le beneficia, se procederá al cumplimiento individualizado de cada pena, sin superar los **límites absolutos** (ordinario o extraordinario).

Determinada la pena correspondiente al primer bloque, habrá que retornar al cuadro general para localizar entre las ejecutorias que restan —si es que resta alguna y, lógicamente, excluidas las anteriores—, cuál es la de fecha más antigua, para proceder igual que en el primer bloque, realizando un segundo bloque acumulando aquellas ejecutorias anteriores en atención a la fecha de sus hechos. Y se procederá al cálculo de los límites como en el caso anterior. Por el contrario, de no ser acumulable a ella ninguna otra, tal ejecutoria se cumplirá sin más, pasando a la siguiente en antigüedad, y así sucesivamente hasta completar el cuadro.

Finalmente, para realizar la liquidación de condenas, habrá que sumar los resultados de los diferentes bloques de acumulación suma a la que no podrá aplicarse límite alguno.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo (particularmente desde 2003) viene entendiendo que la decisión judicial favorable a la acumulación jurídica (global o parcial) no convierte al resultado de la acumulación en una especie de “pena nueva”, sino que únicamente supone la fijación de un límite máximo de cumplimiento en prisión, pero no es una pena en sí, por lo que, las diferentes penas acumuladas no pierden, por este solo hecho, su propia sustantividad.

La regla general de **intangibilidad de las resoluciones judiciales**, consagrada en el art. 24.1 CE como una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva, rige igualmente en la acumulación de condenas, limitando la modificación del Auto recaído en firme en un expediente de acumulación a los casos de aclaraciones o rectificaciones de errores materiales (previstos en los arts. 267 LOPJ y 161 LECrim).

Ahora bien, ¿qué ocurre si aparecen nuevas condenas sobre hechos anteriores a la más antigua, lo que les hubiera hecho susceptibles de acumulación, bien sea porque el tribunal sentenciador no haya enviado testimonio o porque la condena recaiga con posterioridad? Como consecuencia del criterio de conexidad cronológico, en tal caso, se permitirá “deshacer” aquella previa acumulación, **si el resultado beneficiare al reo**, *sensu contrario* la decisión no podrá variarse, si ello fuere en perjuicio del reo, pues se entiende inadmisibile que pueda resultar perjudicado en función de las dilaciones en el enjuiciamiento.

Esto permitiría, que la solicitud de la acumulación en el momento procesal adecuado, excluyera de la acumulación una condena perjudicial que *a posteriori* no podría “deshacer” la acumulación por ser contraria a reo y hay que tener presente que el enjuiciamiento de hechos graves normalmente se prolonga en el tiempo más que los de menor gravedad u otros, que, por diversas circunstancias, pueden ser incluso objeto de juicios rápidos.

2.3.2.4. **Necesidad de limitar el cumplimiento de las condenas no susceptibles de acumulación.**

Se excluyen de la acumulación jurídica las condenas por delitos cometidos posteriormente a una sentencia firme, es decir, aquellos cometidos (1) mientras espera su ingreso en prisión, o en prisión provisional, o con la pena suspendida condicionalmente; (2) cumpliendo la condena, ya sea dentro del propio centro penitenciario o durante permisos penitenciarios, salidas en régimen abierto, salidas programadas, salidas en libertad condicional, etc.—o (3) cumplida ya la condena. Es decir, el caso paradigmático de la delincuencia clásica: habitual y reincidente. Como esas condenas no son acumulables, su cumplimiento no está sujeto a límite alguno, pudiendo superar (y superando en muchos casos) las expectativas vitales del

condenado.

—. Por una parte, el criterio cronológico resulta estricto a la hora de establecer la conexidad que posibilitará la acumulación jurídica de condenas, pero también genera un **agravio comparativo** entre (a) aquellas condenas que sumarían miles de años, pero su acumulación les permite beneficiarse de los límites del art. 76 CP, frente a (b) aquellas que, aunque sumen muchos menos años, no puedan ser acumuladas por razones cronológicas.

—. Por otra parte, el cumplimiento de las condenas no acumulables supone para estos condenados una posibilidad de reclusión superior a los límites máximos previstos en el art. 76 CP. Poder cumplir con el objetivo último que debe tener la pena privativa de libertad por mandato constitucional del art. 25.2 CE —la posibilidad de la reinserción social del penado— puede derivar así imposible.

- Tampoco se tiene una condena de referencia para medir los plazos objetivos de cumplimiento obligatorio para poder solicitar un permiso de salida (1/4), el tercer grado (1/2), la libertad condicional (3/4). La única referencia al respecto se encuentra en el art. 193 RP para la libertad condicional señala que “cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional”. Sin embargo, la ausencia de previsión legal con relación a los permisos de salida y tercer grado podría permitir, al ser más beneficioso para el reo, referenciarlos a la condena del bloque inicial.

La optimista opción constitucional *pro* reeducación y reinserción social aparece precisamente en el momento en que estas ideas comienzan a sufrir las consecuencias de situarse en el centro del debate de la legitimación del Derecho penal. El descrédito del objetivo resocializador se ha extendido hoy en la mayoría de la doctrina, que lo rechaza como clave explicativa de la moderna política criminal arguyendo, por ejemplo, (1) la ilegitimidad de una “socialización coactiva”, (2) su percepción clasista de la criminalidad o (3) sus reducidas expectativas de éxito. Sin entrar en profundidad, creo que (2) la fase de ejecución de la pena no es la más adecuada para reflexionar sobre si resulta o no clasista, es decir, la pena se ejecuta sobre los condenados, sean estos quienes sean. Cosa distinta será que se persiga y se condene a penas de prisión mayoritariamente a una determinada forma de criminalidad (que llena nuestras prisiones de robagallinas), lo que es achacable principalmente a la política criminal imperante. (1) En cuanto a que el tratamiento resocializador pueda suponer “socialización coactiva”, ¿cuál es la alternativa? ¿no hacer nada por cambiar la situación que ha llevado a prisión a estos ciudadanos? Pero es que además no sé trata de cambiar la esencia del ser humano, sus convicciones, su humanidad, si no, evitar que reincidan. Y (3) en cuanto a las expectativas de éxito de la resocialización, se ha extendido en la opinión pública la idea de delincuentes

irresocializables, casos perdidos, y resulta muy complicado luchar contra estos fantasmas sin disponer de datos ni estadísticas. Además, es que a los penalistas no nos resulta cómodo abordar temas de prevención especial positiva, porque es que realmente no es derecho penal, sino psicología, teoría del comportamiento, de la disuasión.

Volviendo a nuestro caso: no podemos permitirnos perder el objetivo resocializador, al contrario, creo que lo debemos reconducir e incorporar al sistema de garantías de carácter material (superando las rebajas a las que le ha sometido el TC negando su carácter de derecho fundamental y limitándolo a un “mandato del constituyente para orientar la política penal y penitenciaria”). La previsión del art. 25.2 CE (espejo del 10.1 y del 15 CE) debe obligar a que la duración de condenas de larga o larguísima duración (fruto de la imposibilidad de limitación legal), aunque pudiera representar aritméticamente el fin retributivo de la pena, en ningún caso puede acarrear la imposibilidad de la resocialización del delincuente.

- Se trata de un derecho fundamental que emana del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), lo cual contradice una concepción de la resocialización como inculturación o imposición de un sistema determinado de valores, y reafirma un fundamento de inspiración humanitaria, como evitación de que el penado carezca de toda expectativa de una futura vida en libertad. Y devendría en un «trato inhumano y degradante» al suponer el *quantum* de la pena a cumplir una humillación o una sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, proscrito en el art. 15 CE, en cuando la pena no cumple ya ninguna función preventivo general ni preventivo especial, ni tiene virtualidad para producir efectos reeducadores o resocializadores.

- Además, si el horizonte de libertad queda cegado y resulta imposible el mantenimiento de ningún tipo de esperanza de reinserción, se generarán problemas de prevención especial. El delincuente conocedor de su estancia a perpetuidad en un Centro Penitenciario puede desarrollar un sentimiento de impunidad en la comisión de nuevos delitos, incrementando con ello su potencial criminógeno. Este fracaso del sistema no se debe atribuir en exclusiva al reo, sino que de alguna manera tiene que ser asumido, también, por los órganos encargados de la aplicación del derecho penal y de velar por el cumplimiento de las penas.

- Y, además, una aplicación estricta del sistema de acumulación jurídica, arrojaría unos resultados contrarios a cualquier principio retributivo y proporcional de la pena como sería que una multiplicidad de pequeños delitos (por ejemplo, contra la propiedad) no puede resultar castigada a la postre más severamente que delitos contra bienes jurídicos como la vida o integridad de las personas. El principio de proporcionalidad, que ha de regir todo el proceso de individualización de la pena —

en la fase legislativa, en la fase judicial y, con más razón, en la fase ejecutiva--, se ve quebrado con la acumulación de penas como valor absoluto, pues nos lleva en la práctica, a que penas de prisión proporcionales al hecho concreto, al acumularse, puedan desembocar en penas desproporcionadas al conjunto.

2.4. La suspensión y sustitución de las penas

2.4.1. Sustitución de las penas privativas de libertad: la expulsión de extranjeros.

2.4.1.1. Introducción

Desde tiempos de la Prehistoria, los desplazamientos de grupos humanos han sido fenómenos sociales muy importantes para la humanidad. Las migraciones han servido para el poblamiento de zonas deshabitadas de nuestro planeta, como lo fue la travesía desde Asia Oriental cruzando el estrecho de Bering hacia América del Norte y la formación de asentamientos que ha permitido el auge de numerosas aldeas, ciudades, naciones y civilizaciones.

Los bárbaros invasores, tales como los hunos, godos (visigodos y ostrogodos), francos, suevos, burgundios, vándalos, hérulos, alanos, alamanes y otros, provenientes de Asia y Europa Oriental, provocaron la caída del Imperio Romano en Occidente y forjaron los reinos medievales que se transformaron más adelante en los Estados soberanos de la Europa moderna. Los conquistadores españoles echaron raíces en América del Sur y América Central. Los portugueses colonizaron la Amazona oriental que más tarde se llamará Brasil. Los peregrinos ingleses y holandeses que huyeron de las persecuciones religiosas en Europa del siglo XVII, colonizaron los territorios de la costa Atlántica, y se organizaron políticamente en 13 Colonias, expandiéndose hacia la conquista del Oeste, base de los Estados Unidos de América. Otras causas han sido dramáticas o trágicas: miseria, hambre, desempleo, discriminaciones, persecuciones, guerras, dictaduras, calamidades. Solo a partir del siglo XX algunos países empezaron a controlar los flujos migratorios, con ocasión de los conflictos bélicos y guerras civiles que han generado olas de movimientos migratorios masivos, que los gobiernos no están dispuestos a aceptar con la misma facilidad que antes.

Las fronteras conservan una importancia de talismán en el pensamiento de la seguridad. El tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1º de mayo de 1999, incorporó el Convenio de Schengen de 1985 a la Unión Europea. Ha establecido normas y medidas mínimas de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea, para el asilo y protección de refugiados, procedimientos y condiciones para el otorgamiento de visas por tres meses o de larga duración por reagrupamiento

familiar, para la lucha contra la inmigración clandestina y la permanencia irregular, y un procedimiento de repatriación de los contraventores. Cuatro ángulos presentan a los inmigrantes como una amenaza. Trabajo: son acusados de acaparar el trabajo de los nacionales o de hacer bajar los salarios; de orden público: que pone acento en la dimensión seguridad ciudadana; el ángulo fiscal: la obligación de contribuir a financiar prestaciones en materia de salud pública y educación; y la cohesión nacional: que asocia las diferencias culturales (tradición, religión e idioma) como una amenaza para la unidad nacional y la armonía social. Cerca de 40.000 refugiados en Italia y Grecia que arribaron ilegalmente principalmente desde Siria y Eritea, serán reubicados en otros países de la Unión Europea en un plazo de dos años. Se trata del 40% de los solicitantes de asilo que necesitan protección internacional. Cada Estado miembro deberá asumir una cuota de asilados que será proporcional a su población, desempleo, riqueza y cantidad de refugiados que ya tienen.

La propuesta y las bases de cálculo de las cuotas de refugiados han sido cuestionadas por algunos países de la Unión Europea. En el Reino Unido se ha presentado un proyecto al Parlamento británico destinado a disminuir la inmigración ilegal, otorgando poderes a la policía para confiscar los salarios de trabajadores extranjeros indocumentados. Además, será creada una agencia que haga frente a los casos de tráfico de inmigrantes para fines laborales y de explotación de trabajadores extranjeros. Estas cifras se dispararon hasta llegar a 103.000 inmigrantes ilegales al 10 de junio de 2015, según la información aportada por un portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en su sede de Ginebra. En marzo de 2016, los refugiados en Italia y Grecia aumentaron a más de 160.000, quienes a propuesta de la Canciller alemana Ángela Merkel, el Consejo de Europa ordenó que fueran acogidos obligatoriamente por los Estados de la Unión Europea, sobre la base de un sistema de repartición proporcional. Esta fue una causa de la aprobación por mayoría del pueblo, del referéndum de salida de Gran Bretaña de la Unión Europea, conocido como Brexit.

La Unión Europea ha sido erigida bajo la premisa de la libre circulación de mercaderías, de bienes, de servicios y de personas al interior de las fronteras de los Estados miembros. Sin embargo, en lo concerniente a los extranjeros, impone barreras físicas y legales cada vez más altas a sus fronteras para asegurar sus territorios nacionales, contra los países limítrofes.

Los patrones migratorios son explicados por las necesidades de países occidentales de trabajadores inmigrantes y las aspiraciones de éstos a una vida mejor, sobre todo en los países en vías de desarrollo. La cuestión de los migrantes está siendo utilizada como herramienta política, con fines de cálculos electorales, denunciando al pacto electoral rival como xenófobo y discriminador. A la inversa, la respuesta de éstos es criticar a los adversarios como facilitadores del crimen

organizado transnacional y ser promotores de la delincuencia de bagatela. Algunas personas y partidos políticos, junto con organizaciones pro derechos humanos, son favorables a la inmigración como forma de enriquecer nuestro país con «savia nueva», aportar al desarrollo del país, fortalecer la diversidad religiosa y el pluralismo cultural.

2.4.1.2. La expulsión como sustitutivo penal

La figura de la expulsión como sustitutivo de las penas privativas de libertad y de medidas de seguridad se introduce por primera vez en el Código penal de 1995, concretamente en los arts 89 (para las penas) y 108 CP (para las medidas de seguridad).

La naturaleza jurídica de esta expulsión ha sido muy discutida. El **Tribunal Constitucional**, en sentencia de 20 de junio de 1994, ya la calificó de sustitutivo penal. Y así se confirmó en el Código penal de 1995 al incluir expresamente bajo la rúbrica de sustitutivos penales el art. 89. Sin embargo, el legislador olvidó incluirla en el catálogo de penas, por lo que hay quien consideró que la naturaleza de esta figura estaba a caballo entre una suspensión de pena y una medida de seguridad. Ya entonces la **Fiscalía General del Estado** apuntó la errónea configuración de la expulsión como sustitutivo penal al estar ausente en su regulación un elemento clave en una figura con tal ambivalencia aflictiva como es la proporcionalidad de la medida, puesto que podía perjudicar o beneficiar al reo extranjero. La **doctrina** pronto apoyo esta tesis. CANCIO MELIÁ (2007), entre otros, consideraba que una respuesta sancionadora con tal ambivalencia no puede aplicarse sin atender a circunstancias individuales del sujeto, más allá de la situación administrativa de residencia en el país que nada aporta al contenido del injusto.

Por otra parte, otros autores han considerado que el art. 89 CP tenía su razón de ser, no en los fines de la pena, sino más bien en la necesidad de descongestión carcelaria y de reducción de los costes asociados. Es cierto que a principios de los años 90 se empezó a notar un crecimiento importante de la población extranjera reclusa. Entonces se argumentó que dicho aumento estaba causado por el uso excesivo de la prisión preventiva --que llegaba a ser casi el doble para extranjeros que para nacionales-- y por las dificultades de concesión de libertad condicional a este colectivo a causa de la ausencia de un pronóstico favorable de reinserción al estar incurso en una causa de expulsión (la de haber sido condenado a más de un año de prisión --art 57.2 LOEX). Ante este panorama, la Circular SGIP de 13 de enero de 1993 estableció el “**Plan de excarcelación de extranjeros**” mediante el cual manifestaba su voluntad de impulsar la excarcelación y traslado a los países de origen de todos aquellos extranjeros en situación de acogerse a las distintas disposiciones legales vigentes en la materia. Así, en cada establecimiento penitenciario con más de 50 extranjeros se creó una comisión encargada de gestionar la tarea. No obstante, una

noticia publicada en un periódico de tirada nacional del 7 de marzo de 1994 decía que 337 extranjeros habían solicitado ser expulsados de España o cumplir sus penas en el país de origen durante los primeros nueve meses del año anterior sin conseguirlo debido a “disfunciones” de la propia administración.

Al aprobarse la **Circular de la Fiscalía General del Estado de 1994**, la DGIP aprobó la **Instrucción 25/1996, de 16 de diciembre**, sobre normas generales para internos extranjeros. La finalidad de este nuevo instrumento era poner en práctica los mandatos del Código penal de 1995 y de la normativa penitenciaria, destacando en estos momentos los mecanismos relativos a la excarcelación de extranjeros. El marco legal para los extranjeros que se encontraban en prisión preventiva lo constituía la Ley de Extranjería de 1985, en cuyo art. 21.2 se establecía la posibilidad de que aquellos extranjeros preventivos que estuvieran encartados en un procedimiento penal por un delito menos grave e incursos en alguna de las infracciones administrativas recogidas en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería podían ser expulsados previa autorización judicial. Este supuesto se recogió posteriormente y de forma similar en el art. 57.7 LOEx.

Para el caso de los presos extranjeros condenados, las medidas legales que posibilitaban su excarcelación eran **cuatro**.

La primera de ellas se recogía en el art. 89 CP 1995. En este caso la expulsión se concebía como un sustitutivo de una pena privativa de libertad.

El segundo motivo era, y sigue siendo, el cumplimiento de pena en el país de origen en el marco del Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas (Convenio de Estrasburgo firmado el 21 de marzo de 1983, ratificado el 11 de marzo de 1985 y publicado en BOE el 10 de junio de 1985).

En tercer lugar, existía, y aún existe, la posibilidad de cumplir el periodo de libertad condicional en el país de origen, según lo establecido en el art. 76.2 LOGP y el art. 197 RP.

Y, por último, según el art. 89 CP 1995 permitía sustituir el último periodo de la condena por la expulsión del país.

Para poder dar cumplimiento al mandato del art. 89 CP 1995, el art. 197.2 RP establece que a tal fin “con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas”. Estas dos últimas figuras (cumplimiento de la libertad condicional en el país de origen, y sustitución de la última parte de la condena por la expulsión) son bien distintas toda vez que en la expulsión de la última

parte de la condena se renuncia al cumplimiento de la parte restante de la pena a cambio de la expulsión, mientras que en el cumplimiento de la libertad condicional en el país de origen el interno continúa cumpliendo condena, pero en libertad condicional y en su país de origen, no siendo la salida del territorio español una expulsión propiamente dicha, por lo que no lleva aparejado un periodo de prohibición de regreso al país. Por tanto, según lo acabado de exponer, una de las figuras que se ha venido utilizando para descongestionar las prisiones españolas ha sido la de la expulsión como sustitutivo penal del art. 89 CP.

Posteriormente, en la Exposición de Motivos de la reforma del Código penal de 2003, con la que introdujo la conminación al juez a sustituir la pena por la expulsión, se establecía que la razón de dicha reforma era la necesidad de evitar que el cumplimiento de la pena por parte del extranjero en situación de estancia irregular en el país se usara para permanecer en España.

Varias **críticas**.

Por una parte, tal estrategia por parte del extranjero no era viable porque una vez condenado a más de un año de prisión se está incurrido en una causa de expulsión (art. 57.2 LOEx) que puede ser ejecutada nada más cumplir su condena. De hecho, el art. 26 RP regula los supuestos en los que penados extranjeros están sometidos a una medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena. En estos casos, dice el precepto, “el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el art. 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente”. En el mismo sentido, el art. 256.4 REx de 2011 prevé que “los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la Oficina de Extranjería y a la comisaría provincial de policía correspondientes a su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en virtud de sentencia judicial por delito, a los efectos de que en su caso se proceda a la expulsión de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”. Por lo que, dadas estas previsiones legales en los ámbitos penitenciarios y de extranjería, el extranjero con su comportamiento delictivo podría llegar, como mucho, a retrasar la expulsión, pero no a evitarla.

Otra crítica recae en la justificación que hace el legislador de la necesidad de obligar a los jueces a sustituir la pena por la expulsión es que asume sin ningún soporte empírico que la motivación delictiva del extranjero es la permanencia en España.

Por otra parte, el sustitutivo penal del art 89 CP ha sido tachado también por la doctrina de discriminatorio al considerar que se produce un trato

desigual entre penados por razón de la procedencia (así lo reconoce el ATC 106/1997, de 17 de abril: el art. 89.1 del CP 1995 permitía establecer un trato punitivo desigual de carácter favorable para los extranjeros. Además, la base de la crítica se sustentaba sobre la consideración del menor agravio que supone la expulsión frente a la prisión, sin atender al carácter ambivalente de la aflictividad de dicho sustitutivo como apuntamos con anterioridad. Admitida la ambivalente aflictividad de este sustitutivo penal, la doctrina mayoritaria, por el contrario, consideraba el precepto discriminatorio para los extranjeros en situación irregular, puesto que el mero hecho de estar incurso en una infracción administrativa producía una respuesta penal diferenciada. Se ha aludido a la presencia de un derecho penal del enemigo en esta regulación, toda vez que no se realizaba una individualización de la pena para el caso concreto, sino que recaía sobre el constructo “extranjeros irregulares” sin atender a circunstancias del hecho o personales del autor que permitan individualizar la respuesta penal en cada caso.

También la doctrina se ha mostrado dividida en la consideración de que la expulsión como sustitutivo de la pena no satisface los fines de esta. Por un lado, hay un sector minoritario que justifica esta medida en tanto que se preserva mejor el ordenamiento jurídico español frente al sujeto infractor, ya que, de permanecer éste en prisión, no cabría dar cumplimiento al mandato constitucional de que la pena de privación de libertad esté encaminada principalmente a la reinserción del condenado según el art. 25.2 CE a tenor del antiguo art. 26.1 d) LEx y actual art. 57.2 LOEx, donde se prevé la expulsión por antecedentes penales.

Algunos autores apuntan a que la expulsión cumple un fin desocializador o de resocialización negativa, en tanto que su no entrada en prisión preserva mejor al condenado de los perjuicios propios de su estancia en esta. Por otro lado, sin embargo, la mayoría de la doctrina critica este sustitutivo penal porque socava las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general; y porque tampoco satisface los fines de la prevención especial, ya que los sustitutivos penales deben estar, al igual que la pena, orientados a un fin resocializador, lo que no ocurría con la figura de la expulsión en el ámbito penal, ya que se trata de un solo acto incapaz de garantizar tal objetivo.

Con todo, parece claro que el fin de este sustitutivo penal ha sido **meramente inocuizador o incapacitador** frente a posibles infracciones en el espacio Schengen, en la medida en que, si bien tiene una imagen simbólica con respecto a los ciudadanos españoles que reciben el mensaje de que a todos los extranjeros que delinquen se les expulsa, se socaba la reafirmación del ordenamiento jurídico porque la mayoría de dichas expulsiones no se ejecutan, por lo que no cumpliría con las exigencias de prevención general positiva. Tampoco las de **prevención general negativa** en tanto que el efecto intimidatorio iba a depender, como ya se ha dicho, de las circunstancias

de cada sujeto. Además, también podía ser nulo dicho efecto si en un juicio de racionalidad la consecuencia de cometer un delito era la misma que de no cometerlo, atendiendo a que ya estaba en situación irregular. También había un claro **abandono de la perspectiva resocializadora**, puesto que el sustitutivo penal se construye sobre la base de la exclusión del sujeto infractor y el horizonte penitenciario de la expulsión hacía que se entendiera innecesaria e inviable la orientación rehabilitadora. Por lo que la mayoría de la doctrina consideraba que era una figura especialmente idónea para el fin de incapacitación. La falta de fundamentación jurídico-penal compatible con un Estado de Derecho llevó a la doctrina mayoritaria a considerar que la expulsión en los términos que se recogía en el anterior art. 89 CP respondía a **exigencias de la política migratoria y del control de fronteras**, introduciendo un insólito criterio de oportunidad basado en intereses extrapenales, así como a una necesidad de minimizar los costes de la respuesta del delito, intentando aprovechar mejor los recursos escasos. De esta forma, los ámbitos administrativo y penal quedaban orientados hacia una respuesta única a los inmigrantes irregulares: su exclusión. Con todo, cabe preguntarse si la reforma de 2015 cambia la orientación de esta figura, y si se orienta, a diferencia de la regulación anterior, hacia los fines de la pena, la individualización de la misma en atención al caso concreto, y a la reinserción del extranjero, cumpliendo así los principios de un Estado de Derecho.

2.4.1.3. Sustitución de penas de prisión a ciudadanos extranjeros (art. 89 CP) tras la reforma de LO 1/2015

La reforma del Código de penal, por LO 1/2015, de 30 de marzo, trae consigo una redacción novedosa del art. 89 CP. A lo largo de los 20 años de vigencia de este precepto ha sido objeto de varias reformas y de serias críticas por parte de la doctrina que ha puesto de manifiesto las contradicciones de esta figura de la expulsión judicial y han llegado a calificarse de discriminatoria, contraria a principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como puedan ser el *non bis in idem*, la individualización de la pena o la orientación de la pena hacia fines resocializadores, así como su incapacidad para cumplir los fines de prevención general y especial de la pena.

Con anterioridad a la LO 1/2015, el Código penal, en su art. 89, disponía que las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, debían ser sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, apreciase razones que justificasen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La expulsión también podía acordarse en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas. Asimismo, el art. 89.5 CP disponía que, a instancia del Ministerio Fiscal, y previa audiencia del penado y de las partes personadas, los jueces o tribunales debían

acordar en la sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que tuviera que cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que, previa audiencia del ministerio fiscal y de forma motivada, apreciaran razones que justificasen el cumplimiento en España.

Con la LO 1/2015 las cosas parecen cambiar sustancialmente.

La reforma del Código penal de 2015 modifica el art. 89 del CP, introduciendo cambios aparentemente sorprendentes.

Las novedades más importantes incorporadas por la LO 1/2015 son tres.

1. El ámbito subjetivo, al referirse a “ciudadano extranjero”, incluido el ciudadano comunitario, y no al “extranjero no residente legalmente en España” como se hacía con anterioridad.

2. El ámbito objetivo, al restringir el ámbito de aplicación de la norma a los que hayan sido condenados a más de un año de prisión (en un intento de ajustarse a lo dispuesto en el art. 57.2 LOEx), en claro contraste con la regulación anterior que no establecía límites mínimos a su imposición.

El art. 89.1 CP prevé ahora, con carácter preceptivo, la sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero por expulsión del territorio español. No obstante, excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, se autoriza al juez o tribunal a acordar la ejecución de hasta dos tercios de la pena y sustituir el resto por expulsión del territorio español.

Igualmente, para el caso de que la pena o la suma de las penas impuestas supere los cinco años de prisión, el art. 89.2 dispone que el juez o tribunal ha de acordar la ejecución de todo o parte de la condena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, cumplida la parte de la pena que se hubiera determinado judicialmente, se sustituirá la parte pendiente de cumplimiento por expulsión del territorio español.

En cualquiera de ambos supuestos, en el momento en que el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, la pena que le reste por cumplir deberá ser sustituida por expulsión del territorio español.

3. Y la inclusión de criterios que dotan al juez de mayor discrecionalidad y capacidad de individualización de la pena, al tiempo que pudieran interpretarse como respetuosos con la orientación de la pena hacia la reinserción del infractor.

Estos criterios son:

a. Para los extranjeros no comunitarios, no procede la expulsión “cuando resulte desproporcionada según circunstancias del hecho y personales del autor, en especial su arraigo social”.

b. Para los extranjeros comunitarios, procede la expulsión “cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito, sus antecedentes y circunstancias personales”

c. En caso de quebrantamiento de pena, se establece como criterio para determinar el abono proporcional de la parte de prohibición de regreso cumplida el tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento, siempre y cuando el cumplimiento (total) resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza de la norma jurídica infringida por el delito.

Estos criterios elaborados por Doctrina y Jurisprudencia, especialmente la del Tribunal europeo de Derechos humanos, permitiendo en cierta medida la individualización de la pena a los extranjeros al prever que debe atenderse a las circunstancias del hecho y personales del autor, especialmente al arraigo social del extranjero en España. Ante la nueva redacción del art. 89 CP cabe preguntarse si el legislador ha querido realmente dar un giro en el trato a los extranjeros que han sido condenados a prisión, evitando las críticas reiteradas realizadas por la doctrina, o si, por el contrario, las bondades introducidas no hacen más que maquillar el mantenimiento de la situación anterior a su aprobación. El Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo justifica la modificación del art. 89 CP en los siguientes términos: “También se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. De nuevo, la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”. Según el Preámbulo de la Ley, la reforma del art. 89 CP parece estar inspirada en el deseo de respetar el principio de proporcionalidad de la pena, así como de ajustar el Código penal a las previsiones de la Ley de Extranjería. Además, la reforma parece alentar un cambio de paradigma que avanzaría desde la discriminación del extranjero que delinque, según parece deducirse de la anterior redacción, hasta la reinserción social del mismo como aparenta la nueva redacción, dado los supuestos en los que la expulsión puede ser desproporcionada a tenor del arraigo social del extranjero en

España. Parece que realmente no se ha producido el supuesto cambio de paradigma y que el pretendido ajuste entre el art. 89 CP y las previsiones de la Ley de Extranjería solo maquillan el tono discriminatorio del precepto.

Estas nuevas circunstancias a valorar quizás no supongan un cambio tan radical como pudiera parecer. Además, la remisión a las circunstancias del hecho y personales del autor, si bien permiten individualizar la respuesta penal y evitar la expulsión en aras del arraigo social del sujeto en España, lejos de aumentar las posibilidades de reinserción, solo retrasa la ejecución de la expulsión, dada la causa de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx.

El juez o tribunal ha de resolver sobre la sustitución en la misma sentencia. En el supuesto de que no pueda ser así, una vez firme la resolución, deberá pronunciarse con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la sustitución, previa audiencia del fiscal y de las demás partes (art. 89.3 CP). Ahora bien, si, en atención a las circunstancias del hecho y las personales del autor, fundamentalmente en consideración a su arraigo en España, la expulsión resulta desproporcionada, no podrá sustituirse la pena (art. 89.4 CP).

Una importante novedad que ha introducido la LO 1/2015 es la posibilidad, aunque de carácter excepcional, de expulsar a un **ciudadano de la Unión Europea**, siempre que represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, de acuerdo con los criterios establecidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, así como con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para valorar la presencia de tal amenaza el Código dispone que deberá atenderse a la naturaleza, gravedad y circunstancias del delito cometido, y a los antecedentes y circunstancias personales del condenado. En el supuesto de que el penado hubiera residido en España durante los diez años anteriores, solo procederá la expulsión en el supuesto de que haya sido condenado por la comisión de uno o más delitos contra la vida, la libertad, la integridad física o la libertad e indemnidad sexuales que tengan asignada una pena máxima de más de cinco años de prisión y exista un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. La misma medida será de aplicación en el caso de que hubiese sido condenado por uno o más delitos de terrorismo o cometidos en el seno de un grupo u organización criminal (art. 89.4 CP).

De manera que, tras la reforma de la LO 1/2015, la sustitución ya no se aplica a cualquier pena privativa de libertad sino únicamente respecto de la pena de prisión; para poder proceder a su aplicación la pena de prisión ha de ser superior a un año, de modo que quedan fuera de la posibilidad de ser sustituidas por expulsión las penas de prisión de entre tres meses y un año; y la medida se refiere a cualquier ciudadano extranjero, incluidos ciudadanos de la Unión Europea, y no solo a extranjeros no

residentes legalmente en España, de tal forma que la expulsión se basa en el carácter de no nacional y ya no en la condición de irregular del condenado.

La medida tiene carácter preceptivo, si bien se prevé la posibilidad de que el juez o tribunal acuerde la ejecución de todo o parte de la condena, según los supuestos, cuando lo considere necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Esto es, frente a la previsión anterior, que ordenaba la expulsión salvo que concurriesen motivos que justificasen el cumplimiento en España, otorgando una mayor discrecionalidad al órgano judicial que podía basarse exclusivamente en razones de prevención especial, ahora se hace referencia expresa a razones de prevención general. A motivos de este tipo aludió en su día la Sección 23 de la Audiencia Provincial de Madrid que, en contra del criterio de la fiscalía, rechazó sustituir por la expulsión la pena de cinco años de prisión impuesta por este mismo órgano judicial a un narcotraficante detenido en Madrid con casi medio kilo de cocaína, aduciendo el riesgo de quebranto de los fines de prevención general positiva y negativa de la pena que tal medida suponía (SAPM 72/2004, de 15 de octubre de 2004, FJ 2). No obstante, las razones de prevención especial podrían justificar el cumplimiento de la condena en España si, como se ha apuntado, la expulsión resulta desproporcionada en atención a tales razones (art. 89.4 CP).

Si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma. En este sentido, la reforma de la LO 5/2010 suprimió la prohibición que impedía en estos casos la aplicación de los mecanismos de la suspensión (o de la sustitución) de la pena, que hacía pensar en la posible inconstitucionalidad de la medida por vulneración de los principios de igualdad y de reinserción social.

En todo caso, la expulsión del territorio español lleva aparejada el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para que el penado resida o trabaje en España.

El extranjero expulsado no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. En este sentido la LO 5/2010 flexibilizó el plazo de la prohibición de retorno a España, cuya duración se hace depender, desde entonces, de la de la pena sustituida y de las circunstancias personales del penado, lo que parece más razonable que el anterior plazo objetivo de diez años aplicable en todo caso, cualesquiera que fueran las penas sustituidas y las circunstancias del expulsado. Sin embargo, no parece tan coherente con las razones de prevención general sobre las que se fundamenta, en su caso, el cumplimiento de todo o parte de la pena.

Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, tendrá que cumplir las penas sustituidas, salvo que el juez o tribunal, excepcionalmente, reduzca su duración, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento, siempre que el cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad (art. 89.7 CP).

En el supuesto de que, acordada la expulsión, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal puede, con el fin de asegurar la expulsión, ordenar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa (art. 89.8 CP).

2.4.1.4. Excepciones al ámbito aplicación

Como excepción a la regla general de expulsión de ciudadanos extranjeros no comunitarios, por un lado, y a la posibilidad limitada de expulsar a extranjeros comunitarios por otro, el art. 89.9 CP establece de forma imperativa que “no serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a los que se refieren los arts. 177 bis, 312, 313 y 318 bis”. Estos preceptos se refieren al delito de trata de seres humanos, tráfico ilegal de mano de obra, favorecimiento de la emigración, y de la inmigración vulnerando la legislación de extranjería. La novedad con respecto al texto anterior, y con respecto al art. 57.8 LOEX, es la incorporación del art. 177 bis. Sigue sin incluirse en el texto de este apartado los delitos de tráfico de drogas transnacionales, que es un criterio judicial frecuentemente usado para no conceder la expulsión como sustitutivo penal, pues en su caso operaría en el mismo sentido que el delito de trata de personas y de favorecimiento de las migraciones, esto es, facilitando la vuelta al autor de los hechos y colocando en condiciones óptimas para volver a realizar un nuevo intento delictivo transnacional.

En estos casos de extranjeros, residentes o no, condenados a estos delitos que no son objeto del sustitutivo penal del art. 89 CP, se prevé su expulsión administrativa en el art. 57.8 LOEX una vez cumplida la pena privativa de libertad.

Por otra parte, y solo para los ciudadanos extranjeros no comunitarios para los que la expulsión es la regla general, el legislador prevé tres excepciones a la aplicación imperativa de la expulsión como sustitutivo penal:

La primera de ellas se recoge en el art. 89.1 del CP y procede cuando sea “necesario para asegurar el orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida”. En estos casos el juez o tribunal puede acordar que el ciudadano

extranjero primero cumpla parte de su condena de prisión en España con la idea de reafirmar el ordenamiento jurídico español, y que después se proceda a sustituir la última parte de la condena por la expulsión.

La segunda excepción se recoge en el apartado 2º del art. 89 CP y se refiere a los casos en los que una o varias condenas superan los 5 años de prisión. En estos casos el juez acordará (uso imperativo del lenguaje, frente a la discrecionalidad otorgada en el apartado anterior) la ejecución de todo o parte de la condena “en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida”.

Y la tercera excepción es la que se recoge en el apartado 4º del mismo precepto en donde se establece que no procederá la sustitución de la pena por la expulsión cuando “a la vista de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular el arraigo en España, la expulsión sea desproporcionada”. Esto mejora la regulación de la expulsión como sustitutivo penal al ser respetuosa con los principios de proporcionalidad y los demás fines de la pena a los que hace alusión, facultando de esta manera al juez para individualizar la sanción al caso concreto atendiendo a las circunstancias del hecho y personales del autor. Hay que recordar que de forma reiterada la jurisprudencia (ATC 106/1997, de 17 de abril [RTC 1997\106] y STC 242/1994, de 20 de julio [RTC 1994\242]) ha manifestado la necesidad de motivación de la expulsión penal sobre la base de una ponderación de intereses en juego, entre los que habría que tener en cuenta el arraigo del extranjero en España, la unificación familiar, el esfuerzo por reparar el daño causado o la voluntad del condenado de permanecer en nuestro país cumpliendo la pena impuesta.

2.4.1.5. Consecuencias que acompañan la no sustitución de la pena por la expulsión

Hay supuestos en los que solo se retrasa la expulsión penal.

En primer lugar, aquellos supuestos en los que se faculta al juez para que decida que el autor de los hechos cumpla parte de la condena de prisión antes de ser expulsado penalmente cuando considere que resulta necesario “para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” (art. 89.1 CP).

En segundo lugar, los casos en los que el legislador conmina al juez a que se ejecute la pena en prisión en todo o en parte cuando “hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración”... “en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito” (art. 89.2 CP). Pero en este segundo supuesto solo se retrasa la expulsión penal cuando el juez decide que la pena de prisión se ejecute solo en parte. En el caso de que el juez decida

la ejecución de toda la pena de prisión (art. 89.2 CP) y decida que la expulsión no procede por considerarla desproporcionada en atención a las circunstancias del hecho y personales del autor, especialmente el arraigo en España (art. 89.4), la consecuencia obvia es el consiguiente cumplimiento de la pena de prisión. En estos supuestos cabría esperar que el extranjero pudiera iniciar un proceso de reinserción durante el cumplimiento de la pena, que acabaría materializándose en España tras su cumplimiento definitivo. Sin embargo, las previsiones de la Ley de Extranjería sobre los antecedentes penales de los extranjeros como causa de expulsión hacen difícil que tal reinserción se haga realidad.

2.4.1.6. La expulsión administrativa tras el cumplimiento de la pena (art. 57.2 Ley de Extranjería)

Según el art. 57.2 LOEX “constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

El ámbito subjetivo de aplicación de este precepto es el extranjero no comunitario, con independencia de su situación administrativa de residencia en el país. Los extranjeros comunitarios no están sujetos a la Ley de Extranjería, sino del RD 204/2007 de 16 de febrero, por el que se regula la entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Por otra parte, nada dice el precepto sobre la situación administrativa de residencia regular o irregular en España, requiriéndose tan solo que el extranjero haya sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año cuyos antecedentes penales no estén cancelados.

Además, el precepto hace una referencia expresa a la necesidad previa de “tramitación del correspondiente expediente”. Se refiere al expediente de expulsión, que en los casos de extranjeros en situación regular en el país debe contener una resolución administrativa de revocación de su permiso de residencia por aplicación del art. 57.4 LOEX. Este precepto establece que la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización de residir o trabajar en España.

Tras la condena, la ejecución de la expulsión por tener antecedentes penales en España queda reforzada por la obligación impuesta a los centros penitenciarios de comunicar a la policía la salida de prisión de extranjeros que se encuentren incurso en un procedimiento de expulsión, para que aquella pueda proceder a su ejecución

(art. 26 del Reglamento penitenciario). No obstante, se conocen supuestos en los que falla la coordinación entre instituciones penitenciarias y la policía, y otros en los que la expulsión no es ejecutable por diversos motivos. En esos casos solo la cancelación de antecedentes penales permitiría a los extranjeros que hayan pasado por prisión intentar la reinserción en el país. Téngase en cuenta que el tiempo de cancelación de los antecedentes penales con la reforma del código penal de 2015 ha aumentado hasta 10 años para las penas graves. Durante ese tiempo el extranjero no puede regularizar su situación legal en el país, con las dificultades de reinserción que ello conlleva.

Como hemos señalado, el hecho de que el extranjero que ha cumplido una pena privativa de libertad superior a un año no sea expulsado se debe a motivos ajenos a la voluntad de la Administración que pretende aplicar esta expulsión de forma automática. En sentido contrario a ese pretendido automatismo se ha pronunciado de forma reiterada la jurisprudencia, que en su mayoría señala que el hecho de haber sido condenado a más de un año de pena privativa de libertad es un requisito objetivo mínimo que debe ser ponderado con otros indicadores que acrediten que el extranjero es una amenaza real y grave para el orden público, así como realizar un análisis más personalizado del supuesto objeto de expulsión a la luz del art. 57.5 LOEx según la STC 186/2013, de 4 de noviembre. El art. 57.5 LOEx hace referencia a supuestos de arraigo como, por ejemplo, ser titular de una autorización de residencia de larga duración. En ese mismo sentido, las SSTs 2 de noviembre de 2015 y 20 de noviembre de 2014 establecen la necesidad de poner en relación el art. 57.2 LOEx con el 57.5 del mismo texto legal, que exige tener en cuenta las consecuencias que una expulsión tendría para el interesado y su familia. Por ello, sentencias como la del TSJ de Cataluña de 21 febrero de 2014, la del TSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2014, la del TSJ de Andalucía de 30 de julio de 2015, entre otras, consideran imposible interpretar la expulsión del art. 57.2 LOEX como una consecuencia automática tras haber sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año como así pretende la Administración.

Por el contrario, hay que interpretarlo de conformidad con las exigencias jurisprudenciales y el traspuesto art. 12 de la Directiva 2003/19, lo que obliga a tener en cuenta el art. 57.5 LOEx. En cuanto a la función de los antecedentes penales, si bien en EEUU la publicidad de los antecedentes penales se concibe como una herramienta para proteger la sociedad, en España el Registro Central de Penados (RCP) tiene una función eminentemente judicial, como información para la posible aplicación de la agravante de reincidencia, y para la toma de decisiones referentes a la suspensión de la ejecución de la pena. Estos autores consideran que estas diferencias obedecen a valores culturales relacionados con la privacidad, la libertad de expresión y la rehabilitación, así como a una menor influencia de la cultura del

control en la cultura jurídica europea. Desde esa perspectiva, los antecedentes penales en España no representan un gran obstáculo para la reintegración laboral y social de los condenados debido a su limitada difusión. Sin embargo, esta cultura española sobre los antecedentes penales desaparece en el caso de los extranjeros debido a la causa de expulsión del art. 57.2 LOEx.

2.4.2. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Con el nombre de “suspensión” de la ejecución de la condena se regulan en el Código penal diversos instrumentos que permiten dejar sin efecto el cumplimiento — total o parcial— de la pena impuesta en la sentencia, o suspender provisionalmente la ejecución de la misma. Los requisitos y el ámbito de aplicación de estos instrumentos varían, como se verá a continuación, en función de los fines a los que responde cada uno de ellos.

2.4.2.2. Suspensión ordinaria de la ejecución de penas privativas de libertad (arts. 80 a 87 CP)

La suspensión ordinaria de la ejecución de penas privativas de libertad (tradicionalmente denominada «condena condicional») es un instrumento orientado a evitar el cumplimiento de penas cortas que conlleven privación de libertad.

Se regula en los art. s 80 a 87 CP y permite la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a dos años. En cuanto al fundamento de esta institución, con anterioridad a la LO 1/2015 el Código penal establecía que para decidir sobre la suspensión el juez o tribunal debía atender fundamentalmente a la “peligrosidad criminal” del sujeto y a “la existencia o no de otros procedimientos contra éste”. Estas referencias han sido suprimidas por la reforma de 2015 y, en su lugar, se establece que los órganos judiciales podrán proceder a la suspensión cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (art. 80.1, párrafo primero). Esto es, el legislador de 2015 parece querer otorgar un claro fundamento preventivo especial a la institución de la suspensión.

La decisión sobre la suspensión corresponde a los jueces y tribunales sentenciadores quienes deberán adoptarla en la sentencia siempre que sea posible. En caso contrario, una vez firme la resolución, habrá de pronunciarse con la mayor urgencia, previa audiencia de las partes (art. 82.1). La resolución ha de ser motivada, atendiendo fundamentalmente “a las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la

ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas” (art. 80, párrafo segundo). Se trata, pues, de una decisión facultativa de los órganos judiciales sentenciadores para la que deberán tener en cuenta todas esas circunstancias relativas al hecho y al autor. No obstante, en los delitos que solo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales deberán oír a este y, en su caso, a su representante legal antes de conceder la suspensión (art. 80.6 CP)

Esa clara orientación de prevención especial que el legislador de 2015 ha querido dar a esta institución deberá conciliarse con lo que ha sido doctrina consolidada del Tribunal Constitucional. De acuerdo con esta doctrina, las resoluciones judiciales en las que se decida la suspensión de la pena deberán tener en cuenta las circunstancias individuales del penado, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en tal decisión, atendiendo a la finalidad principal de tal institución, que es la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (entre otras, SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4; 57/2007, de 12 marzo, FJ 2; 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3). Esto es, el Tribunal Constitucional alude también a razones de prevención general que el propio legislador de 2015 ha tratado de eludir al suprimir la referencia a las mismas durante la tramitación parlamentaria. La suspensión no es extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito. De hecho, como se verá a continuación, la satisfacción de la responsabilidad civil, aunque interpretada de forma flexible, es una de las condiciones necesarias para poder proceder a la suspensión.

a) Requisitos (art. 80.2 CP)

La suspensión de la pena requiere la satisfacción de determinados requisitos legales, que el Código denomina «condiciones necesarias», aunque su concurrencia no determina automáticamente la suspensión de la ejecución de la pena, ya que solo estamos frente a «condiciones sin las cuales la suspensión no es posible» (entre otras, STS 1597/2000, de 16 de octubre, FJ 2).

Estos requisitos son los siguientes:

—Que el condenado haya delinquido por primera vez. Para valorar el cumplimiento de este requisito no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 CP (entre otras, la STS 1196/2000, de 17 de julio, FJ 3). Además, la LO 1/2015 ha flexibilizado la exigencia de este último requisito, y ha conferido una mayor discrecionalidad a los órganos judiciales en su valoración, al disponer que tampoco serán tenidos en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o

circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

—Que la pena o la suma de las penas impuestas no sea superior a dos años. En este cómputo no se incluye la responsabilidad subsidiaria por impago de multa.

—Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren generado, y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia, conforme al art. 127 CP. En este punto, la LO 1/2015 ha especificado que será suficiente para entender cumplido este requisito con el compromiso del penado de facilitar el decomiso acordado y satisfacer las responsabilidades civiles, de acuerdo con su capacidad económica, y siempre que sea razonable esperar que el condenado cumpla su compromiso en el plazo fijado por el órgano judicial, quien podrá solicitar las garantías que considere conveniente para asegurar su cumplimiento. Así pues, el juez o tribunal podrá tener en cuenta la capacidad económica del sentenciado a fin de evitar que la insolvencia del mismo impida la aplicación de la suspensión, pero se ha suprimido la referencia expresa a la posibilidad de que el juez o tribunal, oídos los interesados y el ministerio fiscal, diese por cumplido este requisito en caso de insolvencia.

b) Plazo de suspensión (arts. 81 y 82 CP)

Cuando se trate de penas leves el plazo de suspensión será de tres meses a un año y en el caso de penas privativas de libertad no superiores a dos años será de dos a cinco años. Dicho plazo lo fijarán los jueces o tribunales, atendiendo a los criterios recogidos en el párrafo segundo del art. 80.1 CP. No obstante, el plazo de suspensión en los supuestos de drogodependencia previstos en el art. 80.5, será de tres a cinco años.

El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo se computará desde la fecha en que la misma devenga firme, y no se contabilizará como plazo de suspensión el tiempo en el que el condenado hubiere permanecido en rebeldía (art. 82.2).

c) Condiciones para la suspensión (arts. 83 a 85 CP)

El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de alguna o algunas de las prohibiciones o deberes previstos en el art. 83 CP, cuando sea necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos y siempre que tales medidas no resulten desproporcionadas. Dependiendo del tipo de medida impuesta, el control de su cumplimiento corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria, quienes deberán informar al ministerio fiscal y al juez o

tribunal de ejecución acerca de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como sobre posibles incumplimientos de las medidas impuestas.

Igualmente, tras la LO 1/2015, el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de determinadas prestaciones o medidas como: el acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación; el pago de una multa; o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. En los dos últimos supuestos, se establece un máximo de cumplimiento que resultará de aplicar dos cuotas de multa, o un día de trabajo, por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de la duración de la pena impuesta. Por tanto, el legislador permite en este punto imponer como condición para la suspensión el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad otorgándoles el carácter de medidas —y no de penas—. No obstante, cuando se trate de condenas por delitos de violencia de género, familiar o doméstica, supedita la imposición de una multa a la inexistencia de obligaciones económicas entre el condenado y la víctima derivadas de su relación.

Durante el plazo de suspensión de la condena, el juez o tribunal, en atención a las circunstancias concurrentes, podrá modificar su decisión y alzar, modificar o sustituir por otras menos gravosas, todas o algunas de las medidas impuestas (art. 85 CP).

d) Revocación de la suspensión (art. 86 CP)

Procederá la revocación y, en consecuencia, se cumplirá la condena suspendida cuando el penado:

- sea condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida. Es decir, no es suficiente el dato objetivo de comisión de un delito, sino que el juez deberá motivar en su resolución que el delito cometido refleja que la expectativa en la que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida.

- incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes o las condiciones que le hubieran sido impuestas conforme a los art. s 83 y 84 CP, o se sustraiga al control del servicio de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Si el incumplimiento no hubiese sido grave o reiterado el juez o tribunal podrá imponer nuevas prohibiciones, deberes o condiciones; modificar las ya impuestas; o prorrogar el plazo de suspensión por un tiempo que no podrá exceder de la mitad del inicialmente fijado. Y, en todo caso, si procede a la revocación, el órgano judicial deberá abonar a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos.

- facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio (art. 589 LEcivil) o sobre el paradero de bienes y objetos cuyo decomiso hubiese sido acordado; o no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles, salvo que carezca de capacidad económica.

El juez o tribunal ha de resolver, una vez oídos el ministerio fiscal y las demás partes. No obstante, podrá revocar la suspensión y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando sea imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva o de huida del penado, o para asegurar la protección de la víctima. Asimismo, si lo considera necesario para resolver, podrá realizar las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral.

e) Remisión de la pena (art. 87 CP)

Procederá la remisión de la pena siempre que, durante el plazo de suspensión, el sujeto cumpla las reglas de conducta impuestas y no cometa delito alguno que ponga de manifiesto que las expectativas en las que se fundaba la suspensión ya no puedan ser mantenidas.

Si la pena hubiese sido suspendida con arreglo a lo dispuesto en el art. 80.5, para acordar la suspensión deberá acreditarse la deshabitación del penado o la continuidad del tratamiento. En caso contrario, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la pena, salvo que, una vez oídos los informes pertinentes, considere necesaria la continuación del tratamiento, en cuyo caso podrá conceder una prórroga del plazo de suspensión por un tiempo no superior a dos años.

2.4.2.3. Suspensión de la condena de carácter excepcional (art. 80.3 CP)

El Código penal, con carácter excepcional, prevé que, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el art. 80.2 (que el condenado haya delinquido por primera vez y que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años), el juez o tribunal pueda acordar la suspensión de penas que individualmente no excedan de dos años, siempre que el condenado a tales penas no sea un “reo habitual” (véase el art. 94 CP) y cuando sus circunstancias personales, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

La suspensión en estos casos se supeditará a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (art. 84.1, 1ª).

Además, el juez o tribunal, deberá imponer el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, con una extensión que no podrá

ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en los numerales, 2ª y 3ª, del art. 84.1, respectivamente, sobre un quinto de la pena impuesta.

En todo lo demás no previsto expresamente en el art. 80.3 (plazo de suspensión, remisión, revocación, etc.), será de aplicación lo dispuesto para la suspensión ordinaria comentado en el epígrafe anterior.

2.4.2.4. Suspensión de la condena por drogodependencia (art. 80.5 CP)

El art. 80.5 CP prevé otro supuesto de suspensión de carácter especial para aquellos condenados a penas privativas de libertad no superiores a cinco años que hayan cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (art. 20.2.º CP).

En este supuesto especial no se requiere que el condenado haya delinquido por primera vez, si bien el juez o tribunal deberá motivar la oportunidad de conceder la suspensión a un penado reincidente, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del autor. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo valoró positivamente la aplicación de este supuesto de suspensión a un penado reincidente que, además de padecer SIDA y hepatitis y de sufrir una drogadicción de 20 años de evolución, se presentó voluntariamente a prisión, admitió la realización del hecho delictivo y asumió las consecuencias de su conducta. En este caso, a juicio del órgano judicial, la suspensión de la pena y la adopción de medidas dirigidas a vencer la drogadicción podían satisfacer las necesidades de prevención general positiva y de prevención especial (STS 409/2002, de 7 de marzo, FJ único).

Los requisitos en este supuesto especial son, además de los señalados, que en el momento de decidir sobre la suspensión, el sujeto se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento de deshabitación, lo que deberá acreditarse suficientemente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, y que no abandone el tratamiento antes de su finalización. En este sentido no se calificarán como abandono las recaídas durante el tratamiento siempre que no signifiquen una dejación definitiva del mismo. En todo lo demás no previsto expresamente en el art. 80.5 (plazo de suspensión, remisión, revocación, etc.), será de aplicación lo dispuesto para la suspensión ordinaria.

2.4.2.5. Suspensión de la condena por enfermedad grave (art. 80.4 CP)

El Código Penal prevé la posibilidad de que los jueces y tribunales sentenciadores puedan otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. El

fundamento de esta medida se encuentra en razones humanitarias y en la ausencia de peligrosidad del condenado debido a la enfermedad.

El Tribunal Constitucional ha manifestado que, a la hora de decidir la concurrencia o no de este supuesto especial, los órganos jurisdiccionales sentenciadores gozan de un amplio margen de discrecionalidad para la apreciación de sus presupuestos: tanto sobre la valoración de la gravedad de la enfermedad y de los padecimientos que produce, como en relación con la decisión misma de eximir al condenado del cumplimiento de esos requisitos generales que permiten la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena. Ahora bien, esta discrecionalidad — afirma el Tribunal— no exime al juez o tribunal sentenciador del deber de fundamentar su decisión, que requiere que se ponderen los bienes y derechos en conflicto: de un lado, la seguridad colectiva que podría verse afectada por el no ingreso en prisión de un penado con un eventual pronóstico negativo de reincidencia, en atención a sus circunstancias personales y, sobre todo, a la incidencia de la enfermedad en dicho pronóstico; y, de otro lado, el grado de afectación del derecho a la vida e integridad física del condenado teniendo en cuenta el tipo de enfermedad y la mayor o menor influencia que el ingreso en prisión de quien la padece tendría en ella (STC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 4 y 8. Véase también el AJVP número 3 de Andalucía, de 3 de agosto de 2015 y AAP de Málaga, sección 3ª, de 27 de agosto de 2015).

En igual sentido, aunque esta vez refiriéndose a la libertad condicional, el Tribunal Constitucional ha manifestado que «la puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer su permanencia en el recinto carcelario», siempre y cuando ese estado de salud conlleve la ausencia de peligrosidad del interno (STC 48/1996, de 25 de marzo de 1996).

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado de trato inhumano y degradante la permanencia en prisión de un interno, víctima de una enfermedad muy grave y sometido a un tratamiento anticanceroso, por considerar inadecuada la reclusión para hacer frente a la enfermedad y provocarle sufrimientos que sobrepasan los inevitables del encarcelamiento y la enfermedad (STEDH, de 14 de noviembre de 2002).

2.4.2.6. Suspensión de la ejecución en caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad (art. 99 CP)

En el supuesto de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Código Penal permite al juez o tribunal suspender la ejecución del resto de la pena privativa de libertad, por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas no privativas de libertad del art. 96.3 (modificado por

LO 5/2010), en aquellos supuestos en los que se haya cumplido ya la medida privativa de libertad y el cumplimiento de la pena pueda poner en peligro los efectos conseguidos con aquélla.

2.4.2.7. Suspensión por trastorno mental grave sobrevenido (art. 60 CP)

Conforme a lo dispuesto en el art. 60 CP, se podrá suspender la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, si una vez firme la sentencia se aprecia en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. La decisión corresponderá al juez de vigilancia penitenciaria quien deberá garantizar que el penado reciba la asistencia médica que necesite, para lo que podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad que, en ningún caso, podrá ser más gravosa que la pena sustituida.

Cuando el condenado lo esté a penas de distinta naturaleza, el juez de vigilancia deberá valorar si aquel está en condiciones de conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspender su ejecución e imponer las medidas de seguridad no privativas de libertad que estime convenientes.

Una vez restablecida la salud mental del penado, se procederá al cumplimiento de la pena, salvo que hubiese prescrito. No obstante, el juez o tribunal podrá dar por extinguida la condena o reducir su duración, por razones de equidad, en la medida en que su cumplimiento pueda resultar innecesario o contraproducente.

Próxima la extinción de la pena o de la medida de seguridad impuesta, el juez de vigilancia deberá comunicarlo al ministerio fiscal con la suficiente antelación a efectos de que por este último, si fuera procedente, se inste la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil, salvo que ya hubiese sido acordada, y, en su caso, el internamiento de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil (Disposición adicional primera CP).

2.4.2.8. Suspensión provisional de la ejecución de la sentencia (art. 4.3 y 4, CP)

El Código Penal prevé la posibilidad de que el juez o tribunal juzgador, sin perjuicio de ejecutar la sentencia, exponga al Gobierno lo conveniente sobre la derogación o modificación de un precepto, o la concesión de indulto, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que a juicio de dicho órgano judicial no debiera serlo o la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP). Estamos ante una previsión legislativa que permite al órgano judicial tratar de adaptar la pena a la culpabilidad por el hecho. Así, el juez o tribunal está obligado a aplicar la pena que determine el Código Penal, aunque le parezca excesiva teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, pero puede en la

misma sentencia solicitar el indulto indicando, incluso, la pena que, en su caso, le parezca adecuada en atención a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor (véase, por todas, la STS 1516/2005, de 21 de enero, FJ 2).

Pues bien, en el caso de que en aplicación de este precepto el juez o tribunal formule petición de indulto y considere en resolución motivada que el cumplimiento de la pena puede vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o que la finalidad del indulto pueda resultar ilusoria, suspenderá la ejecución de la sentencia en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. Se trata, pues, de una suspensión de carácter provisional que permite evitar que un posible retraso en la tramitación del indulto impida la eficacia de lo dispuesto en el art. 4.3 CP.

2.5. Trabajos en beneficio de la comunidad

Esta pena se regula en el artículo 49 del Código Penal. Este precepto ha sido reformado por la LO 15/2003 y por la LO 5/2010, y es objeto de desarrollo por el RD 840/2011.

Así, el actual artículo 49.1 del Código penal establece: *«Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares».*

En cuanto a su naturaleza y duración, tras la modificación introducida por la LO 1/2015, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad es una pena leve [artículo 33.4.i) del Código Penal] si su duración fluctúa entre uno y treinta días y será pena menos grave cuando su duración oscile entre treinta y un días y un año [artículo 33.3.l) del Código Penal]. Este máximo de la pena menos grave ha sido ampliado por la LO 1/2015, frente al máximo de 180 días que disponía el Código penal antes de la reforma y que se contraponía al máximo de un año que para la misma pena preveía el artículo 40.4 del mismo texto legal.

La reforma que en su día introdujo la LO 15/2003, según se aprecia en su Exposición de Motivos, buscó «potenciar» la eficacia de esta pena a fin de aplicarla a un mayor número de infracciones penales. Sin embargo, hasta el momento, tal pretensión no parece haberse logrado, toda vez que solo aparece como una pena alternativa (artículos 153.2; 171.4, 5 y 7; 172.3; 172 ter, 2; 173.4; 244.1; 270.4; 274.3; 379 y 384 del Código Penal) o como una pena cumulativa (artículo 385 del Código penal) respecto de pocos delitos. Junto a ello, la LO 1/2015 ha mantenido su función como

pena sustitutiva de la pena de prisión inferior a tres meses (artículo 71.2 del Código penal) y como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y ha añadido la posibilidad de su aplicación como medida a imponer por el juez o tribunal en el contexto de la suspensión de la pena del artículo 84.1 del Código penal.

El artículo 49 del Código Penal establece una serie de condiciones a las que habrá de sujetarse la ejecución de esta pena como son:

— La ejecución se llevará a cabo bajo el control del juez de vigilancia penitenciaria. Para tal fin, éste requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios. El trabajo no ha de atentar contra la dignidad del penado.

— El trabajo ha de ser facilitado por la Administración, la cual podrá establecer convenios oportunos a tal fin (no obstante, la ley permite que el penado pueda proponer él mismo un trabajo). Por su parte, la LO 5/2010 ha incluido dentro del espectro de posibles actividades en las que puede consistir la pena, la participación del penado en talleres, programas formativos, de reeducación o similares.

— El condenado gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

— La duración diaria del trabajo no podrá exceder de ocho horas.

— La actividad laboral desempeñada por el penado no podrá supeditarse al logro de intereses económicos.

— Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas deberán comunicar al juez de vigilancia penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena para su correspondiente valoración. A partir de tal valoración, el juez puede acordar su ejecución en el mismo centro; enviar al penado a otro centro para terminar de cumplir la pena; o, en su caso, entender que la ha incumplido. En este último caso, deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468 del Código Penal, precepto que tipifica el delito de quebrantamiento de condena.

— Si el penado faltara al trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se hubiera impuesto.

El RD 840/2011, que desarrolla lo dispuesto en el Código Penal, establece una serie de normas que deben regir la ejecución de esta pena. Así, para determinar la duración de la jornada y el plazo en que deberá cumplirse habrán de tenerse en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus

circunstancias laborales y, en el supuesto de programas o talleres, la naturaleza de los mismos. Asimismo, la ejecución de la pena se regirá por un principio de flexibilidad a fin de hacer compatible, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, podrá autorizarse el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días.

El trabajo será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local, que, a tal fin, podrá establecer los oportunos convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo remitir mensualmente a la Administración penitenciaria la relación de plazas disponibles en su territorio. Dichas entidades podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria. No obstante, el penado podrá proponer un trabajo concreto y la Administración penitenciaria, tras analizar la propuesta, deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal y en el RD 840/2011, poniéndolo en conocimiento del juez de vigilancia penitenciaria. Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, una vez recibidos el mandamiento u orden judicial de ejecución y los particulares necesarios, realizarán una valoración del caso (características personales del penado; su capacidad laboral; entorno social, personal y familiar; etc.) para determinar la actividad más adecuada a sus circunstancias, informando al penado de las distintas plazas existentes y escuchando, en su caso, la propuesta que el penado realice. Cuando las circunstancias o las características del penado así lo aconsejen, los servicios de gestión de penas ofertarán al condenado la posibilidad de cumplir la pena mediante su participación en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, desarrollados por la propia Administración penitenciaria o por instituciones no penitenciarias que cuenten con la aprobación de aquella. Realizada la valoración, se elaborará el plan de ejecución, dando traslado del mismo al juzgado de vigilancia penitenciaria para su control, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Durante el cumplimiento, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del juez de vigilancia penitenciaria, de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, así como las directrices de la entidad para la que preste el trabajo. Igualmente, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas deberán poner en conocimiento del juez de vigilancia penitenciaria las incidencias relevantes que puedan tener lugar durante el cumplimiento. Cumplido el plan de ejecución, serán también los servicios de gestión de penas y medidas alternativas los encargados de informar de tal extremo al juez de vigilancia penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la pena.

2.6. Las medidas de seguridad (arts. 95 a 108 CP)

2.6.1. Concepto, fundamento y garantías de las medidas de seguridad

La medida de seguridad puede definirse como «la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el Estado a un sujeto que ha delinquido y es considerado peligroso, con la finalidad de impedir que vuelva a delinquir en el futuro».

La medida de seguridad es, junto a la pena, una consecuencia jurídica del delito, pero mientras que el fundamento de la pena es la culpabilidad del autor, el fundamento de la medida es la peligrosidad criminal, entendida como probabilidad de comisión de nuevos delitos en el futuro. No obstante, la peligrosidad criminal es un dato valorativo, nada sencillo de concretar, que se deriva de un «juicio» o «prognosis» sobre diversos aspectos de la vida de la persona y que indica la existencia de un riesgo de comisión de nuevos delitos.

Hasta bien avanzado el siglo XX, en el Derecho español la peligrosidad era concebida como «peligrosidad social», esto es, la probabilidad de comisión en el futuro de hechos meramente antisociales (prostitución, mendicidad, drogadicción, etc.). Los estados peligrosos y las medidas de seguridad se regulaban en leyes especiales, fuera CP (en un primer momento en la Ley de vagos y maleantes de 1933 y, posteriormente, en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970). De acuerdo con estas leyes, estados peligrosos lo eran la drogadicción, la mendicidad, la prostitución o el vagabundeo, y dichas situaciones justificaban la aplicación de medidas de seguridad que podían prolongarse de manera indeterminada en el tiempo.

Con la aprobación CP de 1995, los estados peligrosos y las medidas de seguridad pasan a regularse en el mismo Código y su aplicación se somete a los principios y garantías que rigen la aplicación de las sanciones penales. Hoy ya nadie discute que si bien la pena y la medida tienen un fundamento distinto, ambas son consecuencias jurídicas del delito y despliegan efectos aflictivos.

El art. 6 CP declara expresamente: «1. *Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.* 2. *Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.*».

Es decir, el legislador, a fin de poner límites a los excesos en la injerencia estatal, establece la necesaria exteriorización de la peligrosidad mediante la comisión de un delito (art. s 6.1 y 95.1ª CP). Esto significa que se suprimen las medidas

predelictuales (aunque ya el Tribunal Constitucional había previamente declarado la inconstitucionalidad de tales medidas —STC 23/86, de 14 de febrero, FJ 1—) y las medidas de seguridad privativas de libertad serán aplicables únicamente a supuestos de inimputabilidad (art. 20.1.º, 2.º y 3.º CP) o de semiimputabilidad (art. 21.1.ª CP). Además, se establece un trato equiparado entre el sujeto al que se aplica una medida de seguridad y el sujeto al que se aplica una pena.

Así, por un lado, se declara que las medidas no pueden ser más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Esto significa que el juez o tribunal deberá valorar la «gravedad» de penas y medidas, lo cual resultará especialmente problemático cuando se trate de penas y medidas de carácter heterogéneo (pena de multa y medida de prohibición de residir en un determinado lugar, por ejemplo). En todo caso, cuando la pena que hubiese podido imponerse por el delito cometido no fuese privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador solo podrá acordar la imposición de medidas «no privativas de libertad» (art. 95.2 CP).

Pero, además, la medida no puede ser de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, esto es, la duración de la medida no puede superar el límite máximo de la pena fijado en el Código Penal para el delito cometido por el sujeto, con lo que se suprimen las medidas indeterminadas (con el Código Penal anterior, las medidas no tenían límite temporal alguno y podían prolongarse todo el tiempo necesario hasta la total curación del sometido a la misma, lo que significaba en muchos casos un internamiento de por vida, debido a la imposibilidad de curación de aquél).

En todo caso, cuando se trate de penas y medidas heterogéneas, cabría entender que la duración podrá valorarse teniendo en cuenta la gravedad de las mismas. Así, una medida de alejamiento podría ser de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cuando esta fuese privativa de libertad.

Por otro lado, la medida, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal, «no puede exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor».

Dado que el fundamento de la medida es la peligrosidad criminal, si esta desaparece o disminuye durante la ejecución de aquella, el juez o tribunal deberá decretar el cese, la sustitución o la suspensión de la medida impuesta (art. 97 CP). Así, este último precepto, modificado por LO 5/2010, faculta al juez o tribunal sentenciador para adoptar, durante la ejecución de la sentencia, alguna de las siguientes decisiones:

«a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta. b) Decretar el cese de cualquier medida impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto. c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre

las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida. d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 95 de este Código».

Asimismo, en el art. 98 prevé que el juez de vigilancia penitenciaria, cuando se trate de medidas privativas de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad impuesta. Para ello, el juez de vigilancia deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida o los emitidos por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las actuaciones que con esta finalidad pueda ordenar. Cuando se trate de cualquier otra medida de seguridad el juez o tribunal recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva. A la vista de la propuesta o de los informes anteriormente mencionados, el juez o tribunal ha de resolver motivadamente, habiendo oído a la persona sometida a la medida, al Ministerio Fiscal, a las demás partes y a las víctimas del delito que no estuvieren personadas si así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia. Por último, el Código Penal ha establecido el llamado «sistema vicarial» en la ejecución de las medidas, lo que significa que el cumplimiento de la medida sirve para el cumplimiento de la pena (art. s 6.2 y 99 CP).

Así, el art. 99 CP dispone: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3».

2.6.2. Los estados peligrosos y las medidas de seguridad

2.6.2.1. Los estados peligrosos

Con la regulación española actual los únicos estados peligros a los que son de aplicación las medidas de seguridad privativas de libertad son los supuestos de inimputabilidad (art. 20.1.º, 2.º y 3.º CP) o de semiimputabilidad (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.1.º, 2.º y 3.º CP) en los que se aprecie peligrosidad criminal, esto es, riesgo de comisión de nuevos delitos (peligrosidad postdelictual), siempre y cuando la pena que se les hubiese podido imponer por el delito cometido fuese privativa de libertad.

2.6.2.2. Las medidas de seguridad privativas de libertad (art. 96.2 CP)

El art. 96.2 CP prevé como medidas de seguridad privativas de libertad:

1.ª El internamiento en centro psiquiátrico.

Esta medida se aplicará a los exentos de responsabilidad criminal que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas que precisen tratamiento médico (art. 20.1º y 101 CP).

2.ª El internamiento en centro de deshabitación.

Esta medida será de aplicación a los declarados exentos de responsabilidad criminal por haber cometido la infracción penal en estado de intoxicación plena o bajo el síndrome de abstinencia a causa del consumo o dependencia, respectivamente, de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (art. 20.2º y 102 CP) que precisen ser sometidos a un tratamiento de deshabitación bajo régimen de internamiento.

3.ª El internamiento en centro educativo especial.

Esta medida se aplicará a los exentos de responsabilidad criminal que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tengan alterada gravemente su conciencia de la realidad, y a los exentos de responsabilidad criminal que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, siempre que precisen educación especial (art. s 20.1.º y 3.º, 101 y 103 CP). Estas medidas podrán ser impuestas también en los supuestos de semiimputabilidad (art. s 21.1 y 104 CP) y en los casos de aplicación del art. 60 CP. Su cumplimiento se llevará a cabo en los centros adecuados, públicos o concertados, de las Administraciones públicas competentes por razón de la materia y del territorio (art. 20 RD 840/2011). En el caso de las medidas privativas de libertad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica, la competencia para su ejecución corresponderá a la Administración penitenciaria (art. 21 RD 840/2011).

2.6.2.3. Las medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3 CP)

El art. 96.3 CP establece como medidas de seguridad no privativas de libertad las siguientes:

1.ª La inhabilitación profesional.

2.^a La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3.^a La libertad vigilada.

4.^a La custodia familiar.

5.^a La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

6.^a La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

2.6.3. Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados

La previsión de la libertad vigilada se introduce en el Código penal español por LO 5/2010, de 22 de junio, y comporta el sometimiento del condenado a un control judicial que se materializa a través del cumplimiento de determinadas obligaciones previstas en el art. 166 CP.

Art. 106. 1. *La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:*

a. *La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.*

b. *La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.*

c. *La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.*

d. *La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.*

e. *La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*

f. *La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*

g. *La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.*

h. *La prohibición de residir en determinados lugares.*

i. *La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.*

j. *La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.*

k. La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el art. 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el art. 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este art. que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente.

3. Por el mismo procedimiento del art. 98, el Juez o Tribunal podrá:

a. Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.

b. Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

c. Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente art. .

4. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento fuera reiterado o grave, revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez deducirá, además, testimonio por un presunto delito del art. 468 de este Código.

La introducción de la medida de libertad vigilada en el Código penal y, en concreto, en el Derecho Penal de adultos, constituye una de las novedades más

relevantes contenidas en la reforma operada por la LO 5/2010, que le atribuye naturaleza de medida de seguridad no privativa de libertad. Si bien en efecto, la medida no supone cambios sustanciales en lo que atañe a las medidas no privativas de libertad para inimputables y seminimputables, la posibilidad de aplicación a sujetos imputables peligrosos constituye una evidencia del importante cambio respecto de la filosofía político-criminal de 1995 que excluyó la imposición de ningún tipo de medida con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión. La particularidad de esta medida, y en lo que rompe esquemas respecto del resto de medidas de seguridad, es precisamente la posibilidad de aplicación, no sólo a inimputables y seminimputables como corresponde a su naturaleza sino también a sujetos imputables, responsables penalmente de los hechos cometidos por los que han sido condenados al cumplimiento de una pena privativa de libertad.

La libertad vigilada constituye entonces una medida de ejecución post-penitenciaria y de carácter asegurativo orientada a prevenir la peligrosidad criminal del sujeto. Tal peligrosidad se desprende, en el régimen legal previsto para esta medida, de la propia naturaleza del hecho delictivo cometido, de tal modo que su ámbito de aplicación queda restringido a determinados delitos para los que el legislador la ha previsto expresamente, excluyéndose de este modo la necesaria evaluación de la concurrencia de la peligrosidad en el sujeto concreto, a excepción de los supuestos en que el delincuente sea primario, único resquicio en el que el juez sentenciador puede plantearse la necesidad y adecuación de la medida. Delincuentes sexuales y terroristas son los destinatarios exclusivos de la medida, respondiendo esta decisión, según la Exposición de motivos de la LO 5/2010, a la resistencia de estos perfiles criminológicos al efecto rehabilitador de la pena (lo que convierte a esta medida en un síntoma claro del derecho penal de autor). Además, parece un preludeo hacia la extensión de la previsión de medidas post-penitenciarias a autores de otros delitos graves y especialmente peligrosos, atendiendo a sectores de la criminalidad para los que similares argumentos a los utilizados por el legislador de 2010 podrían considerarse válidos, entre los cuáles, homicidas o asesinos reincidentes o sujetos especialmente violentos.

El contenido de la libertad vigilada se configura a partir de las diversas obligaciones y prohibiciones que se contemplan en el art. 106 CP, que han sido clasificadas por la doctrina en función de la finalidad perseguida (GARCIA ALBERO):

1.- Medidas orientadas a desarrollar funciones de vigilancia o control genérico de los individuos. Entre las que estaría la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente, la que obliga a comunicar inmediatamente cada cambio de residencia o de lugar o puesto de trabajo y la que prohíbe al penado ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal.

2.- Medidas orientadas a desarrollar funciones de control específicas de los factores de riesgo de reincidencia, las previstas básicamente en el apartado j) que obligan al penado a participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares.

3.- Medidas orientadas a la protección de la víctima. Incluirían la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

4.- Medidas orientadas a la inoquización o neutralización de peligros para víctima o terceros. Por ejemplo, la prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

No pocas de las obligaciones o medidas que configuran la libertad vigilada coinciden con medidas que pueden ser impuestas en otros contextos ya sea como penas accesorias (art. 57 CP), como reglas de conducta en el ámbito de la suspensión o de la sustitución de penas cortas privativas de libertad (art. 83 CP), e incluso, atendiendo a la remisión efectuada por el art. 90.2 a los arts. 83 y 96.3 CP, durante el cumplimiento de la libertad condicional.

Los problemas de coexistencia en el cumplimiento de medidas que implican la localización del penado resultan evidentes en relación con las penas accesorias de los arts. 48 y 57 CP, dado que en el propio apartado 4, del art. 48 CP contempla la utilización de la supervisión electrónica para controlar el cumplimiento de las prohibiciones de acudir a determinados lugares, aproximarse o comunicar con la víctima o familiares. Esta circunstancia comporta que, eventualmente, puedan llegar a concurrir en el tiempo las prohibiciones de aproximación a la víctima en su aplicación como pena accesoria de cumplimiento simultáneo y posterior a la ejecución de la privación de libertad ex arts. 57 y 48 CP y, por otro lado, como obligación impuesta en el contexto de la medida de libertad vigilada con carácter post-penitenciario.

En el procedimiento de imposición de la medida de libertad vigilada para sujetos imputables condenados por delitos de terrorismo o contra la libertad sexual intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria como el Juez o Tribunal sentenciador. En este sentido, y según establece el art. 106.2 CP, el Juez sentenciador deberá imponer la medida en sentencia para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, de tal modo que, a lo sumo, dos meses antes de la extinción de la pena, el Juez de Vigilancia penitenciaria elevará la propuesta oportuna al Juez o Tribunal sentenciador atendiendo al pronóstico de peligrosidad que en ese momento se formule desde instituciones penitenciarias. De constatarse la concurrencia de peligro, el juez sentenciador deberá concretar el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones más adecuadas, pudiendo por el contrario dejar sin

efecto la misma en caso de pronóstico favorable de reinserción. La duración de la medida en su modalidad post-penitenciaria es de un máximo de diez años para delitos graves y de un máximo de cinco para los delitos menos graves. Sin embargo, la concreta duración de la medida y también su contenido dependerá de la evolución de la peligrosidad criminal del sujeto. Por ello, como es propio en las medidas de seguridad (art. 98 CP), el Juez sentenciador a partir de los informes remitidos por el Juez de Vigilancia, podrá mantener la medida, modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas, así como reducir la duración o poner fin a la misma atendiendo al pronóstico positivo de reinserción que presente el penado (art. 106.3 CP).

Finalmente, en el caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones impuestas, el Juez o Tribunal podrá modificar las obligaciones o prohibiciones, si bien en caso de incumplimiento reiterado o grave, que revelara la voluntad de someterse a las obligaciones, el Juez deberá deducir además testimonio por presunto delito de quebrantamiento de condena. Por lo tanto, cuando el incumplimiento fuera puntual el Juez únicamente podría optar por la alteración de la naturaleza o de la modalidad de cumplimiento de la medida, exigiéndose la reiteración o la gravedad y la voluntad de seguir incumpliendo para poder deducir adicionalmente testimonio por quebrantamiento.

Contenido de la obligación de seguimiento continuado.

En términos generales, la libertad vigilada exige el seguimiento continuado del individuo 24 horas al día, para cuya supervisión los medios humanos son sustituidos por aparatos electrónicos.

Los dispositivos electrónicos de seguimiento permanente permitirían garantizar la observancia de algunas obligaciones o prohibiciones impuestas adicionalmente al penado, facilitando la definición bien de zonas de exclusión —en relación con determinadas áreas de un territorio o concretas ubicaciones (parques infantiles, zonas de ocio, residencia de la víctima, etc.) o incluso en relación con determinadas personas (víctima concreta o sus familiares)—, o bien introduciendo la obligación de permanecer en determinados lugares en ciertas franjas horarias (el propio domicilio, lugar de trabajo o incluso el centro o establecimiento donde periódicamente se le dispense tratamiento médico o formación), medidas que se contemplan, todas ellas, como contenido potencial de la medida de libertad vigilada. La función de la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos sería básicamente la de comprobación del cumplimiento de las ulteriores medidas a las que el penado se halle sometido.

La inicial negativa a la instalación de los dispositivos, la posterior inutilización de los mismos o la inobservancia de los cuidados necesarios para garantizar su

funcionamiento deberían ser analizadas por parte del juez como supuestos de incumplimiento, lo que implicaría, conforme al art. 106.4 CP, que optara por modificar las medidas, si bien ante el incumplimiento reiterado o grave y revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones impuestas, el juez podría deducir además testimonio por un delito del art. 468 CP.

Dispositivos electrónicos de control. Si tradicionalmente el internamiento en centros de reclusión ha servido como principal forma de control e incluso de incapacitación de delincuentes, el nuevo siglo ha sido testigo de la irrupción de nuevas tecnologías en el sistema penal y penitenciario que posibilitan estas formas de control intensivo de los individuos. Los brazaletes de seguimiento GPS, los escáneres biométricos, los registros on line de delincuentes y las bases de muestras de ADN, constituyen ejemplos de la incorporación de la tecnología al sistema de justicia penal para el control de individuos peligrosos.

Al sistema penal y, al sistema de ejecución penal fundamentalmente, la localización por satélite le proporciona la determinación del paradero del delincuente, aunque éste se encuentre en movimiento, así como la posibilidad de comunicación a distancia con él (por teléfono o texto) la detección prácticamente automática de cualquier violación de horarios o de las zonas de exclusión que se le hubieran impuesto en la resolución judicial.

Cuando los fines rehabilitadores se ven desplazados del discurso penal hacia intervenciones focalizadas fundamentalmente en el control y la gestión del riesgo y del peligro que presentan determinados sujetos, entonces la tecnología deviene un instrumento útil para el ejercicio de dicho control.

A diferencia de los sistemas estáticos, que pretenden primordialmente comprobar la presencia del individuo en relación a un determinado lugar, generalmente su propio domicilio (en el caso de la localización permanente (art. 37 CP) o en la ejecución del tercer grado penitenciario (art. 86.4 RPen), los sistemas de seguimiento continuado, conocidos también como sistemas tracking o de segunda generación permiten la ubicación del individuo monitorizado allí donde se encuentre utilizando el sistema del GPS. Si bien existen en el mercado opciones diversas, la unidad incluye generalmente un receptor GPS, un brazalete resistente a manipulaciones que el sujeto lleva en su tobillo y una unidad para recargar baterías. También es posible que el receptor GPS se halle incorporado en el propio brazalete, de modo que le penado no deba portar ningún otro artilugio.

En los supuestos en que la medida adoptada pretenda la protección de una víctima en riesgo, los dispositivos requerirán la instalación de un receptor en el domicilio de aquella o bien la implementación de un sistema de seguimiento continuado de la propia víctima, con el fin de advertir, en este segundo supuesto,

cualquier aproximación del agresor a la persona protegida. También se le puede instalar un detector del consumo de alcohol, etc...

2.6.4. Sustitución de medidas de seguridad impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España (art. 108 CP)

El Código Penal, tras la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, estableció con carácter general, en su art. 108, la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España, previa audiencia de los mismos, en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el órgano jurisdiccional como consecuencia de la comisión de un delito. Tal sustitución tiene carácter preceptivo, salvo que excepcionalmente el juez o tribunal, previa audiencia del ministerio fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

Al igual que ocurre con la sustitución de la pena de prisión, la expulsión del territorio español llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para que el sometido a la medida resida o trabaje en España. Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto para la sustitución de las penas, el plazo en el que el extranjero expulsado no podrá regresar a España será de diez años, contados desde la fecha de su expulsión. En todo caso, si acordada la sustitución de la medida por la expulsión esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

Esta medida no ha sido modificada ni por la LO 5/2010, ni por la LO 1/2015. Así, por un lado, y en contraposición a lo establecido para el supuesto del epígrafe anterior, se mantiene el plazo objetivo de diez años de prohibición de retorno a España, cualesquiera que sean las medidas de seguridad impuestas, el delito que ha motivado su aplicación y las circunstancias personales del extranjero. Y, por otro lado, la sustitución afecta solo a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, y no a cualquier extranjero, incluidos los ciudadanos de la Unión Europea. Es difícil interpretar que esto se deba a una decisión meditada del legislador, pues no es fácil encontrar razones que justifiquen esa diferencia de tratamiento entre la sustitución de penas y la sustitución de medidas de seguridad, y, como ocurre con más frecuencia de lo que debiera, en la exposición de motivos no se aporta argumento alguno en relación con ello. Además, el negar al extranjero, por el mero hecho de serlo, la posibilidad de un tratamiento adecuado a sus circunstancias plantea, entre otros, problemas de constitucionalidad desde el punto de vista del necesario respeto a los principios de igualdad y de reinserción social.

Tema 3. Los Centros penitenciarios⁹.

3.1. Consideraciones generales.

La prisión como espacio físico ya no es un mero soporte físico; el lugar de ejecución de la pena privativa de libertad adquiere un carácter fundamental al ser el propio factor punitivo, pues se da una equivalencia entre el espacio físico y la propia pena. Es el propio edificio, la propia prisión, la que se convierte en el factor punitivo desde el momento en el que la pena privativa de libertad consiste en permanecer separado de la sociedad en un centro penitenciario durante un determinado tiempo, siendo esta privación de libertad el propio castigo.

En un sistema de individualización científica como el nuestro, los objetivos y la finalidad que corresponde a la pena de prisión, determina la propia arquitectura penitenciaria en España con el denominado centro penitenciario tipo. Este modelo de construcción penitenciaria está concebido como una estructura modular que posibilita crear espacios que facilitan la vida diaria en la prisión y responden a la doble función de lugar de custodia y espacio favorecedor de la rehabilitación. Estos centros tipo están diseñados para ser instrumentos eficaces para la educación y reinserción de los internos, al tiempo que garantizan la seguridad en el cumplimiento de las penas.

La prisión constituye el soporte de la ejecución penitenciaria: el lugar donde se va a desarrollar la vida de los internos, sus actos regimentales, sus relaciones familiares, sus actividades de tratamiento, las ocupacionales, las formativas, etc. De esta equivalencia entre prisión como espacio físico y pena nace el concepto de establecimiento penitenciario que expresamente en la normativa penitenciaria se define como entidad arquitectónica, administrativa y funcional, con organización propia (art. 101 RP).

El establecimiento penitenciario es una unidad, con una base arquitectónica administrativa y que funcionalmente cumple los fines de retención y custodia de los internos, con independencia de su condición procesal, de reeducación y reinserción social de sentenciados, y, que desarrolla una actividad asistencial para todos los internos ingresados en la misma, coordinada con base en un modelo organizativo propio, integrado como servicio periférico de la Administración penitenciaria. Por lo tanto, no todo edificio sirve como centro penitenciario; existirán tantas clases de centros penitenciarios como distintos regímenes de vida en los que se divida a la población reclusa y que determinarán igualmente su arquitectura y sistemas de seguridad.

3.2. Principios estructurales de los centros penitenciarios.

⁹ Memento práctico penitenciario 2021-22, Ed. Lefebvre, pp. 131 y ss.

3.2.1. Principio de conformación (art. 13 LOGP)

El centro penitenciario se concibe arquitectónicamente como un espacio que hace posible el desarrollo de la persona, dotándolo de espacios destinados a la educación, a la formación profesional y ocupacional, al desarrollo de actividades culturales, deportivas, recreativas, terapéuticas y laborales, para facilitar así al recluso su preparación para la convivencia en libertad, al tiempo que se limita, en la medida de lo posible, el efecto negativo que provoca la reclusión. Por ello la LOGP describe con detalle el conjunto de espacios que deben tener los centros penitenciarios para cumplir con los fines que tiene encomendados la institución, así deben contar, con dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, bibliotecas, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquerías, cocina y comedor, locutorios, departamentos de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos espacios que permitan desarrollar en ellos una vida colectiva organizada y una adecuada clasificación de los internos en relación con los fines atribuidos a la pena privativa de libertad (art. 13 LOGP).

El RP hace referencia a:

--Las dependencias de enfermería y sus anexos destinados a la observación psiquiátrica, a la atención de toxicómanos, a enfermos contagiosos y en los establecimientos o departamentos de mujeres la dependencia destinada a internas embarazadas (arts. 37 y 38 RP)

--Locales para visitas familiares (art. 53 RP)

--Dependencias para escuela y biblioteca (art. 55.1 y 57 RP)

3.2.2. Principio de dotación (art. 14 LOGP)

Deben disponer de los medios materiales y personales necesarios que aseguren el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines, lo que implica desde un mobiliario adecuado en cada celda.

3.2.3. Principio de ubicación y capacidad (art. 12.1 y 2 LOGP)

Cada unidad arquitectónica no deberá acoger más de 350 internos por unidad (recordemos que en un centro penitenciario puede haber más de una unidad por lo que cada centro puede tener más de ese número de internos). En concreto, el centro tipo dispone de 1.008 celdas residenciales dotadas de dos camas cada una, además de unas 200 plazas complementarias para los departamentos de ingresos, enfermería, aislamiento.

La ubicación será decidida por la Administración penitenciaria dentro de sus áreas territoriales, pero se procurará que cada una cuente con el número suficiente de centros para evitar el desarraigo de los penados. Sin embargo, no exige un derecho subjetivo del interno a cumplir su condena en un centro determinado.

3.2.4. Principio de habitabilidad (art. 13 LOGP)

Supone el acondicionamiento de todas sus dependencias para servir a los fines asignados y permitir una vida en colectividad ordenada. La especial protección del espacio privativo del interno ha llevado a incluirlo en el art. 14 RP pero separando de manera diferenciada las celdas y los dormitorios colectivos, del resto de las dependencias.

Respecto de las celdas individuales y dormitorios colectivos, al formular el principio de habitabilidad el RP establece que deben contar con el espacio, luz, ventilación natural y mobiliario suficientes para hacerlos habitables, así como de servicios higiénicos. La referencia a su espacio se presupone la indeterminación de las dimensiones que deben acomodarse de manera variable en función de las personas que los ocupan. El espacio privativo estándar europeo mínimo es de 6 m² por interno.

Deberán observarse las exigencias de higiene en todas las dependencias como presupuesto de la propia habitabilidad, y se destaca que debe anteponerse incluso a los criterios de acondicionamiento en especial en las destinadas al alojamiento nocturno. Esto va a suponer una serie de obligaciones para todos, tanto para la Administración como para los internos. Aparte de las lógicas, regladas y estandarizadas (art. 221 RP), se aborda la desinfección de las instalaciones penitenciarias con la periodicidad que determine el servicio sanitario o la prohibición general de animales en las dependencias penitenciarias, que es absoluta en el caso de las celdas.

3.2.5. Principio celular (art. 19 LOGP)

Cada interno debe disponer de una celda individual que debe ocupar durante la noche, salvo que en el caso concreto se considere preferible que la coparta con otros internos. Una celda podrá ser compartida únicamente en el caso de estar adaptada a su uso colectivo y debe ocuparse por internos reconocidos aptos para compartirla. En la medida de lo posible los internos elijan antes de verse obligados a compartir celda.

Excepciones:

- insuficiencia temporal de alojamiento
- indicación médica
- petición de los interesados

3.2.6. Principio de ocupación

La Administración General del Estado (excluida Cataluña que tiene transferidas las competencias) cuenta con 68 centros penitenciarios, 2 hospitales psiquiátricos penitenciarios y 13 centros de inserción social independientes. A su vez cuenta con otras unidades penitenciarias: 19 CIS dependientes; 3 unidades externas de madres y

9 unidades dependientes para albergar una población media de 48.619 internos en el año 2020.

3.2.7. Principio de separación interior. Vid. Apartado 3.5.1.

3.3. Clases de establecimientos penitenciarios (arts. 8, 9, 11 LOGP).

La LOGP divide los establecimientos penitenciarios en tres clases: de preventivos, de cumplimiento y especiales.

3.3.1. Establecimientos penitenciarios para preventivos (art. 8 LOGP). En los establecimientos penitenciarios para preventivos pueden ingresar:

- los detenidos, en virtud de una orden de detención
- los presos preventivos por mandamiento de prisión preventiva y
- los penados en sentencia firme a pena de prisión inferior a seis meses

En estos centros también podrán cumplirse penas privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de 6 meses.

3.3.2. Establecimientos penitenciarios de cumplimiento (art. 9 LOGP). Los establecimientos penitenciarios de cumplimiento están destinados a los penados en sentencia firme.

Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y de régimen abierto. También existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para penados de peligrosidad extrema. Unos y otros se corresponden con dos modalidades de vida. El régimen cerrado se corresponde a los penados clasificados en primer grado por su manifiesta inadaptación a los regímenes comunes, y los departamentos especiales para aquellos que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o la integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas a la institución, tanto dentro como fuera de los establecimientos penitenciarios y en las que se evidencie una peligrosidad extrema. Dentro de los establecimientos abiertos, el RP distingue centros abiertos o de inserción social, secciones abiertas y unidades dependientes.

3.3.3. Establecimientos penitenciarios especiales (art. 11 LOGP). Entre ellos se encuentran:

a) **Los centros penitenciarios hospitalarios.** Desde la publicación de la LOGP hasta la actualidad se ha producido un cambio considerable en la orientación de la prestación sanitaria. La Administración penitenciaria ha reconocido la necesidad de entendimiento para la colaboración con las Administraciones sanitarias competentes basada en la corresponsabilidad y ha renunciado al mantenimiento o a

la creación de hospitales penitenciarios, que suponían un elevado coste y que, en ningún caso, podrían alcanzar los niveles de prestación que pueden alcanzarse en los centros de la red pública sanitaria. Así se ha procedido a financiar la adecuación de dependencias en hospitales de la red pública atendiendo, tanto a los criterios asistenciales como a criterios de seguridad, con el fin de lograr la separación de los reclusos enfermos de los restantes pacientes.

b) **los centros penitenciarios psiquiátricos** (que sólo existen dos en España (Sevilla y Alicante). Están destinados al cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los tribunales correspondientes. El ingreso puede ser acordado tanto: para el estudio previo cuando la enfermedad mental haya podido ser anterior al hecho delictivo; y para el cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas en sentencia.

c) **Centros de rehabilitación social.** La LOGP los crea para la ejecución de medidas de seguridad que se venía haciendo en establecimientos penitenciarios por ausencia de centros especializados. Sin embargo, esto no soluciona los problemas de carencia de personal adecuadamente preparado para el tratamiento de los sometidos a este tipo de medidas de seguridad. En el RP no se prevé la existencia de centros de deshabitación, pero la Administración penitenciaria celebra los convenios necesarios para la ejecución de las medidas de seguridad con otras administraciones públicas o con entidades privadas colaboradoras.

d) **Establecimiento polivalente.** El RP recoge en su articulado otra clase de establecimiento como es el polivalente que cumple con los fines previstos en los arts. 7 a 11 LOGP diseñando un centro tipo que dispone de módulos o unidades con carácter independientes para albergar a todas las clases de internos.

3.4.- Determinación del centro de cumplimiento (art. 12 LOGP)

La determinación del centro de cumplimiento es competencia de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. La determinación debe hacerse intentando evitar en lo posible el desarraigo social del penado, pero también dicha Secretaría General está facultada para decretar los traslados de los presos de un centro penitenciario a otro, alegando motivos de orden y seguridad. Esta facultad de la Administración penitenciaria puede ocasionar traslados arbitrarios, con la finalidad de imponer sanciones encubiertas, sustraer al preso de la competencia de un determinado JVP, o producir un empeoramiento de las condiciones del recluso, en cuyo caso, los JVP se han declarado competentes para controlar, a través de la queja formulada por el recluso, la forma en la que se ha producido el traslado, pudiendo dejarlo sin efecto si ha existido abuso o desviación de poder (art. 76.2.g LOGP y Criterio nº 14 Reunión JVP 1996).

Los centros penitenciarios no deben contar con más de 350 presos, para facilitar las tareas de reeducación y reinserción. Sin embargo, actualmente sobrepasan los 76.000 presos en toda España, siendo un de las ratios más elevadas de la Unión Europea, lo cual ha hecho que tanto por cuestiones económicas, como por razones de rechazo social, se ubiquen a las afueras de la ciudades macrocárceles con capacidad para más de 1500 presos. Tal situación *contra legem* provocó que el art. 12 RPen introdujera el principio de polivalencia de tal manera que un mismo establecimiento puede albergar dentro de sí las diversas clases de establecimientos penitenciarios (preventivos, condenados y especiales) que prevé la LOGP, siempre que se encuentren debidamente separados por medio de departamentos, módulos o unidades. Tal masificación de los centros penitenciarios, el principio de seguridad que prima en ellos y la escasez de profesionales especializados en tareas de tratamiento, entre otras razones, contribuyen a que los principios resocializadores atribuidos constitucionalmente a la pena de prisión sigan siendo una utopía (art. 25.2 CE).

3.5. Ingreso y salida en libertad de un centro penitenciario.

3.5.1. Nacimiento de la relación jurídica penitenciaria. Ingreso en prisión (art. 7 y ss LOGP y arts. 10 y ss RPen)

El nacimiento de la relación de ejecución se produce mediante un pronunciamiento ejecutivo, una vez devenga firme una sentencia dictada por una autoridad judicial que impone una pena privativa de libertad, resolución que alcanza la condición de título ejecutivo. La referencia a la sentencia ejecutoria como único título ejecutivo ha de ser sin embargo matizada. La relación penitenciaria deriva también de otras resoluciones judiciales, concretamente las de carácter interlocutorio en las que se acuerda la prisión preventiva, de acuerdo con las normas contenidas en los arts. 503 y 504 LECrim. Esto da lugar a dos situaciones diversas, para las que la legislación penitenciaria prevé consecuencias diversas, para los presos preventivos y para los penados. La condición de preso se adquiere con la existencia de un auto que acuerda la prisión preventiva, mientras que la condición de penado se alcanza exclusivamente en virtud de una sentencia condenatoria firme. En caso de haberse dictado sentencia, pero no haber alcanzado ésta firmeza, la situación seguirá siendo en su caso, preventiva —específicamente el art. 504 LECrim prevé en tal caso un alargamiento de los plazos máximos de la prisión preventiva—.

Los títulos en virtud de los cuales una persona puede verse privada de libertad son:

—una orden de detención dictada por la policía, el ministerio fiscal o la autoridad judicial (art. 15 RPen).

— El mandamiento de prisión preventiva dictado por la autoridad judicial (art. 503 y ss LECrim).

- La sentencia firme condenatoria emitida por la autoridad judicial, y
- De forma voluntaria (art. 16 RPen)

3.5.2. Traslados entre centros penitenciarios.

3.5.2.1. Traslado de los internos

Se iniciará:

- **con la orden judicial** para que el detenido, preso o penado sea excarcelado del centro donde se encuentra y sea presentado en sede judicial para asistir a juicio oral o para la práctica de otras diligencias judiciales, bien directamente, bien previo ingreso en otro centro penitenciario.

- Cuando es el **centro directivo** el que inicia el proceso ordenando el traslado, será bien para recibir asistencia puntual o duradera en un centro hospitalario o para cumplir un acuerdo de desclasificación y destino a centro de cumplimiento, o para ingreso en otro centro cuando se trata de presos preventivos.

Vinculación con la idea de clasificación y de asignación de centro de destino. La competencia para acordar el traslado de centro penitenciario aparece fuertemente vinculada a la idea de clasificación y de asignación de centro penitenciario de destino, lo que la anuda al concepto de organización de las instituciones penitenciarias (art. 79 LOGP). Así la distribución de la población reclusa constituye un instrumento esencial al servicio de la organización de los servicios de prisiones, sin la cual se hace imposible toda posibilidad de abordar dicha organización, por lo que corresponde en exclusiva a la Administración penitenciaria.

3.5.2.2. Traslados de las pertenencias de los internos

Todo interno que sea trasladado a otro establecimiento penitenciario tendrá derecho a que la Administración penitenciaria realice el traslado de sus pertenencias personales por un peso que no podrá superar los 25 kg (si es por vía aérea son 20 kg), siendo a cargo del interno el traslado de todo aquel material que supera dicho peso. Para los casos excepcionales de internos sin medios económicos, se estudiarán por parte de la junta económico-administrativa las posibles medidas a adoptar, que deberán ser aprobadas por el centro directivo (art. 318 RP).

3.6. Modelo organizativo de los centros penitenciarios.

3.6.1. Separación interior.

Una vez realizado el ingreso en el establecimiento penitenciario, se procede de forma inmediata a una separación interior atendiendo a los siguientes criterios:

- 1.-Sexo (hombres y mujeres) aunque, excepcionalmente por motivos de tratamiento podrían compartir un mismo módulo (art. 168 RPen).

Departamentos mixtos (art. 99.3 RP). Excepcionalmente, hombres y mujeres podrán compartir el mismo departamento previo consentimiento de unos y otras y siempre que reúnan los requisitos regulados en el Capítulo III del Título VII. El sentido de la convivencia en departamentos mixtos es ejecutar programas específicos de tratamiento y evitar la desestructuración familiar, no pudiendo ser destinados a estos departamentos mixtos lo internos condenados por delitos contra la libertad sexual.

Los reclusos transexuales que no tengan reconocido en documento oficial el cambio de sexo, deben ser ingresados en el módulo o departamento que corresponda en función de su identidad sexual aparente, independientemente de su documentación oficial, siempre y cuando no se vea alterado el normal funcionamiento de la cárcel (Dirección General de Instituciones Penitenciarias Instrucción 1/2001). Para afrontar esta situación, se estableció un procedimiento por la Instrucción 7/2006 sobre criterios de acción positiva para estas personas avanzando en su integración social normalizada, dentro y fuera de los establecimientos penitenciarios. Con los respectivos informes de valoración médica y psicológica y el reconocimiento de la identidad psico-social de género, a efectos penitenciarios, las personas transexuales sin identidad oficial de sexo acorde con ésta podrán acceder a módulos y condiciones de internamiento adecuados a su condición.

Como criterio general las personas transexuales cuya identidad oficial de sexo no concuerde con su identidad psico-social de género, podrán solicitar de la Administración penitenciaria, el reconocimiento de ésta a los efectos de separación interna del art. 16 LOGP. No implicará una nueva identidad jurídica, sino que les dría derecho:

- Al internamiento en los centros o módulos correspondientes
- A la práctica de cacheos por métodos electrónicos y, en todo caso, con respeto a la identidad de género reconocida
- Al acceso a las instalaciones penitenciarias de uso colectivo que compatibilice la protección de su derecho a la intimidad y del resto de personas que las utilicen
- Al acceso a los servicios especializados de salud para el proceso de transexualización, en las condiciones establecidas para la ciudadanía por el servicio público de salud correspondiente
- A la recepción del tratamiento endocrinológico prescrito por los servicios de salud bajo supervisión médica periódica
- A la igualdad y no discriminación con el resto de personas encarceladas en el acceso a los servicios penitenciarios, a la formación profesional o al trabajo penitenciario
- A un tratamiento penitenciario adecuado a su historial delictivo y penitenciario, con plena aceptación de su identidad psico-social de género.

2.- Edad (jóvenes y adultos) (art. 173 RPen).

Los **jóvenes** deberán cumplir separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados. A efectos de la LOGP, se entiende por jóvenes a personas que no hayan cumplido los 21 años. Excepcionalmente y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo cumplido los 21 años, no hayan alcanzado los 25 años (art. 9.2 LOGP)

3.- Enfermedad.

4.- Antecedentes delictivos (primarios y reincidentes).

5.- Situación procesal (detenidos, preventivos, penados).

6.- Pertenencia a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (arts. 8.2 LOGP y 99.2 RP). Cumplirán sus condenas con separación del resto de detenidos o presos.

Con relación a los militares, las penas de prisión derivadas de delitos del CP militar se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa. Si se trata de un delito común que lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas o en la Guardia civil se cumplirán en establecimiento penitenciario ordinario, con separación del resto de los penados. Si no conllevara la baja en las Fuerzas armadas se cumplirán en establecimiento penitenciario militar que disponga el Ministerio de Defensa; al igual que la prisión preventiva.

7.- Por último, la legislación penitenciaria hace una mención especial al ingreso de:

. Extranjeros, a quienes se les reconoce el derecho de poner en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión (art. 15.5 RPen)

. Mujeres presas con hijos (art. 17 y 178 RPen), a las que la Administración penitenciaria puede autorizar el ingreso en prisión de los hijos menores de tres años, en unidades de madres, siempre que se acredite la filiación, ostenten la patria potestad, y dando conocimiento al ministerio fiscal. Una vez que superen esta edad, los menores podrían continuar hasta los seis años junto a sus madres, si éstas son progresadas a tercer grado de tratamiento con cumplimiento en una unidad dependiente (art. 168 RPen).

La separación interior de los reclusos responde a cuestiones organizativas y de seguridad dentro de prisión, no debiendo confundirse con la clasificación de los penados, aunque dicha separación sí debería facilitar la posterior clasificación.

3.6.2. Modelo organizativo del propio centro

3.6.2.1. Órganos unipersonales: Director; subdirector de régimen, subdirector de seguridad, subdirector de tratamiento, subdirector médico y

administrador. Aparte de los jefes de servicios que es el encargado de la coordinación de los servicios del área de vigilancia.

3.6.2.2. Órganos colegiados.

- Consejo de dirección
- Comisión disciplinaria
- Junta de tratamiento
- Equipos técnicos
- Junta económico-administrativa

3.6.2.3. Excepciones al modelo organizativo

- Hospitales psiquiátricos penitenciarios
- Centros abiertos o de reinserción social

3.6.2.4. Participación de los internos en la gestión de los centros penitenciarios

- Participación en los establecimientos de régimen abierto
- Participación en los establecimientos de régimen ordinario

3.7. Seguridad de los centros penitenciarios.

3.7.1.- Medidas coercitivas (art. 45 LOGP; art. 72 RPen¹⁰).

¹⁰ Sección 3ª. **Medios coercitivos**

Artículo 72. Medios coercitivos.

1. Son medios coercitivos, a los efectos del artículo 45.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382), el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

2. No podrán ser aplicados los expresados medios coercitivos a las internas mencionadas en el artículo 254.3 del presente Reglamento ni a los enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo 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. Cuando se aplique la medida de aislamiento provisional el interno será visitado diariamente por el Médico.

3. La utilización de los medios coercitivos será previamente autorizada por el Director, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. El Director comunicará inmediatamente al Juez de Vigilancia la adopción y cese de los medios coercitivos, con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento.

4. Los medios materiales coercitivos serán depositados en aquel lugar o lugares que el Director entienda idóneos, y su cuantía y estado se reflejará en libro oficial.

5. 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 (RCL 1979, 2382).

Constituyen medidas coercitivas: el aislamiento provisional, la fuerza física, las defensas de goma, los aerosoles y las esposas y no se permiten las armas de fuego.

Su uso sobre un recluso tiene como finalidad evitar: actos de evasión o violencia, daños a personas o cosas o, la resistencia activa o pasiva a las órdenes de un funcionario.

La utilización de las medidas coercitivas por parte de los funcionarios debe ser previamente autorizada por el director de la cárcel, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuya utilización puede ser autorizada por el jefe de servicios, debiéndose poner inmediatamente en conocimiento del director cuando sea posible.

El Tribunal Constitucional ha establecido como garantías a respetar por la Administración penitenciaria para la aplicación de las medidas coercitivas sobre un recluso, la comunicación inmediata al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, por medio de un detallado y exhaustivo informe que permita valorar al órgano judicial la necesidad de la medida en cuestión (STC 129/1995).

Por regla general, las medidas coercitivas no se aplican sobre mujeres gestantes o con hijos y sobre personas enfermas, salvo que de su actuación se derive un inminente peligro para su integridad física o la de otras personas.

3.7.2. Registros de celdas y cacheos personales (art. 68 RPen).

La Administración penitenciaria tiene la facultad de registrar las celdas y enseres de los reclusos, así como las zonas comunes. El ejercicio de tal facultad por parte de la Administración penitenciaria, conlleva la restricción de derechos fundamentales del preso —por ejemplo, derecho a la intimidad, derecho a la dignidad, etc—, para lo cual el Tribunal Constitucional ha establecido que tal restricción debe realizarse conforme al principio de proporcionalidad, donde se acredite que existe la necesidad, idoneidad y equilibrio entre el fin a alcanzar y el derecho que se limita (STC 89/2006). También tiene la posibilidad de cachear con desnudo integral a un preso, así como a aquellos visitantes que vayan a mantener una comunicación vis a vis con un recluso (art. 45.7 RPen), cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que oculta en su cuerpo un objeto peligroso o alguna sustancia nociva para la salud, o que sea capaz de alterar el buen orden de la prisión (criterio nº 96 de la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1-1-2008; STC 204/2000; 196/2006).

Cacheo con desnudo integral. En cuanto al modo concreto de practicar un cacheo con desnudo integral, la legislación establece que debe ser autorizado por el jefe de servicios, y practicado por personas del mismo sexo, no siendo exigible la autorización judicial, aunque los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en el criterio nº 97 acordado por unanimidad en la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria,

texto actualizado a 1-1-2008, acordaron que se debería instar a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para que desde las prisiones se procediera a dar cuenta a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de los cacheos con desnudo integral practicados a los reclusos, con el objeto de tutelar los derechos fundamentales y realizar el control de la legalidad en la actividad penitenciaria, y de esta manera el Juez de Vigilancia Penitenciaria podría examinar los presupuestos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida acordada, exigidos por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en STC 204/2000 o 196/2006.

Los requisitos que vienen siendo exigidos por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, así como por el propio Tribunal Constitucional para la práctica de un cacheo con desnudo integral, son los siguientes:

—debe realizarse con motivación suficiente y urgente necesidad (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Málaga Autos 4-11-1993; 13-1-1994; 7-2-1994; Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla y León Auto 29-7-1997).

—el motivo del cacheo debe justificarse ante el director, en cada caso, así como su forma de realización (STC 57/1994; 204/2000; 218/2002; Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla-La Mancha Auto 11-3-1997).

—deben existir sospechas fundadas y concretas sin invocación a razones de prevención generales (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada Auto 31-7-1995)

—se practicará cuando no quede otra vía de registro (STC 35/1996; Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz Auto 28-9-1998).

3.8. Medidas de protección personal.

3.8.1. Para los funcionarios

El ámbito de actuación de las instituciones penitenciarias tiene su protocolo de actuación propio frente a la violencia en el trabajo (estando excluido del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, de carácter general para la Administración del Estado). Para la Administración penitenciaria el protocolo para la prevención y actuación ante las agresiones que sufren los empleados públicos penitenciarios en su interacción con los internos en el desempeño de su puesto de trabajo. Sus objetivos principales son:

-prevenir las situaciones potencialmente conflictivas que puedan generar agresiones a los empleados públicos penitenciarios en su relación con la población interna

-establecer medidas y estrategias preventivas, que conlleven pautas de actuación claras y eficaces ante los incidentes violentos y agresiones

-adopción de medidas correctoras que eviten nuevos episodios de violencia y/o minimizar el efecto negativo en aquellos casos en que no se pueda evitar

-velar por la seguridad y salud de los funcionarios públicos penitenciarios

-apoyar a los empleados públicos penitenciarios que hayan sido víctimas de agresiones en el desempeño de su puesto de trabajo

-reforzar el papel de participación de los delegados de prevención en el conocimiento y análisis de las agresiones a los empleados públicos penitenciarios.

3.8.1.1. Medidas de actuación

Pueden ser de carácter preventivo o asegurativo.

Las preventivas consisten en:

- Mejor conocimiento de los internos por parte de los funcionarios
- Información al trabajador sobre el interno

De tipo asegurativo serán:

- De tipo material: El equipamiento de los elementos de protección personal y medios coercitivo contará con los siguientes elementos: protecciones personales, cascos de protección, guantes, escudos de protección, defensas de goma y esposas. También las cámaras de video vigilancia que se asociarán al sistema de videograbación.

- De tipo organizativo: cuando se produzca algún incidente que pueda traer como consecuencia un menoscabo en la integridad física del personal se deberán adoptar las siguientes medidas:

- . puesta en conocimiento inmediato del incidente al jefe de servicios
- . presencia inmediata del jefe de servicios en el lugar de los hechos
- . presencia de un número suficiente de funcionarios
- . provisión de elementos de protección personal y medios coercitivos normativamente
- . adopción de las medidas cautelares urgentes a fin de abordar con garantía suficiente la resolución del incidente, evitando cualquier resultado lesivo a los funcionarios intervinientes.

3.8.1.2. Medidas organizativas

a) En función de las disponibilidades del personal: cada centro deberá tener un número de funcionarios suficiente destinados al departamento de aislamiento o régimen cerrado evitando las rotaciones sistemáticas de servicios

b) Como criterio de una buena práctica de actuación, todos los internos del departamento de aislamiento o régimen cerrado, sean recibidos por los funcionarios que presten servicio en el mismo, a quienes se les habrá informado verbalmente de las circunstancias del incidente y del estado de agresividad del interno, al objeto de poder adoptar las medidas de prevención oportunas en cuanto a medios humanos y elementos de protección personal existentes en el departamento.

c) Los controles y medidas de seguridad se llevarán a cabo en el departamento de régimen cerrado o de aislamiento conforme a las medidas previstas en la normativa vigente, así como la ubicación del interno en la celda asignada

d) El jefe de servicios supervisará el procedimiento de ingreso

e) Se hará especial hincapié en el cumplimiento de las instrucciones y órdenes de servicios dadas para los departamentos de aislamiento y régimen cerrado.

3.8.1.3. Medidas tratamentales

a) **programa de normalización de conducta** establecido en la Circular 15/2011, con el objeto de reducir las conductas antisociales y desarrollar y potenciar las consideraciones prosociales.

b) **protocolo de atención individualizada a los internos** establecido por la Instrucción 16/2011.

c) **programa de intervención con primeros grados** implantado por la Instrucción 16/2011.

d) **programas de intervención en conductas violentas** que se pueden ir implementando progresivamente.

3.8.1.4. Medias de reacción

- **Notificación de la agresión** a la oficina de seguridad o directamente al subdirector de seguridad
- **Recogida de datos**
- **Investigación de la agresión**
- **Identificación de la causa o causas** (también a efectos de poder adoptar medidas preventivas)
- **Proposición de las medidas de protección** adecuadas proporcionadas y factibles.

3.8.1.5. Medias de apoyo

- **Sanitarias**
- **Jurídicas**

3.8.2. Para los internos (art. 75.2 RP)

A solicitud del interno o por propia iniciativa, el director del centro podrá acordar cuando sea preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, informando debidamente al JVP.

- Carácter excepcional y su duración debe ser la imprescindible para salvaguardar los objetivos perseguidos.
- Se contemplará la viabilidad de un traslado del interno a otro centro en el que no se repitan las circunstancias que motivaron la autoprotección.
- Se prestará especial atención a los delitos condenados por delitos contra la libertad sexual.
- Deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la I 5/2012 de prevención de suicidios, sobre el examen de estos internos y recibida petición de un interno de acogimiento a limitaciones regimentales, se procederá a su examen por el médico y psicólogo, quienes emitirán un informe sobre si el interno está sometido a situaciones de riesgo de suicidio.

Suicidios en prisión.

Hasta dónde de nuestras posibilidades y deberes STEDH de 14 de mayo de 2013

El **art. 3.4 LOGP** es taxativo en cuanto a la obligación que establece para la Administración penitenciaria de: «**velar por la vida, la integridad y la salud de los internos**», por lo que la dinámica administrativa pone en marcha todo un elenco de actuaciones obligatorias tendentes a su cumplimiento. En primer lugar, en lo más básico, en aquello relativo a la alimentación de los internos y las condiciones higiénicas y mantenimiento de los centros penitenciarios. Pero más allá de lo anterior, de manera más incidental e indirecta aunque con mayor relevancia por la dificultad que entraña, en la obligatoria evitación de los riesgos provocados directamente por otros agentes e incluso, curiosa y especialmente, por el propio interno. Así, a la Administración penitenciaria se le exige la intervención efectiva y rápida que evite posibles lesiones en caso de enfrentamientos entre internos. Las huelgas de hambre, o la interpretación normativa que se ha hecho de las mismas, a pesar de su voluntariedad, no conllevan el cese de la obligación administrativa que presentamos. Por último, el art. 104 RP, en correspondencia con el art. 92 CP, permite la excarcelación en libertad condicional de los enfermos incurables con padecimientos graves.

A pesar de las particularidades que cada uno de estos casos presentan, donde más se manifiesta esa contradicción entre la voluntad de los internos administrados y el mandato legal, o, al menos, **donde el cumplimiento de ese mandato se hace más complicado, es en lo relativo a la evitación de los suicidios dentro de los establecimientos penitenciarios.** La **Instrucción 14/2005 sobre el Programa de Prevención de Suicidios (PPS)**, articula la actuación administrativa al respecto. Pero llevarla al extremo en sus exigencias, hace que nos planteemos si, en ocasiones, no estamos tratando de evitar lo que individualmente se ha decidido como inevitable.

LÍNEAS BÁSICAS DE LA INSTRUCCIÓN 14/2005

La Instrucción tuvo su origen en un repunte de la mortalidad por autolisis en las prisiones españolas. A pesar de ser uno de los países de Europa con menor tasa de suicidios en prisión, lo cierto es que el aumento que entonces se produjo hizo que saltaran todas las alarmas. En la actualidad, tras unos años con tasas de suicidio bastante bajas, se nota un nuevo ciclo al alza. Hecho que puede venir motivado por la situación general del país de la que las cárceles son mero reflejo, por una mayor relajación en las medidas que la Instrucción prevé, o por ambos aspectos de manera conjunta.

La estrategia de esta norma pivota sobre tres momentos básicos relacionados con el suicidio: la detección del riesgo, el abordaje de la conducta tendencialmente suicida y la gestión del período de transición entre el sometimiento a los controles que se hubieran pautado y la vuelta a la vida normal en prisión. Para la detección, la norma se fija en los parámetros más presentes y repetidos en aquellos casos de suicidio consumado o intento serio de suicidio, siendo lo habitual que la misma nazca de un informe médico o psicológico que da fe del riesgo que el interno presenta. Para lo segundo, se cuenta principalmente con los psicólogos de los equipos técnicos de los centros, que tratan de intervenir e interrumpir la tendencia.

Pero lo que nos interesa en este momento, son esas normas, esas reglas, esas pautas de actuación que determinan un cambio en el día a día de los internos en tanto se considera que se mantiene el riesgo suicida y que tienen como **principal objetivo el que estos estén permanente observados y acompañados. En primer lugar**, la instrucción crea la figura de los internos de apoyo. Se trata de internos «sombra» de aquellos internos en riesgo suicida, que intentan controlar su conducta, acompañando cada uno de sus movimientos, y respecto de los que se impone una exhaustiva preparación, de manera que sean capaces de abordar las situaciones que los internos a quienes acompañan planteen. **En segundo lugar**, la norma evita cambios bruscos en la situación de los internos con la figura del acompañamiento, fase en la que se rebaja la presencia de los internos de apoyo a determinadas horas, las nocturnas habitualmente, al suponer estas el período regimental de mayor riesgo. Como complemento de la I 14/2005, la **Instrucción 3/2010**, trata de minimizar el riesgo que supone el que los internos se queden solos en su celda, requiriendo para ello que conste informe médico y psicólogo autorizándolo. Es decir, respecto de determinados internos, lo que es un derecho, aún de aplicación progresiva, puede no autorizarse por su situación personal concreta en ese momento.

No obstante, vistas las líneas básicas de la norma, hay que tener en cuenta justamente eso, que se trata de las líneas básicas y en un doble sentido. En primer lugar, la norma concede un amplio margen para que cada centro penitenciario tome sus propias decisiones en aquello que no determina. De manera que una decisión autónoma del equipo directivo de un centro puede limitar en mucho la eficacia de la norma. Como ejemplo, hay centros que no cambian la ubicación de los internos dejándolos en PPS o acompañados en sus propios módulos o unidades de cumplimiento, frente a otros que los ubican a todos en la enfermería del establecimiento. Desde el punto de vista psicológico, no hay duda que la primera de las opciones es la más adecuada: agrupar a internos con riesgo suicida en un mismo

departamento, aunque sea el de enfermería en pos de su mejor atención médica, supone un aislamiento mayor de la normalidad de cumplimiento, del día a día ordinario en prisión, además de una contaminación conductual que incide a la baja en la recuperación personal. A su vez, no es raro que se manipule la aplicación del PPS, si el interno simulador pretende salir de su módulo y no quiere solicitar la aplicación de la protección que el art. 75.2 RP le otorga.

En segundo lugar, tampoco sirven los ejes básicos de la instrucción si su aplicación se limita a los internos. Esta norma pretende la implicación efectiva de los funcionarios de tratamiento, pero también y muy especialmente los de vigilancia e incluso de todos los internos. Nada se logra si el ambiente de cumplimiento carece de dinamismo y no ofrece posibilidades y salidas adecuadas al interno en situación de riesgo.

PERFIL TÍPICO

Los **factores y parámetros** que habitualmente se tienen en cuenta por los profesionales penitenciarios son: situación penal-procesal, situación penitenciaria y situación personal; y otras comunes a los casos de suicidio en el general de la población.

Desde el punto de vista penal, destaca la alta presencia de los delitos contra las personas entre la población penitenciaria que comete suicidio: delitos de violencia de género y contra la libertad e indemnidad sexuales, que implican el máximo descrédito social incluso en el entorno familiar más próximo. Además, en muchos casos, suponen un plus de descrédito dentro de la prisión por la valoración que de determinados delitos contra las personas realizan otros internos. A la contra, la situación procesal no parece ser determinante. La presencia de penados y preventivos entre los internos que se suicidan parece ser en este sentido aleatoria. Si bien, el momento en que se produce el cambio de una situación a otra, sí suele ser relevante como punto crítico.

Considerando el perfil penitenciario, la mayor parte de los suicidios tienen lugar en módulos residenciales. Es decir, se cometen por internos que desarrollan una vida regimental ordinaria, no sometidos a aislamiento. Como variables presentes pero no determinantes, destacan la proximidad del ingreso en prisión y la anterior aplicación de PPS, de manera que cuanto mayor es el período de tiempo discurrido desde el último cese en dicha situación menor es la posibilidad de que sea necesaria su nueva aplicación. Desde el punto de vista del perfil personal de los internos que se suicidan, destaca el factor de tener buenas relaciones con la familia de origen y sobre todo, relaciones deterioradas con la familia adquirida.

Pero como decíamos, a los anteriores factores, específicos del ámbito que tratamos, han de añadirse aquellos otros que implican mayor riesgo de suicidio en la generalidad de la sociedad, pues estos también inciden en la probabilidad suicida de los internos. Así, es especialmente importante tener en cuenta la presencia de enfermedades mentales en los internos en centros penitenciarios (trastorno bipolar, trastorno límite de la personalidad, depresión, dependencia del alcohol y de las drogas, esquizofrenia, vida estresante por problemas serios a nivel financiero o en las relaciones interpersonales). Igualmente, más si cabe que lo anterior, por lo

determinante de los mismos, será importante detectar la presencia de sentimientos excesivos de culpa, victimización o soledad, respecto de los que el suicidio puede ser una salida.

Comenzando por los últimos factores antes destacados, los presentes en el común social, si tomamos en cuenta la **presencia de enfermedades mentales**, nos encontraríamos con que todos o prácticamente todos los internos en prisión son posibles suicidas. Véase por ejemplo la alta tasa de diagnóstico de trastorno límite de la personalidad en prisión. Factor por tanto que no sirve a los efectos preventivos del suicidio que la instrucción pretende por la nula efectividad que conlleva, pues en caso de considerarlo como factor de riesgo válido, deberíamos colocar a los internos ya no por parejas de interno en riesgo e interno de apoyo, sino por tríos, de manera que todos fueran internos sombra de todos.

Fijarnos en esos sentimientos de culpa, victimización y soledad, respecto de los que el suicidio representa una salida, una solución es más interesante. El mundo penitenciario es un mundo marginal, estigmatizado para amplias capas de la sociedad, lo que provoca que cualquier miembro de estas capas prejuiciosas, en caso de ingresar en un centro penitenciario, sientan no sólo miedo sino vergüenza, apuro y culpa por las consecuencias que el conocimiento de dicha estancia tenga para uno mismo o para los seres queridos. Ahora bien, la vergüenza se nos presenta en distintos estratos. No es lo mismo haber cometido un alzamiento de bienes con cuyos beneficios nuestra familia viva cómodamente en libertad, que ingresar presos por un robo que no necesitábamos cometer. No es lo mismo la agresión a un miembro ajeno a nuestra familia, que aquellos en los que el sujeto de dicha agresión ha sido algún miembro de nuestra propia familia, incluso de nuestra familia nuclear (esposa, hijos, padres, hermanos en caso de soltería). Avanzando en los sentimientos posiblemente presentes en los internos, si nos sentimos como víctimas del sistema social y penal, nos sentimos utilizados, desvalidos, maltratados, pues las consecuencias que sufrimos no tienen nada que ver, bajo nuestro punto de vista, con las causas que nos atribuyen y que las provocan. Por último, la soledad no es más que consecuencia de lo anterior.

Teniendo en cuenta la prevalencia de estos sentimientos en el mundo penitenciario, deberíamos estar atentos a estos datos y no tanto a otros, que además cuadran con los del perfil prevalente en caso de suicidio. Por todo ello, deberíamos tener especialmente en cuenta los delitos por los que ingresan. No es lo mismo un individuo que ha agredido a un policía en un control de alcoholemia que quien ha agredido a su esposa. Y ello no porque ambas situaciones no sean estresantes, sino por las consecuencias personales que para el interno se derivan de uno y otro delito. Respecto del primero, pasado el primer contacto con la prisión y perdido ese miedo a lo desconocido no suele haber problema en cesarlo en PPS, mientras que para el segundo habrá que prestar mayor atención, una mayor observación será necesaria. Pero de nuevo, la generalización ha de ser relativizada. Incluso en estos casos de riesgo aparente tan alto, habrá que discriminar cual es la escala de valores del interno, pues incluso nos podemos encontrar con que estamos incluyendo en el PPS a quien entiende que no es justo ingresar en prisión por el delito que ha cometido. La intervención con él habrá de ser necesariamente otra, teniendo sentido la aplicación

de PPS únicamente en la misma medida que el primero. Por último, muy importante, y de nuevo coincidente tanto con la presencia de esos sentimientos de riesgo, como con los factores penitenciarios más presentes entre los suicidas, será necesario atender al grado y calidad de los contactos con el exterior. Esto es, si su familia viene a verlo, si tiene números de teléfono autorizados, si recibe dinero y correspondencia, si echa de menos la presencia de algún amigo o familiar.

En definitiva, los factores que vimos antes, inciden y están presentes en los casos de suicidio, pero sin embargo, si no son puestos en un contexto concreto, si no vamos más allá de los mismos, relacionándolos con otros, seguro se nos pasarán por alto aspectos muy relevantes. Ejemplo de ello, suele considerarse que en los reincidentes el riesgo de suicidio es más bajo. Sin embargo, por supuesto que la primera entrada en prisión es traumática, pero no más que la vigésima, cuando el interno ha tomado conciencia de su impotencia para salir del círculo vicioso en que se ha metido, lo que le provoca no poca vergüenza y desesperación. Con lo que habrá de tenerse en cuenta su estado general, esos sentimientos antes relacionados, que pueden haberse modificado entre uno y otro ingreso y pueden ser del todo determinantes.

Por tanto, no nos sirve tanto contar con una lista de factores de riesgo que aplicar a modo de test psicológico, como conocer y saber de la situación real de cada interno. Ello porque es perfectamente posible que en ausencia de esos factores más típicos, o en concurrencia de estos pero estando controlados, un interno cometa suicidio por un motivo que se nos ha escapado, que no hemos detectado. Ejemplo de ello, comunicaciones que hayan mantenido en las que se les haya transmitido una mala noticia, o hechos que les resulten estresantes y que hayan modificado su conducta, como puede ser el haber dado publicidad al delito cometido.

Y de ahí volvemos de nuevo a la instrucción y la implicación de todos los profesionales en su aplicación. Los funcionarios de vigilancia, los profesionales de los equipos y determinados internos debieran de estar especialmente atentos a los cambios conductuales que los internos muestren: pérdida de concentración o dificultad para pensar, regalo de pertenencias, comentarios sobre dejar las cosas en orden, mostrar excesiva calma después de un período de ansiedad, desinterés por aquello con lo que antes disfrutaba, comportamientos autodestructivos, alejamiento de los amigos, comentarios sobre suicidio o muerte con frecuencia, picos de culpa o desesperación, cambio de los hábitos alimentarios o de sueño, acumulación de pastillas. Además de todo esto, deberían ser informados de a quién deben acudir en caso de recaída, de pensamientos intrusivos, de bajones emocionales, de temporadas sin contacto por vacaciones de los familiares, etc. Por último, es fundamental escucharles y mostrar interés. Simplemente hablar con alguien a quien le importe y que no haga juicios es suficiente para reducir el riesgo de suicidio.

EL SUICIDIO ASISTIDO EN EL TEDH: GROSS VS. SUIZA

Si con estas premisas cumplimos con el mandato legal, no podemos menos que cuestionarnos si esta insistencia administrativa por evitar la muerte, no olvidemos, voluntaria, tiene sentido o, más bien, si debiera encontrar algún tipo de límite en el propio ejercicio de autonomía de quien se suicida. Y es que lo expuesto

hasta el momento queda altamente cuestionado en la **STEDH, de 14 de mayo de 2013, Gross vs. Suiza**. Veamos el supuesto de hecho para valorar después su aplicación a nuestro concreto ámbito nacional y al análisis que realizamos.

La señora Gross, sin padecer enfermedad concreta que fuera más allá de los achaques propios de una persona de 82 años, solicitó a diferentes médicos de su país que le suministrasen pentobarbital sódico con la finalidad de acabar con su vida. Tras varios intentos, dio finalmente con un médico que accedió a su petición siempre que le asegurasen que su conducta no iba a ser sancionada. Todo ello teniendo en cuenta que el suicidio asistido es legal en Suiza previa constatación de que la voluntad del afectado se ha expresado libremente. Los problemas que la petición presentaba eran dos, aunque derivado el uno del otro. El primero, que la regulación suiza sobre el suicidio asistido no revista carácter de ley y es bastante abierta. El segundo, que los casos acaecidos hasta el momento en Suiza siempre se habían referido a enfermos y la señora Gross no entraba en esa categoría. Resultado de todo ello, las Autoridades competentes en Suiza denegaron su petición.

Por su parte, el TEDH, al respecto y para el mismo país, o, lo que es lo mismo a efectos de la jurisdicción que ahora abordamos, para el mismo ordenamiento jurídico, ya se había manifestado en sentencia de 20 de enero de 2011, *Hass v. Suiza*¹¹. En aquella ocasión se había posicionado a favor del derecho a la vida y su relevancia, reconocido en el art. 2 del Convenio. Para el concreto problema que entonces se planteaba, el tribunal validó el requisito de exigir un informe psiquiátrico previo, a fin de corroborar la voluntariedad de la asistencia para la muerte.

Sin embargo, en la sentencia que analizamos, el TEDH, dando un cierto giro a su doctrina previa, va más allá y determina que no es necesaria la presencia de enfermedad alguna para la conformidad de esa asistencia. En concreto y bajo el amparo del art. 8 del convenio que protege la vida privada, refiere que: «sin negar el principio de santidad de la vida protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el tribunal ha considerado que en una era de continuos avances médicos y de mayor expectativa de vida, muchas personas consideran que no se les debe forzar a prolongar la vejez o a vivir en estados de decrepitud física o mental avanzada, que entran en conflicto con las nociones dominantes de la autonomía y la identidad personal».

En definitiva, lo que hace el Tribunal es **situar la autonomía personal por encima de la obligación estatal de proteger la vida de sus ciudadanos**, matizando su anterior resolución de forma muy importante. Pues, si bien es necesario proteger el derecho a la vida comprobando que la voluntad de las personas se manifiesta de manera libre, no es necesario que esa persona entre dentro de la categoría de enfermo terminal, sino que se encuentre en una situación de pérdida de facultades que le hagan considerar, libremente de nuevo, que su vida no es ya una vida valiosa. En consecuencia, dado que el TEDH no puede legislar, pero siendo lícito el suicidio asistido en Suiza, el TEDH conmina a este país a que determine con mayor precisión y claridad los supuestos de hecho que considera legales al respecto. Los mismos no se encuentran regulados y quedan al albur de una decisión administrativa que le

¹¹ STEDH de 20 de enero de 2011, rec. 31322/2007.

resulta al Tribunal de una discrecionalidad muy amplia, teniendo en cuenta que lo que con ello se compromete es el derecho que el art. 8 del convenio ampara.

La sentencia da un gran paso a favor de la importancia de la autonomía personal. Ahora tenemos que analizar la aplicación de estas situaciones a nuestra realidad normativa.

Tema 4. Convivencia en el medio penitenciario¹².

El conflicto es una realidad que se encuentra presente en nuestras relaciones interpersonales. En todos aquellos lugares donde conviven personas existen conflictos que pueden generar violencia, enfrentamientos y respuestas institucionales represivas; ante su presencia, las personas e instituciones desarrollan diversos modos de resolución: evitación, denuncia, opciones vindicativas, arbitraje, conciliación o mediación, etc. Unas de esas instituciones donde el conflicto puede estar más latente es el medio penitenciario, donde la restricción de la libertad, la reclusión en un espacio limitado y, por ende, la pérdida de intimidad puede generar un «mundo hostil» donde las respuestas violentas a los conflictos se hacen latentes.

Y es que la convivencia en los Centros penitenciarios suele estar marcada por la concurrencia de una inevitable violencia institucional e interpersonal, tanto entre internos, como de éstos con quienes les custodian. Las reyertas y las agresiones entre internos y de éstos a los funcionarios y viceversa, en ese espacio vital tan reducido que es la cárcel, da buena muestra de ello. Es evidente, que la convivencia pacífica en un medio tan impermeable como la prisión no resulta fácil; si en cualquier organización el conflicto es algo normal, en la cárcel se multiplica por diez, pues cualquier situación banal puede generar un altercado, dado que la estancia en prisión genera una gran tensión y desasosiego, haciendo que pueda perderse el autocontrol con relativa facilidad.

A ello hay que añadir los conflictos derivados de las normas y valores de la denominada subcultura carcelaria. Esta subcultura carcelaria hace que aparezca la violencia ejercida contra personas que han cometido determinados delitos, como es el caso de los violadores, contra quienes han denunciado a la autoridad determinadas conductas –los denominados «chivatos»–, los conflictos que se derivan de las adicciones que surgen de los consumos de determinadas sustancias prohibidas, los conflictos que surgen de robos entre reclusos, deudas no satisfechas, los derivados de interpretaciones sesgadas de la realidad generadas por la hiper-sugestibilidad que genera el internamiento forzoso –una mirada que se interpreta amenazante, un gesto de desconsideración–, los conflictos que se derivan de las situaciones de poder que llevan a unos presos a enfrentarse con otros por controlar el negocio de la droga dentro de la cárcel, etc.

La resolución de estos conflictos en el medio penitenciario se suele relacionar con la utilización de la violencia; en último extremo, cuando son detectadas, encuentran casi como única respuesta institucional la aplicación del régimen disciplinario a través de un sistema reglado de iniciación de un expediente

¹² Basado en el artículo “Conflictos y mediación en las cárceles españolas”. Por [Antonio M. Lozano Martín](#), [Javier Nistal Burón](#) y [Francisco Jiménez Bautista](#) en [Revista de Mediación Volumen 13 Nº 1](#)

disciplinario, instrucción y, finalmente, de sanción. Esta forma de afrontar los problemas es necesaria, pero genera consecuencias, con cierta frecuencia, nada favorables para una resolución eficaz del conflicto: privación o limitación de derechos, aislamiento, regresiones a primer grado, traslados de centro penitenciario, restricción o suspensión de los permisos de salida y/o del acceso al régimen abierto.

Se tratan de soluciones impuestas desde la institución que neutralizan temporalmente el conflicto, pero que no resuelven las causas que dieron lugar al mismo, por lo que éste, puede reaparecer en cualquier momento, incluso de una forma más intensa: incremento del miedo, de la violencia, de la rabia por las posibles «ganancias» del otro, la consiguiente tensión por la posible pérdida de beneficios penitenciarios etc. Esta violencia, en último extremo, puede, eventualmente, descargarse contra otro interno, contra la institución o contra los funcionarios que trabajen en ella. En concreto, la violencia contra los funcionarios ha motivado la necesidad de implementar en los Centros penitenciarios el denominado «Protocolo específico de actuación frente a las agresiones en los centros penitenciarios y centros de inserción social dependientes de la Secretaría general de Instituciones penitenciarias», actualmente, en fase de implementación. El propósito del citado Protocolo es mejorar la actividad penitenciaria para cumplir con el deber de protección de la integridad física de sus empleados públicos, desarrollando mecanismos de actuación preventiva frente a las conductas violentas de los internos.

Para ello, y sin minusvalorar la importancia de los mecanismos institucionales existentes en el medio penitenciario que tienden a conseguir el orden, la convivencia ordenada y la protección de la vida e integridad física de las personas, se hace necesario explorar otros métodos de resolución de conflictos que complementen a los ya existentes. Entre los posibles, existe uno que está adquiriendo en todos los ámbitos sociales especial protagonismo: se trata de la mediación entre las personas enfrentadas por motivos diversos>.

La mediación, como método de resolución de conflictos entre reclusos, se adopta en el medio penitenciario, por primera vez, en el año 2005, cuando se pusieron en marcha las experiencias en los centros penitenciarios de Madrid III (Valdemoro), Alhaurín de la Torre (Málaga), Nanclares (Vitoria) y Zuera (Zaragoza), desarrolladas por asociaciones de voluntarios especializadas en mediación para valorar las posibilidades de incorporación de este sistema de gestión de conflictos al ámbito penitenciario. La experiencia ha demostrado tanto la viabilidad, como las consecuencias positivas que generan en las personas que se encuentran inmersas en conflictos interpersonales, incompatibilidades y procedimientos disciplinarios, así como en la convivencia pacífica y ordenada en los centros penitenciarios.

4.1. Conflictos interpersonales.

El contexto social en el que se enmarcan las relaciones humanas siempre dificulta la adopción de soluciones pacíficas a los conflictos violentos.

Los conflictos, en general, pueden estar causados por problemas de comunicación entre las partes en conflicto y por la existencia de percepciones sesgadas o erróneas que acompañan al contexto en el que se produce el conflicto, es decir, la forma en que las partes entienden el conflicto. En este sentido el conflicto se interpretaría como una situación en que unos actores, o bien persiguen metas diferentes, defienden valores contradictorios, tienen intereses opuestos o distintos, o bien persiguen simultáneamente o competitivamente la misma meta, así pues, partiríamos de valores, intereses y metas diferentes cuando no opuestas, que impedirían satisfacer nuestras propias necesidades.

El conflicto se mantiene siempre que una parte sienta que pierde algo (amenaza) en beneficio exclusivo de otro al que no otorga legitimidad y, además, se intensifica como consecuencia de una activación emocional caracterizada por la hostilidad y la defensa a ultranza de su posición. Esta situación dificulta un tratamiento racional del conflicto en el que el pensamiento refuerza las posiciones propias frente a las de la otra parte. Aparecen sentimientos de inseguridad, confusión, incertidumbre, necesidad de defenderse, imposibilidad de empatizar, sobrevaloración personal negando la validez del otro, autojustificación de los errores propios

En concreto, el conflicto en el medio penitenciario, teniendo en cuenta que día a día dentro de una prisión tiene unas características peculiares que influyen negativamente en la interrelación personal, en primer lugar, una convivencia obligada en un lugar cerrado y dentro de un espacio reducido, lo que conlleva la pérdida de libertad para ubicarse en un lugar que se considere seguro o para buscar personas de referencia que aporten seguridad. Las partes enfrentadas permanecerán conviviendo, en general, en el mismo espacio. Aún en el caso de que una de las partes solicite el aislamiento como autoprotección, o la Administración penitenciaria aisle o traslade a una de ellas, las posibilidades de que vuelvan a encontrarse en ese mismo espacio o en otra cárcel, son muy elevadas. También, existe la posibilidad de venganza a través de una tercera persona, que puede actuar por lealtad o por dinero. Por tanto, como en el medio penitenciario, el contexto físico y relacional en el que se genera el conflicto no sufre alteración, y las partes continúan expuestas a la repetición reiterada de actos violentos que son consecuencias de la dinámica acción-reacción, el conflicto tiene difícil solución por vías pacíficas y dialogadas. De este hecho se deduce claramente que cada conflicto viene precedido de otros previos sobre los que necesariamente se tiene que trabajar para que cada parte obtenga la satisfacción de su interés.

También, el conflicto en el medio penitenciario tiene como característica la desconfianza generalizada al poner en conocimiento de la Administración penitenciaria la existencia de hechos que generan conflictos interpersonales. No podemos pasar por alto que, en la cárcel, una de las actitudes más rechazadas es la delación –los chivatos–, por ello los presos suelen resolver sus diferencias de forma

personal y clandestina –en lugares ocultos–, es habitual que cuando un conflicto aparece suele encubrir situaciones conflictivas previas no resueltas.

4.2. Régimen disciplinario penitenciario

El régimen disciplinario en prisión representa una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración penitenciaria y se configura por el conjunto de normas que prohíben determinadas conductas a los reclusos con las consiguientes sanciones (arts. 41-44 LOGP; arts. 231 y ss RPen).

Su principal finalidad es garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada en los establecimientos penitenciarios, para que éstos puedan llevar a cabo sus fines, de manera que se estimule el sentido de responsabilidad y autocontrol de los presos.

Su ámbito de aplicación se extiende a todos los reclusos, ya sean preventivos o penados, tanto en los centros penitenciarios como durante las conducciones, traslados o salidas autorizadas que realicen. Únicamente quedan exceptuados de la aplicación del régimen disciplinario los presos internados en establecimientos psiquiátricos, cuyo régimen disciplinario queda a decisión del equipo médico del referido establecimiento.

4.2.1.- Faltas disciplinarias (art. 42 LOGP, arts. 108 a 110 RD 1201/1981).

Las faltas disciplinarias se gradúan en: muy graves, graves y leves.

Se realiza una remisión en blanco a favor del RPen para su tipificación, siguiendo vigente en esta materia el RD 1201/1981. Tal emisión en blanco ha planteado algunos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración del principio de legalidad, que ha resuelto que al encontrarnos en una relación de especial sujeción, el principio de legalidad pierde parte de su fundamentación material (STC 2/1987; 190/1987; 192/1987).

Artículo 108. Son faltas muy graves:

a) Instigar o participar en motines, plantes o desórdenes colectivos, así como las conductas individuales que atenten gravemente contra la seguridad, régimen y convivencia del Centro Penitenciario.

b) Agredir, amenazar o insultar a los funcionarios, autoridades u otras personas, tanto dentro del establecimiento como fuera del mismo si el recluso hubiese salido con causa justificada durante su internamiento.

c) Desobedecer las órdenes recibidas o resistirse a su cumplimiento en manifiesta actitud de rebeldía o insubordinación.

d) Agredir o hacer objeto de violencia o coacción grave a otros reclusos.

e) Intentar, facilitar o consumir la evasión.

f) Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del establecimiento o las pertenencias de otras personas, así como su sustracción.

g) La divulgación de datos o noticias susceptibles de menoscabar gravemente la seguridad o la buena marcha regimental del establecimiento.

h) Emitir protestas o formular reclamaciones o quejas colectivas como medio de coacción.

i) Realizar actos gravemente contrarios a la moral, a las buenas costumbres o la decencia pública.

j) Cualquier acción u omisión que, dada su naturaleza, pudiera ser constitutiva de delito y motive la pertinente denuncia a la autoridad judicial.

Artículo 109. Son faltas graves:

a) La falta de respeto o consideración a los funcionarios, autoridades u otras personas, tanto dentro del establecimiento como fuera del mismo si el recluso hubiere salido con causa justificada durante su internamiento.

b) Desobedecer las órdenes recibidas o resistirse a cumplirlas activa o pasivamente cuando no se den las circunstancias previstas en el apartado c) del artículo anterior.

c) Promover o protagonizar altercados o incidentes que alteren el normal desenvolvimiento de la vida regimental y ordenada convivencia del Centro.

d) Insultar a otros reclusos o maltratarlos de obra levemente.

e) Causar intencionadamente daños o deterioros en las dependencias o enseres del establecimiento en el equipo o útiles proporcionados al recluso para su servicio personal, o en las pertenencias de otras personas.

f) Introducir, hacer salir o poseer en el establecimiento objetos que se hallaren prohibidos por las normas de régimen interior, o hacer uso abusivo y perjudicial de los autorizados.

g) Formular protestas o reclamaciones a título particular, sin hacer uso de los cauces establecidos reglamentariamente, cuando puedan determinar alteraciones graves en la vida del establecimiento.

h) Organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar que no se hallaren permitidos en el establecimiento, así como efectuar compras, ventas, cambios o préstamos con otros internos sin la pertinente autorización.

i) La embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas que cause perturbación, o por aquéllas que se hayan conseguido o elaborado de forma clandestina, así como el uso de drogas o estupefacientes, salvo prescripción facultativa.

j) Cualquier otra acción u omisión que implique el voluntario incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno y que objetivamente revista gravedad análoga a las anteriores.

k) La comisión de tres o más faltas leves no invalidadas.

Artículo 110. Son **faltas leves** las infracciones de normas regimentales cometidas por negligencia o descuido que carezcan de trascendencia.

4.2.2.- Sanciones (art. 42 LOGP; art. 233 RPen).

Según el tipo de falta cometida, se prevén, alternativamente las sanciones siguientes:

—Faltas muy graves: aislamiento en celda de 6 a 14 días o hasta 7 fines de semana.

—Faltas graves:

—aislamiento en celda hasta 5 días

—privación de permisos de salida hasta 2 meses

—Limitación de las comunicaciones orales al tiempo mínimo reglamentario durante 1 mes.

—privación de paseos y actos recreativos comunes de 3 días hasta 1 mes.

—Faltas leves: Privación de paseos y actos recreativos comunes hasta 3 días o Amonestación.

4.2.3.- Determinación (art. 42.3 a 6 LOGP; arts. 234 y ss RPen).

La determinación de las sanciones se efectúa conforme a los siguientes **parámetros**: graduación; repetición de infracción; concurso de infracciones e infracción continuada.

a) Para realizar la graduación, entre el mínimo y el máximo de duración establecido para cada sanción, en cada caso concreto ha de tenerse en cuenta (art. 234 RPen):

.- La naturaleza de la infracción

.- La gravedad de los daños y perjuicios ocasionados

.- El grado de ejecución y participación

.- Otras circunstancias concurrentes

b) Se aprecia repetición de la infracción, cuando un recluso ha sido sancionado dos veces por la comisión de dos faltas muy graves o graves y aun no han sido

canceladas, en cuyo caso la siguiente sanción se puede ver incrementada en la mitad de su máximo (art. 42.3 LOGP; art. 235 RPen) (lo que sería la pena superior en grado). Así, por ejemplo, si un preso ha sido sancionado por la comisión de una falta muy grave y otra grave, cuyas respectivas sanciones ya han sido cumplidas, pero no canceladas, y vuelve a cometer otra falta muy grave, la sanción que se le imponga por la comisión de la nueva falta disciplinaria, en este caso muy grave, se puede ver incrementada hasta los 21 días de aislamiento en celda.

c) En el supuesto de concurso de infracciones, la regla general es el cumplimiento simultáneo de todas las sanciones, pero, si éstas son de la misma naturaleza, han de cumplirse de forma sucesiva de mayor a menor gravedad, estableciéndose como límite el triple de la sanción más grave, y 42 días consecutivos para la sanción de aislamiento en celda (art. 42.5 LOGP; art. 236 RPen). En los supuestos de cumplimiento sucesivo de sanciones de aislamiento en celda, que en su conjunto superen los 14 días aunque individualmente sean de duración inferior, para dar inicio a su ejecución deben ser previamente aprobadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (art. 76.2.d LOGP; art. 236.3 RPen; criterio nº 6 Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado de 1-1-2008).

d) En los casos de infracción continuada, cuando una pluralidad de acciones u omisiones infringen el mismo o semejante precepto en ejecución de un plan preconcebido, se sanciona la infracción más grave en su límite máximo (art. 237 RPen).

4.2.4.- Procedimiento sancionador penitenciario (arts. 240 y ss RPen).

Se prevén dos tipos de procedimientos sancionadores: **Ordinario** (para faltas muy graves y graves) y **Abreviado** (para faltas leves, art. 251 RPen, en el que los plazos se acortan con relación al ordinario).

— Procedimiento Ordinario

Iniciación. La iniciación del procedimiento puede ser:

- de oficio por parte del director de la cárcel
- a instancia de otro órgano administrativo
- por denuncia escrita realizada por una persona debidamente identificada.

En cualquier caso, el director puede acordar la apertura de una **información previa**, a la luz de la cual decidir si se inicia el procedimiento sancionador o no. Si la denuncia ha sido interpuesta por un preso, el director siempre debe acordar la realización de esta información previa.

Durante la tramitación del expediente sancionador, el director, de oficio o a propuesta del instructor, puede adoptar las medidas cautelares que estime

oportunas, poniéndolo en conocimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en su caso. Si la naturaleza de la medida adoptada coincide con la sanción a imponer, se debe abonar a ésta el tiempo transcurrido de la medida cautelar.

Tramitación. Una vez iniciado el procedimiento, el director nombra un instructor, elegido entre los funcionarios del centro penitenciario, que no haya tenido ningún tipo de implicación en los hechos que se investigan, y tampoco haya realizado la investigación previa para el supuesto de haberse realizado.

El instructor debe realizar un pliego de cargos en el que debe constar (art. 242 RPen):

- . identificación de la persona imputada
- . forma de iniciación del procedimiento
- . identificación del instructor
- . órgano competente para la resolución
- . relación circunstanciada de los hechos imputados
- . calificación jurídica
- . medidas cautelares adoptadas
- . indicación del plazo de tres días hábiles con el que cuenta el recluso para elaborar el pliego de descargo.
- . indicación de que el preso puede ser asesorado durante la tramitación del proceso, por otro preso, un funcionario o un abogado.

Durante la tramitación de este tipo de procedimientos no está reconocido el derecho pleno de asistencia jurídica gratuita (STC 74/1985; 2/1987; 161/1993; 229/1993; 192/1996; 9/1997). Pero sí cabe el derecho a ser asistido, para la redacción del pliego de descargo, por un abogado particular, un funcionario o interno como intérprete para el caso de presos extranjeros que desconozcan el castellano.

Dentro de los 10 días siguientes a la presentación del pliego de descargos realizado por el preso, o la realización formal de alegaciones, o habiendo transcurrido el plazo indicado sin haber realizado el pliego de descargo, el instructor puede practicar las pruebas que estime convenientes (art. 244 RPen), pudiendo rechazar en acuerdo motivado las pruebas propuestas por el recluso, siempre que éstas no alteren el resultado final del procedimiento o su práctica resulte imposible.

El Tribunal Constitucional ha mantenido la tesis de que la denegación de pruebas por parte del instructor basada en la sola motivación genérica de que la práctica de dichas pruebas “no alteren el resultado final del procedimiento”, resulta una fundamentación arbitraria e irrazonable, en primer lugar porque carece de una

mínima valoración acerca de la procedencia de la prueba solicitada, y en segundo lugar porque responde al erróneo principio de que el cargo determinado por el funcionario tiene una presunción *iuris et de iure* (STC 9/2004; 316/2006).

Finaliza la práctica de pruebas admitidas por el instructor, y una vez instruido el procedimiento, antes de realizar por parte de instructor la propuesta de resolución, ha de ponerse en conocimiento del recluso imputado para que en el plazo de 10 días alegue o presente la documentación que estime conveniente. Si pasado dicho plazo, el preso ha manifestado su intención de no realizar más alegaciones o no presentar más documentos, se tiene por realizado el trámite de audiencia ante la comisión disciplinaria.

Concluida la tramitación del expediente, el instructor formula una propuesta de resolución que se eleva junto con el expediente a la comisión disciplinaria, para que ésta acuerde lo que proceda (art. 245 RPen). La referida propuesta se notifica al recluso con indicación del derecho que le asiste a alegar verbalmente ante la comisión en su primera sesión. Una vez reunida la comisión disciplinaria para resolver el expediente disciplinario, debe escuchar las alegaciones verbales del preso en caso de haber sido formuladas, y después declarar o no la existencia de infracción o de responsabilidad o de sanción correspondiente.

Se ha cuestionado si, en el supuesto de que el preso esté asistido por letrado, éste puede estar presente en la audiencia ante la comisión disciplinarias. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en sentido negativo, alegando principalmente que el derecho a un proceso público (art. 24.2 CE), no es aplicable en su integridad a los procedimientos disciplinarios penitenciarios, justificado por las excepciones que tal publicidad puede sufrir en base al art. 6.1 del Convenio de Roma (STC 74/1985; 2/1987; 190/1987; 229/1993). Por su parte, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sí recomiendan la presencia de los letrados en defensa de los derechos de los internos ante la comisión disciplinaria (Criterio nº 109 de la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciario, texto actualizado de 1-1-2008).

Resolución (art. 246 RPen). La Comisión disciplinaria cuenta con un plazo máximo de 3 meses para dictar el acuerdo sancionador o resolución, entendiéndose caducado el procedimiento pasado dicho plazo o 30 días para el procedimiento abreviado, siempre que la demora no sea imputable al interesado.

En el acuerdo sancionador (art. 247 RPen) se debe hacer constar, además de los hechos constitutivos de la infracción disciplinaria y la sanción correspondiente, el derecho que asiste al recluso de recurrir tal resolución sancionadora ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en su caso, bien de manera verbal o por escrito, dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación (art. 76.2.e LOGP; arts 248 y 249 RPen; criterio 150 de la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1-1-2008).

Para la interposición del mencionado recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en su caso, tampoco está garantizada la asistencia jurídica gratuita, sólo prevista para los supuestos recurribles en apelación, por ser preceptiva la intervención de letrado para formalizar el referido recurso de apelación, de quien conoce en este caso, la Audiencia Provincial (disposición adicional 5ª LOPJ, criterio nº 155 de la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1-1-2008; STC 169/1996; AP Madrid Auto 22 de septiembre de 2004). Sin embargo, algunos autores, así como los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en el criterio nº 152 aprobado por unanimidad en la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1-1-2008, entiende que la nueva redacción dada a la LOPJ, disposición adicional 5ª, permitiría también la asignación de un abogado de oficio para los recursos y quejas dirigidos al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en su caso.

— Procedimiento Abreviado (art. 251 RPen)

El art. 251 RPen establece que cuando el Director considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como falta leve, se tramitará el procedimiento abreviado, que deberá resolverse en el plazo máximo de un mes desde que se inició, con arreglo a las siguientes normas:

a--El parte del funcionario, que operará como pliego de cargos, se comunicará al Jefe de Servicios y, simultáneamente, se notificará al presunto infractor.

b--En el plazo de 10 días, a partir de la comunicación y notificación del pliego de cargos, el Jefe de Servicios y el interno expedientado efectuarán, respectivamente, la aportación de cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, la proposición y práctica de la prueba.

c--Transcurrido dicho plazo, el Director dictará resolución, con el contenido expresado en el art. 247, imponiendo en su caso, la sanción que proceda.

Cuando el Jefe de Servicios aprecie que los hechos pueden ser constitutivos de infracción grave o muy grave, acordará que el expediente continúe tramitándose por el procedimiento general, promoviendo el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242 a 245 RPen.

Este Acuerdo se notificará a los interesados para que, en el plazo de cinco días hábiles, aleguen y propongan pruebas adicionales si lo estiman conveniente.

4.2.5. Ejecución y cumplimiento de las sanciones penitenciarias (art. 44.3 LOGP; art. 252 y s RPen).

Por regla general, no se puede ejecutar el acuerdo sancionador hasta que se haya resuelto el recurso interpuesto ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, o para el supuesto de no haber interpuesto recurso, hasta que haya transcurrido el plazo de interposición.

Sin embargo, existe una excepción determinada por los denominados actos de indisciplina grave en cuyo caso, si la comisión disciplinaria considera que no se puede demorar la ejecución de la sanción, ésta se puede cumplir aunque no se haya resuelto todavía el recurso interpuesto ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (art. 44.3 LOGP; arts 252 y 253 RPen), pero siempre se ha de respetar la garantía de recabar previamente la autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria si la sanción a cumplir supera los 14 días de aislamiento en celda, bien de manera individual o bien de manera conjunta (art. 76.2.d LOGP; art. 236.3 RPen; criterio nº 6 de la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado 1-1-2008).

Se consideran actos de indisciplina grave, las faltas muy graves tipificadas en los seis primeros apartados del art. 108.a) a f) RD 1201/1981. Así por ejemplo, un recluso que haya sido sancionado por dos faltas muy graves (art. 108.d y e RD 1201/1981), imponiéndosele dos sanciones de aislamiento en celda de 14 días cada una, que en total suman 28 días, se pueden ejecutar de manera inmediata aunque medie recurso ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, pero para dar inicio a su ejecución se precisa previa aprobación por parte del referido juzgado. Sin embargo, en el supuesto de haber sido sancionado por una sola falta muy grave (art. 108.a RD 1201/1981), a 14 días de aislamiento en celda, en este caso sería de ejecución inmediata, sin precisar la resolución del recurso, y además tampoco precisaría autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para dar inicio a su ejecución, porque no supera los 14 días de aislamiento en celda.

4.2.6. Condiciones de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda (art. 43 LOGP; art. 254 RPen).

Por regla general, debe cumplirse en la misma celda que habitualmente utilice el preso, pero si la celda es compartida o hay motivos de seguridad, se le puede trasladar a otra celda individual de semejantes medidas y condiciones (criterio nº 114 de la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1-1-2008).

Durante el cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda el recluso puede disfrutar de dos horas diarias de paseo en solitario, no puede recibir paquetes, ni adquirir productos del economato, salvo los autorizados por el Director de la cárcel.

Asimismo el preso debe ser examinado por el médico del centro penitenciario, quien debe vigilar diariamente su estado de salud física y mental, para informar al director y, en su caso, proponer la suspensión o modificación de la sanción. En los

supuestos de enfermedad del sancionado se prevé la posibilidad de aplazar la ejecución de la sanción hasta que el recluso sea dado de alta.

No se aplica este tipo de sanción sobre mujeres embarazadas, mujeres hasta después de seis meses tras el parto, madres con hijos lactantes y madres con hijos consigo.

Se ha cuestionado si la Administración penitenciaria tiene potestad para imponer la sanción de aislamiento en celda, ya que el art. 25.3 CE prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que directa o indirectamente conlleven privación de libertad. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sentido afirmativo en diversas sentencias (STC 2/1987; 190/1987; 192/1987), alegando principalmente que un preso no puede invocar la vulneración del derecho fundamental a la libertad, porque ya se ha visto legítimamente privado de ella en virtud del fallo condenatorio art. 25.2 CE y, por tanto, la Administración penitenciaria estaría legitimada para imponer este tipo de sanción. Únicamente el Tribunal Constitucional estableció como garantía para imponerla que cuando se superen los 14 días de aislamiento en celda la ejecución de la misma debe contar siempre con la previa aprobación del Juez de Vigilancia penitenciaria (STC 128/1996; art. 253 RPen).

4.2.7. Prescripción de faltas y sanciones disciplinarias (art. 258 RPen).

Se establecen los siguientes plazos de prescripción de las **faltas disciplinarias**: Las faltas muy graves prescriben a los tres años, las faltas graves a los dos años y las faltas leves a los seis meses.

Dichos plazos empiezan a contar desde que se hayan cometido los hechos que han dado lugar a la infracción, y se paralizan desde que se haya iniciado el procedimiento sancionador con conocimiento del interesado, reanudándose el cómputo de prescripción si el expediente disciplinario está paralizado más de un mes por causas ajenas al presunto infractor. Pasados los plazos de prescripción no se puede iniciar ningún procedimiento sancionador, donde se determine si ha existido o no falta disciplinaria.

Para el supuesto de **sanciones**, se establecen como plazos de prescripción: las Sanciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos y las sanciones leves al año.

Dichos plazos comienzan a computarse desde el día siguiente a aquel en el que adquiere firmeza el acuerdo sancionador, o en su caso desde que se levante el aplazamiento o suspensión de la ejecución. Pasados los plazos de prescripción establecidos para las sanciones, éstas no se pueden ejecutar.

4.2.8. Cancelación de sanciones penitenciarias.

La cancelación de las sanciones penitenciarias conlleva borrar el expediente penitenciario las anotaciones de las faltas disciplinarias cometidas por el recluso, con

su consiguiente sanción, y colocarle en una situación como si nunca las hubiera cometido. Lo cual le beneficia, porque no puede ser ya motivo para denegarle progresiones de grado, concesión de permisos de salida, etc.

Para cancelar dichas anotaciones se deben reunir dos requisitos (art. 260 RPen):

—en primer lugar, haber transcurrido 6 meses para las faltas muy graves, 3 meses para las faltas graves y 1 mes para las faltas leves, a contar desde el cumplimiento de la sanción cuya anotación se quiere cancelar.

—en segundo lugar, no volver a cometer una nueva falta disciplinaria muy grave o grave durante los plazos anteriores.

Los plazos de cancelación se pueden ver reducidos a la mitad, si con posterioridad a la sanción y antes de completarse los plazos de cancelación el recluso obtiene alguna recompensa, por ejemplo, nota meritoria (arts. 261 a 263 RPen).

Se produce la cancelación automática de sanciones por excarcelación del preso en libertad provisional o libertad definitiva, aunque no hayan transcurridos los plazos marcados en la ley.

4.3. Mediación penitenciaria.

4.3.1. Concepto

La mediación penitenciaria, que abandera la pacificación de las relaciones y la convivencia dentro de la cárcel como su objetivo prioritario, se nutre de otros objetivos al servicio del prioritario, y que son los objetivos propios de los procesos de mediación, que en el caso particular que nos ocupa irían dirigidos a crear un clima de estabilidad emocional entre las personas que están privadas de libertad. Estos objetivos podemos verlos reflejados, en parte, en la definición que sobre mediación nos da Lozano Martín (2015, p.123): es un proceso de comunicación, a partir del cual, dos o más partes en conflicto, pueden gestionar sus diferencias, con la ayuda de un tercero imparcial, siendo, dichas partes, las únicas responsables de establecer aquellos acuerdos que satisfagan sus necesidades e intereses, que recomponga la comunicación y que les permita transformar su relación a partir de la gestión positiva del conflicto, siendo ésta un modelo a tener en cuenta en los conflictos que en el futuro puedan plantearse

Así pues, desde esta perspectiva, podemos entender que, al tratarse de un proceso de comunicación, estamos introduciendo entre los internos la cultura del diálogo como estrategia constructiva frente a respuestas violentas. En segundo lugar, a las partes en conflicto, en este caso los presos, se les traslada la responsabilidad del conflicto y, por tanto, también la responsabilidad de su resolución, es decir, se posibilita algo que no es frecuente en el medio penitenciario y es que los presos tengan en su mano la decisión última sobre cómo resolver el

conflicto de forma personal y autónoma. Esto es muy importante ya que los internos pueden recuperar parte de la autoestima y del control de su vida que un contexto, como es el medio penitenciario, les niega. Por último, los procesos de mediación, ponen al servicio de los internos toda una serie de aprendizajes, en forma de habilidades sociales y comunicativas, que van interiorizando y que les van a permitir poder resolver de forma pacífica, reduciendo el estrés y la ansiedad, los conflictos que en el futuro se les puedan plantear.

Todo esto redundará en beneficio, tanto de las personas internas como de la propia Institución Penitenciaria, ya que, por un lado, beneficia a las primeras mejorando sus habilidades sociales, en forma de autoestima y autonomía personal, rebajando los niveles de tensión tanto a nivel personal como grupal, y, por otro lado, beneficia a la Institución al reducir las infracciones, los incidentes y mejorar el clima de convivencia en general, reduciendo también el estrés y los niveles de tensión de los propios funcionarios.

A estos beneficios de la mediación penitenciaria sobre la persona del recluso, podemos añadir también la obtención de un posible beneficio regimental para el Centro penitenciario, que ve reducida la conflictividad a través de este mecanismo conciliador de la mediación.

4.3.2. Proceso para la resolución de los conflictos mediante la mediación: Fases

En paralelo a los mecanismos institucionales y legales previstos para la prevención y solución de los conflictos interpersonales en el ámbito penitenciario, los procesos de mediación pretenden que las personas privadas de libertad puedan resolver sus diferencias a través del diálogo. La mediación es un proceso estructurado que se desarrolla a lo largo de distintas fases, las cuales, podríamos agruparlas para los procesos de mediación en el ámbito penitenciario, en un esquema similar al disciplinario, en las siguientes fases siguiendo la estructura que propone Lozano Espina (2009) en su experiencia en el Centro Penitenciario Madrid III de Valdemoro y, que con pequeñas variantes, más de terminología que de concepto, se han ido implementando en los diferentes establecimientos penitenciarios españoles en los que se ha llevado a cabo el «Programa dialogado de conflictos»:

4.3.2.1. Fase de iniciación

Es el punto de inicio, cuando una solicitud de mediación es recibida y esta puede llegar a través de dos vías distintas:

La primera, la solicitud voluntaria del interesado. Por esta vía es el propio interno el que solicita a la Institución iniciar un proceso de mediación con el fin de poder resolver algún conflicto que haya surgido con otro interno. En este caso se entrevista inicialmente al solicitante, dando paso a la entrevista con el no solicitante –muchas veces desconocedor de la iniciativa del compañero–. Habitualmente estas

personas desconocen que su nombre haya llegado al equipo de mediación, lo que supone una reacción de sorpresa inicial que debe ser trabajada para dar paso a la necesaria confianza en el mediador para poder continuar el trabajo.

La segunda, por el inicio de un expediente disciplinario. Una vez recibido el parte disciplinario en que se refieren los hechos acontecidos y la implicación de cada interno –con su nombre, número de identificación y módulo en el que se encuentra–, siempre desde la óptica del funcionario que ha dado el parte disciplinario, y sólo si Comisión disciplinaria considera someter el procedimiento a mediación, tienen conocimiento los mediadores de los hechos, aunque sólo sea mínimamente, de forma que sea posible establecer una estrategia de acercamiento a las personas afectadas a partir de la información obtenida.

Esta forma de derivación es la única desde la que es posible contar con ciertos datos acerca del altercado, nunca sin embargo se cuenta con información sobre las personas ni su situación penal o regimental, sólo será posible acceder a ella si de forma voluntaria los afectados deciden compartirla desde el espacio de seguridad que la mediación les puede ofrecer.

4.3.2.2. Fase de desarrollo

a) Entrevista inicial explicativa

En esta entrevista inicial con cada una de las partes de manera individual se ofrece una explicación clara de la mediación, sus principios y objetivos y también del papel del mediador desde los principios básicos que rigen su labor: neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, independencia del centro penitenciario y carencia de potestad disciplinaria, así como las normas que van a regir el desarrollo del proceso: respetar turnos de palabra, evitar los insultos, mantener una actitud colaborativa, etc.

El objetivo es generar confianza en el proceso de mediación; es necesario que los afectados comprendan y acepten las normas básicas de la mediación y del papel del mediador para decidir, autónomamente, su participación en el proceso.

b) Indagación de lo sucedido

Una vez establecidos los contactos preliminares, comienza la indagación cuidada acerca del conflicto, al menos de forma superficial. Es en este punto cuando la persona entrevistada se encuentra en posición de decidir si está interesada en la mediación o no.

El objetivo no es otro que el de recabar información sobre el conflicto, la persona y su situación regimental, vida fuera de prisión, apoyos con los que cuenta, las causas del conflicto, circunstancias en que ocurrió, emociones que le suscita, rol que se auto atribuye, consecuencias disciplinarias, etc. Es el momento en el que se

determinan las causas del conflicto y se recopilan datos acerca de la naturaleza del mismo sobre la base de los puntos de vista que las partes tienen sobre lo sucedido.

c) Aceptación y compromiso

Son los siguientes contactos con cada una de las partes enfrentadas, antes de que se produzca el encuentro entre las mismas. A lo largo de estos contactos, se profundiza en el contenido del proceso de la mediación, confirmando la predisposición positiva para la misma, la asunción de responsabilidad y las expectativas hacia el proceso. Es el momento, igualmente, para poder aclarar las dudas relativas a cualquier aspecto del proceso que se inicia. No se dará paso a la siguiente fase, si no existe un compromiso claro de respeto y apertura al diálogo y la escucha.

El mediador tiene la última palabra a la hora de permitir la continuidad del proceso. Antes de pasar al encuentro dialogado, es necesaria la obtención de la firma del documento de Compromiso y Aceptación del Programa, como forma de cerrar una fase y abrir otra.

4.3.2.3. Fase de encuentro dialogado

Esta fase parte de la confirmación de los implicados de su disposición a mediar y la asunción de su parte de responsabilidad en el conflicto. A partir de ahí, el proceso es enteramente suyo; son ellos quienes van marcando el intercambio acerca del conflicto y los intercambios a que quieren llegar, el mediador reconduce, reformula, legitima, reconoce y, en definitiva, realiza sus participaciones para aumentar la efectividad del encuentro, sólo si lo considera estrictamente necesario, puesto que si ellos mismos son capaces de dirigir su propio intercambio, con mayor probabilidad les servirá como prevención de nuevos conflictos en futuras desavenencias que puedan surgir.

El encuentro dialogado entre las partes enfrentadas, va a permitir la comunicación efectiva y respetuosa entre las partes, y establece la plataforma para trabajar en la solución del problema desde los intereses comunes. Los implicados parten de la misma información acerca del proceso de mediación y lo que pueden esperar y el objetivo común de resolver el problema y por tanto, de un equilibrio de poder que les permite hablar de igual a igual.

En esta fase se tratará de que ambas partes lleguen a una definición compartida del problema, ya que una vez definido el problema de una forma satisfactoria para ambas partes, las posturas comenzarán a hacerse más flexibles, se desactivará el clima emocional y se pasará de las posiciones a los intereses. Así mismo las partes propondrán y argumentarán distintas opciones, explorando las consecuencias de las mismas, que les permita superar el conflicto.

4.3.2.4. Fase de terminación

La mediación finalizará con la redacción de un Acta de Reconciliación firmada por las partes y por el mediador. Inmediatamente, se realiza un intercambio de impresiones acerca de lo que les ha supuesto la mediación y la forma en que les puede influir. El Acta se entregará a la autoridad del centro penitenciario que se determine para ser tenida en cuenta a los efectos procedentes.

4.3.2.5. Fase de Seguimiento

Transcurrido un plazo de tiempo prudencial, es conveniente la realización de un seguimiento para comprobar el grado de cumplimiento de los acuerdos, la evolución de la relación con el compañero y los posibles cambios en su situación regimental como consecuencia de la mediación.

Se puede realizar a través de una entrevista no estructurada y bastante informal para obtener dicha información, tras lo cual se hace entrega de un Certificado de Participación en la Mediación y de una copia del Acta de Reconciliación que recoge los acuerdos y que ambos firmaron, documentos que en algún momento les pueden ser de ayuda. A continuación, se procede a cerrar definitivamente el proceso, informando posteriormente del seguimiento realizado a la Comisión disciplinaria.

Tema 5. Formas de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

5.1. Clasificación penitenciaria.

En el siglo XIX se estableció en España un sistema de cumplimiento de condenas progresivo, se dividía la pena en cuatro fases: periodo celular o de preparación, período industrial o educativo, periodo intermedio y periodo de gracias y recompensas. Todas estas fases se cumplían de modo sucesivo y tenía una duración determinada.

En 1979 se aprueba la **LOGP** y se introduce el principio de individualización científica, que se caracteriza por un estudio individualizado del interno para decidir su clasificación, pudiendo desde el principio estar clasificado en cualquier grado menos el último y las revisiones de la clasificación van a permitir avanzar o retroceder dando una gran movilidad al cumplimiento de las penas.

El art. 72 LOGP establece que “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separada en grado”, insistiendo en que “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”.

La clasificación penitenciaria supone la distribución de los penados en grupos homogéneos en los establecimientos penitenciarios, tras un previo estudio de su personalidad, para un adecuado tratamiento y posterior reinserción.

La actividad de clasificación constituye, pues, en nuestro ordenamiento penitenciario, el presupuesto para llevar a efecto la propia ejecución, al tiempo que define el marco jurídico y regimental en el que ha de tener lugar el tratamiento resocializador que posibilita el fin último de la pena.

La Dirección General de IIPP estableció en su **Instrucción 20/1996** un sistema normalizado, unificado y flexible para efectuar las propuestas de clasificación en grado y destino. Conservando básicamente el modelo anterior, con las modificaciones que las diferentes reformas legislativas han ido imponiendo, se mantiene un sistema normalizado, dinámico, unificado y flexible que recoge la formalización de todas las decisiones relativas a la asignación y periódica revisión de grado, modalidad, destino y programa de tratamiento de los penados que, adoptadas por las Juntas de Tratamiento de los establecimientos, precisan la aprobación o autorización de la Dirección General de IIPP.

La ausencia de requisitos temporales propio de un sistema de individualización científica ha sufrido una quiebra importante con la reforma

incorporada por la Ley 7/2003, de 30 de junio, que ha modificado el art. 36.2 CP y ha introducido el periodo de seguridad.

A través de la clasificación se materializan los principios de progresividad del régimen penitenciario, consistente en la existencia de diversas fases, de modo que cada una de ellas se le atribuye al interno diverso grado de confianza, responsabilidad y libertad. También se concreta el principio de individualización científica, al llevar el grado aparejado un programa individualizado de tratamiento (PIT).

La clasificación es el proceso por el cual la prisión asigna al penado una modalidad de cumplimiento (Grado + PIT), que corresponde a un determinado régimen de vida en prisión y se le asigna un centro de cumplimiento.

Sujetos clasificables (y Presos preventivos)

Solamente pueden ser clasificados los presos condenados en sentencia firme, pues a los **presos preventivos** se les presupone la presunción de inocencia, y, por lo tanto, no precisarían en principio de un tratamiento resocializador. No obstante, con carácter general, a los presos preventivos se les aplica el régimen ordinario y, con carácter excepcional, se les puede aplicar el régimen cerrado (art. 10.2 LOGP y arts. 96 y 97 RPen). A los preventivos se les observa, pero sólo a efectos de proceder a la separación regimental prevista en el art. 16 LOGP y para proceder a la elaboración del modelo individualizado de intervención (art. 20 RP¹³).

Los preventivos serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador, a fin de detectar las áreas de carencias y necesidades del interno, y emitirán un informe sobre la propuesta de separación interior, así como acerca de la planificación educativa, sociocultural, deportiva y de actividades de desarrollo personal. Respetando el principio de presunción de inocencia, la Junta de Tratamiento, de acuerdo con dicho informe elaborará un **modelo individualizado de intervención**.

El interno tendrá la condición de preventivo hasta la llegada del testimonio de sentencia al centro penitenciario y no se iniciará el proceso de clasificación hasta que no llegue la liquidación de condena. El letrado puede solicitar al tribunal sentenciador que remita estos documentos lo antes posible para evitar dilaciones que perjudican ya que hasta que no sea clasificado no se le adjudicará centro de cumplimiento y

¹³ Art. 20.1. Los detenidos y presos ocuparán una celda en el departamento de ingresos, donde deberán ser examinados por el Médico a la mayor brevedad posible. Igualmente, serán entrevistados por el Trabajador Social y el Educador, a fin de detectar las áreas carenciales y necesidades del interno, y, si el Médico no dispusiese otra cosa, pasarán al departamento que les corresponda. Dichos profesionales emitirán informe sobre la propuesta de separación interior, conforme a lo dispuesto en el art. 99, o de traslado a otro centro, así como acerca de la planificación educativa, sociocultural y deportiva y de actividades de desarrollo personal. Respetando el principio de presunción de inocencia, la Junta de Tratamiento, de acuerdo con dicho informe, valorará aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional o medidas de ayuda, a fin de elaborar el modelo individualizado de intervención.

tendrá más dificultad para acceder a puestos de trabajo remunerado o cursos de formación de larga duración.

La condición de preventivo prevalece sobre la de penado:

—“Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal”. Art. 104.1 RP.

—“Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo”. Art. 104.2 RP.

—Asimismo tendrá la condición de preventivo el preso con una reclamación penal internacional aunque esté penado y cumpliendo otras causas en España.

—También se dejará sin efecto la clasificación de aquellos penados que, en sentencia, se acuerde que cumplan medida de seguridad privativa de libertad (art. 99 CP).

A los penados en sentencia firme que estén pendientes de clasificación, excepcionalmente se les puede aplicar también el régimen cerrado (art. 95 RPen).

5.2. Grado de clasificación y régimen de vida penitenciaria.

Tratamiento-Clasificación	Régimen-Tipos de Centros
Clasificación en 1er grado.....	Régimen cerrado
Clasificación en 2º grado.....	Régimen ordinario
Clasificación en 3er grado.....	Régimen abierto
Libertad condicional	

En los arts. 59 a 72 LOGP y arts 100 y ss RPen se prevén tres grados de clasificación: primero, segundo y tercero. Según el grado de tratamiento en que se clasifique al penado, se le asigna un régimen de vida.

a. Régimen de vida cerrado (primer grado).

Cuando se trate de personas calificadas de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia. A los penados clasificados en primer grado (art. 10.1 LOGP), se les asigna el régimen cerrado (arts. 89 y ss RPen), que consta de dos modalidades:

—Departamentos cerrados (art. 94 RPen)

—Departamentos especiales (art. 93 RPen)

b. Régimen de vida ordinario (segundo grado).

A los penados clasificados en segundo grado se les asigna el régimen ordinario (arts. 76 y ss RPen). Se clasificará en segundo grado cuando concurren las circunstancias personales y sociales de normal convivencia, pero sin capacidad por el momento de vivir en régimen de semi libertad. Este es el grado más habitual, por lo que se considera el régimen ordinario de cumplimiento.

c. Semilibertad (100.2. RP.; tercer grado y libertad condicional)

El **tercer grado** se aplica a los que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida de semilibertad y tengan cumplida la mitad de su condena cuando ésta sea superior a cinco años y además tengan satisfecha en cualquier caso la responsabilidad civil.

A los penados clasificados en tercer grado se les asigna el régimen abierto (art. 80 y ss RPen) que consta de diversas modalidades:

- Restringido (art. 82 RPen)
- Control telemático (art. 86.4 RPen)
- Centro de inserción social (arts. 163 y 164 RPen)
- Unidad dependiente (art. 165 RPen)
- Unidad extrapenitenciaria (art. 182 RPen)

Conforme al principio de flexibilidad, según el programa de tratamiento diseñado para un condenado en concreto, se podrían combinar características de los tres grados (**art. 100 RPen**). Así, por ejemplo, una persona clasificada en segundo grado de tratamiento con aplicación del régimen ordinario, podría gozar de las salidas de fin de semana previstas para los clasificados en tercer grado, si así consta en su programa de tratamiento (art. 87 RPen).

El último periodo de la condena que se cumple **en libertad condicional**, libertad condicionada a que no se vuelva a delinquir y a cumplir determinadas reglas de conducta.

El **art. 100.2 RP**, establece que, con el fin de hacer el sistema más flexible, se podrá proponer respecto a cada penado un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados.

d. Variables, criterios y requisitos para la clasificación penitenciaria (art. 63 LOGP y art. 102.3.4.5 RPen).

Con carácter general, para la clasificación penitenciaria no sólo se debe tener en cuenta la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del preso, sino también la duración de la pena, las medidas penales en su caso, el medio al que

probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Se establecen los siguientes criterios específicos de clasificación para cada grado de tratamiento:

—en primer grado se clasifica a los penados calificados de peligrosidad extrema o inadaptados al régimen ordinario, teniendo en cuenta:

- . la naturaleza de los delitos cometidos que denote una personalidad agresiva, violenta o antisocial.
- .la comisión de actos que atenten contra la vida o integridad física
- .la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas
- .la participación activa en motines, plantes o desórdenes
- .la comisión de infracciones disciplinarias graves o muy graves
- .la introducción de armas de fuego o sustancias prohibidas.

El Tribunal Constitucional considera que la clasificación en primer grado de tratamiento, con aplicación del régimen cerrado, implica una mayor limitación del ya restringido status libertatis del recluso, por ello su aplicación debe ser excepcional y fundada en causas objetivas y motivadas (STC 143/1997).

Por su parte el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifican los arts 89, 90 y 92 del RD 190/1996, elaborado por el Ministerio del Interior en julio de 2010, con el informe favorable del CGPJ de 23 de septiembre de 2010, señala el carácter excepcional, transitorio y subsidiario del régimen cerrado. Asimismo, prevé que en este tipo de régimen se garantice la atención personalizada y el diseño de un programa de intervención específico por equipos técnicos especializados y estables. Tal RD es fruto de las críticas y quejas realizadas en contra de la aplicación del régimen cerrado sobre reclusos y que por sus especiales circunstancias —inadaptación al régimen ordinario y/o peligrosidad extrema— requieran mayor tratamiento para superar los condicionamientos que les llevaron a delinquir, en lugar del mayor aislamiento, control y seguridad a que son sometidos —por ejemplo, requisas de celda, desnudos con cacheo integral, intervención de comunicaciones, ausencia de actividades formativo-ocupacionales, así como la ausencia de relación con otras personas —imposibilitando con ello cualquier intento de integración social. Ver en este sentido Ríos Martín y otros: “El régimen cerrado. Mirando al abismo” Ed. Fundación Santa María, 2002.

—en segundo grado se clasifica a los penados que puedan desarrollar una normal convivencia, pero sin capacidad para vivir en libertad.

—en tercer grado se clasifica a los penados capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

El grado y el programa de tratamiento están unidos en un proceso único, de tal modo que se procede a revistar la clasificación y se revisa el grado y el programa de tratamiento, bien el genérico, el PIT, o bien otros más específicos, así programas para acceso a régimen abierto o cerrado, o para el destino a unidades dependientes o extrapenitenciarias.

A su vez, todo proceso de clasificación estudia el centro de destino, cuya fijación es también función del conjunto de variables personales y sociales de los internos, así como su evolución. Por ello, las propuestas de destino o cambio de destino, deben venir asociadas a la revisión del proceso único de clasificación y tratamiento.

Según el art. 31.2 RP, la competencia del Centro Directivo para ordenar los traslados viene vinculada, como norma general, a la existencia de la correspondiente propuesta de la Junta de Tratamiento. Por ello, las peticiones de los internos solicitando el traslado no los tramita el Centro directivo sino que los reenvía a la Junta de Tratamiento para su estudio en la siguiente revisión de clasificación.

e.- Procedimiento de clasificación

e.1. Clasificación inicial. Art. 103 RP¹⁴.

¹⁴ Corresponde a la junta de tratamiento de cada centro penitenciario realizar la propuesta motivada de clasificación inicial, previo estudio del preso, donde se deben analizar los condicionamientos que le llevaron a delinquir y diseñar un programa individualizado de tratamiento donde se establezcan los destinos, actividades, programas educativos, trabajos o actividades ocupacionales que deba seguir el interno para su reeducación y futura reinserción social. En la práctica dicha propuesta es un formulario carente de motivación, con los únicos efectos de asignar un régimen de vida al penado, para garantizar la seguridad del establecimiento penitenciario.

La propuesta de clasificación inicial debe realizarse en el plazo de 2 meses desde que el preso tiene la condición de penado en sentencia firme y a continuación dicha propuesta debe ser elevada a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para su ratificación, que cuenta con otros dos meses prorrogables a 2 meses más en casos conflictivos de estudio. La referida secretaría tiene facultad para clasificar en otro grado diferente al propuesto por la junta de tratamiento. En los supuestos en los que la Junta de tratamiento del Centro penitenciario, por unanimidad, haya acordado la clasificación en segundo o tercer grado de tratamiento de un penado condenado a pena de prisión de hasta un año, dicho acuerdo tendrá por sí solo efecto clasificatorio, sin tener que ser ratificado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (art. 103.7 RPen).

Por su parte, la Orden Ministerial de Interior 1127/2010 acuerda “contra legem” la delegación del titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Ambiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias –centro directivo–, a favor de los directores de los centros penitenciarios para que éstos puedan acordar la clasificación inicial en segundo grado de tratamiento, de los penados vinculados a organizaciones terroristas o cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales, cuya condena sea superior a 5 años de prisión y siempre que la propuesta de clasificación inicial de la Junta de tratamiento se haya adoptado por unanimidad. De tal modo, se está vetando a un sector importante de la población penitenciaria la garantía de propuesta de clasificación inicial de tratamiento se haya adoptado pr unanimidad. De tal modo, se está vetando a un sector importante de la población penitenciaria la garantía de la doble instancia administrativa, ya que las propuestas de sus clasificaciones iniciales no serán ratificadas por la Secretaría General de

Cuando llega a la cárcel el testimonio de condena y liquidación de condena, se inicia un periodo de observación que puede durar como máximo 2 meses, tras el cual, la Junta de Tratamiento realizará la propuesta de clasificación inicial, conteniendo el grado propuesto, las razones, el programa individualizado de tratamiento, las actividades que darán cobertura a las necesidades y carencias detectadas en la persona reclusa.

Esta propuesta la recibe la Dirección General que tienen un plazo como máximo de 2 meses, para resolver motivadamente y por escrito sobre el grado penitenciario. Excepcionalmente se puede ampliar otros dos meses más para mejor observación de la conducta y la consolidación de factores positivos.

En contra del Acuerdo de la DGIP cabe recurso ante el Juez.

Cuando se trata de personas condenadas a penas de hasta un año, la propuesta de la Junta de tratamiento, si es unánime y no es de primer grado, tiene valor de clasificación inicial, siempre que no implique un cambio de dentro de destino, que necesitará la aprobación del Centro Directivo.

El tercer grado inicial acordado por la Junta de Tratamiento sólo es posible en su modalidad de tercer grado pleno o restringido (en modalidad de: centro de deshabitación (art. 182 RP); unidades dependientes (art. 165 RP); control telemático (art. 86.4 RP).

e.2.- Clasificación en el tercer grado (art. 72 LOGP).

Para proceder a una clasificación en tercer grado de tratamiento, con aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades, hay que tener en cuenta, además de las variables y criterios expuestos, lo dispuesto en el art. 72.5.6 LOGP, que exige la **satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito**. Si el condenado ha sido declarado insolvente y su capacidad económica le impide hacer frente al pago de la responsabilidad civil, se puede entender cumplido este requisito con un compromiso expreso del penado a su pago futuro una vez que pueda desarrollar un trabajo remunerado (SSPRJJCirc Catalana 1/2004; Instrucción DGIIPP 2/2005: criterios nº 54 a 57 adoptados en la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, actualizado a 1 de enero de 2008).

A los enfermos graves con padecimientos incurables no se les exige tal requisito (art. 104.4 RPen; Instrucción DGII 2/2005).

e.3. El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de penas graves.

Mucho se ha escrito sobre el llamado "período de seguridad" desde que se introdujo ex novo en el art. 36.2 CP mediante LO 7/2003, de 30 de junio, de reforma

Instituciones Penitenciarias –centro directivo– sino por el Director del Centro Penitenciario que forma parte de la Junta de tratamiento que ha realizado la propuesta de mantenimiento de grado.

para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, descrito como "el tiempo obligatorio de cumplimiento de la pena de prisión en régimen ordinario para poder acceder al régimen abierto".

No se prevé para un grupo específico de delitos, sino que depende únicamente de la pena impuesta, concretamente que sea superior a cinco años, sin que se halle prevista posibilidad alguna de aumento o reducción de dicho periodo, sin perjuicio de la potestad atribuida al Juez de Vigilancia Penitenciaria de retorno al régimen ordinario de cumplimiento de la pena, salvo en los supuestos de terrorismo o delincuencia organizada.

La legislación vigente (art. 36.2 CP) establece, además, a criterio del juez o tribunal sentenciador, el cumplimiento de la mitad de la pena si ésta es superior a 5 años de prisión —periodo de seguridad—, requisito que, en la práctica, también se exceptúa para los enfermos con padecimientos incurables (SSPFJJ Circ Catalana 1/2004; Instrucción DGIIPP 2/2005). Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria amplían tal excepción a los penados mayores de 70 años (criterio nº 51 XVI Reunión de jueces de Vigilancia Penitenciaria, actualizado a 1 de enero de 2008).

Ese último requisito plantea un problema interpretativo, en cuanto a entender si el cómputo de los 5 años se refiere a cada pena considerada individualmente, o a la suma total de todas las penas. Así, por ejemplo, si un sujeto ha sido condenado por delitos de robo con fuerza, imponiéndole por cada uno 2 años de prisión, en total tendría una condena de 6 años de prisión, pero las penas individualmente consideradas no superan los 5 años de prisión. Si, diferenciando entre pena y condena, entendemos que el cómputo de los 5 años se debe hacer sobre cada pena individualmente considerada, y no sobre la suma total de todas las penas, el sujeto del ejemplo no estaría obligado a cumplir la mitad de la condena total para poder acceder al tercer grado de clasificación (en este sentido, AP Madrid, Auto 6 de mayo de 2004; AP Barcelona Autos 14 de mayo de 2004; 19 de mayo de 2004; SSPRJJ Circ Catalana 1/2004; Instrucción DGIIPP 2/2005; criterio nº 47 XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, actualizado a 1 de enero de 2008)

Por otra parte, la exigencia de haber cumplido la mitad de la pena, cuando ésta sea superior a 5 años de prisión, se puede exceptuar con un juicio de pronóstico favorable de reinserción emitido por el Juez de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, oídos previamente el ministerio fiscal, instituciones penitenciarias y demás partes, salvo los supuestos de presos condenados por: delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización criminal, delitos del art. 183 CP cuando la víctima sea menor de 13 años (art. 72.6 LOGP).

No obstante, se contrapone frontalmente al sistema de "individualización penitenciaria" (arts. 63 LOGP y 102.2 del RP) que asigna al penado el régimen de vida más idóneo a las exigencias derivadas de su programa de tratamiento, dependiente de variables personales; pues establece un cumplimiento obligatorio en régimen

ordinario inicial para penas superiores a 5 años de prisión, máxime en los delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales.

La finalidad que persigue viene proclamada en la propia Exposición de Motivos de la propia LO 7/2003 "(...) Se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, que sirve como puente entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, se concreta su extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no puede hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria (...). En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de la libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida(...).

Es patente que el legislador de 2003, profundamente preocupado por la divergencia que se da, a su criterio, entre la extensión de la pena de prisión impuesta y el período de cumplimiento de la misma (entendiendo como tal la estancia real del penado en el centro penitenciario), trata de introducir mediante el período de seguridad un punto de conexión necesario entre la voluntad del Juzgado o Tribunal sentenciador expresada en la pena impuesta y el efectivo cumplimiento de la misma, tratando de que, en el caso de penas graves, una parte de ésta sea cumplida en todo caso en régimen ordinario.

e.4. Revisión de la clasificación

Plazos. La revisión de la clasificación se realiza siempre que por la evolución del tratamiento así lo aconsejen, sin sujeción al transcurso de plazo mínimo alguno. El plazo máximo para la revisión es de 6 meses. Debe, por ello, entenderse que el plazo máximo de 6 meses es un mecanismo de seguridad que garantiza el debido seguimiento de dicha evolución, sobre la base del grado de cumplimiento de los objetivos establecidos en el programa individualizado de tratamiento. Este plazo máximo será de 3 meses para los clasificados en primer grado o preventivos con aplicación del art. 10 LOGP.

De este modo, siempre que se sepa que una persona va a ser trasladada de modo transitorio y le corresponda dentro de este tiempo su revisión, ésta debe ser adelantada. Igualmente debe evitarse el traslado de penados (clasificados o sin clasificar) a los que reste menos de un mes para su próxima clasificación. Cuando no se haya podido adelantar la clasificación y el penado ha sido trasladado, se hará la revisión de la clasificación dentro del plazo teniendo en cuenta los informes del anterior Equipo técnico.

Mantenimiento. Si la Junta de tratamiento considera que no existen motivos para la progresión de grado, acordará el mantenimiento de grado, resolución que debe ser motivada y notificada al interno, quien podrá recurrir ante la DGIP en el plazo de un mes.

Si se reitera por dos veces la clasificación en primer grado o hallándose en segundo grado tuviere cumplida la ½ de la condena la persona reclusa tiene derecho a que su próxima propuesta de clasificación se haga por la Central de Observación.

Progresión-Regresión. Si es una propuesta de progresión o regresión tendrá el mismo tratamiento que si fuera propuesta inicial (art. 106.5 RP), es decir, que la propuesta se enviará a la DGIP, quien acordará una resolución que se notificará al interno, quien podrá recurrir ante el JVP.

El art. 65.2 LOGP establece que para la progresión se atenderá a la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes y que implicarán una mayor libertad.

Por el contrario, el art. 65.3 LOGP regula que la regresión procederá cuando se aprecie en el interno, en relación con el tratamiento una evolución desfavorable de su personalidad.

Regresión provisional. Si un interno clasificado en tercer grado no regresa de un permiso, es detenido en ingresado en prisión, procesado o imputado judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades se la pasará provisionalmente a un régimen de vida ordinario (segundo grado) y la Junta de Tratamiento procederá a proponer nueva clasificación que deberá resolver el Centro Directivo.

c.5.- Modalidad flexible de clasificación. Art. 100.2 RP.

El art. 100.2 RP, como decíamos antes, desarrolla el principio de individualización científica del art. 72.1 LOGP, introduciendo el criterio de flexibilidad en la clasificación cuando establece: “Con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto a cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia penitenciaria correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

Esto no significa la creación de grados intermedios, sino la introducción de determinadas modificaciones regimentales propias de un grado distinto de clasificación, cuando ello sea necesario para poder llevar a cabo un programa de reinserción concreto.

Cuando se aplica el art. 100.2 RP, estamos ante una situación especial y provisional que deberá modificarse tan pronto se obtengan determinados objetivos

establecidos en el programa de cara a acordar su progresión. Este programa se revisará como máximo cada tres meses.

La Junta de Tratamiento deberá proponer al Centro Directivo la aplicación del art. 100.2 con un programa específico de tratamiento que lo justifique. Una vez que el Centro Directivo resuelva, se comunicará al JVP para su aprobación.

c-6. Libertad provisional

La libertad condicional era considerada, hasta la LO 1/2015, el cuarto grado de clasificación penitenciaria, donde el condenado cumplía su condena en libertad, bajo determinadas condiciones y la supervisión de la administración penitenciaria. Ello implicaba que, si a un condenado se le concedía la libertad condicional, y al cabo de un tiempo se la revocaba por incumplimiento de las condiciones, el tiempo de la condena cumplida en libertad le era abonado. Tras la LO 1/2015, la libertad condicional ha cambiado de naturaleza y ha pasado a convertirse en una modalidad de suspensión de la pena, calificándola así expresamente el art. 90 CP ("El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional..."). Ello tiene como consecuencia que la libertad condicional ya no sea un periodo de cumplimiento de pena, sino un periodo en el que se ha suspendido el cumplimiento la parte de la pena que resta por cumplir –y que podrá ser incluso superior este periodo al resto de cumplimiento de la pena–, que tiene una duración determinada. Si el condenado incumpliese las condiciones impuestas y la suspensión de la condena le fuese revocada, ingresará en prisión y cumplirá la totalidad de la pena que le restaba por cumplir. Este nuevo sistema plantea problemas graves de aplicación que afectan a la seguridad jurídica del interno, ya que si su pena fuese suspendida no tendrá la seguridad de cuándo termina su cumplimiento, hasta que haya pasado el periodo de suspensión y el resto de la condena sea revocada, pues hasta ese momento siempre podrá reingresar en Centro Penitenciario si el juez de vigilancia estima que es oportuno en vista a los incumplimientos del penado durante su periodo de suspensión.

c-6-1. Libertad condicional general.

De conformidad con el art. 90.1 CP, el juez de vigilancia concederá la libertad condicional al penado cuando concurren los siguientes requisitos:

- Que el interno se encuentre clasificado en tercer grado: Este requisito será preceptivo, salvo en situaciones donde exista peligro patente para la vida del interno, por enfermedad o por su avanzada edad (art. 91.3 CP).
- Que se hayan extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena: El porcentaje de las $\frac{3}{4}$ parte de la condena se deberá calcular sobre la totalidad de las mismas. Por lo tanto, en el supuesto de que un interno esté cumpliendo dos o más condenas, se deberá realizar el cómputo sobre la suma total de las penas resultantes.

- Que el sujeto haya observado buena conducta: Este requisito sustituye a la antigua redacción donde se exigía un "informe individualizado y favorable de reinserción social". No obstante, el art. 90.1 CP establece los elementos que el juez de vigilancia ha de valorar (personalidad, antecedentes, circunstancias del delito cometido, relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración delictiva, conducta durante el cumplimiento de la condena, circunstancias familiares y sociales a los efectos de o que quepa esperar de la suspensión de la condena) que no dejan de ser los utilizados para emitir un pronóstico sobre peligrosidad y reinserción social, por lo que dichos informes se siguen teniendo en cuenta por el juez de vigilancia (aunque no de forma obligatoria) para la concesión de la libertad condicional.

- Que haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito: El hecho de que se exija que de manera preceptiva el interno esté clasificado en tercer grado implica que ya se haya valorado este requisito de manera positiva, ya sea porque ha sido satisfecha o porque se ha aprobado un modo de pago diferido. En esta ocasión, se podrá revisar este calendario de pagos y cumplimiento, pero el hecho de exigir la clasificación al tercer grado conlleva, habitualmente, que este aspecto haya sido solventado con carácter previo.

c-6-2. Libertad condicional adelantada.

El art. 90.2 CP regula dos supuestos en los que se podría adelantar la concesión de la libertad condicional antes del cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena. Para ello existen dos supuestos:

Primer supuesto: (Art. 90.2. párrafo primero CP). Se podrá acordar la libertad condicional cuando el penado haya cumplido las $\frac{2}{3}$ partes de su condena, siempre que durante el cumplimiento de esta haya desarrollado actividades (laborales, culturales u ocupacionales) de las que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa. Junto a estas dos condiciones, se han de cumplir los requisitos del art. 90.1 CP –haber sido clasificado en tercer grado, haber observado buena conducta y haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito–.

Segundo supuesto: (Art. 90.2. último párrafo CP). En esta modalidad de libertad condicional anticipada, la iniciativa de su concesión ha de partir de Instituciones Penitenciarias hacia el juez de vigilancia que, una vez oídos el Ministerio Fiscal y las partes, podrá adelantar la concesión de la libertad condicional 90 días por año de cumplimiento efectivo siempre que el interno:

- Haya extinguido la mitad de la condena.
- Se encuentre clasificado en tercer grado.
- Haya observado buena conducta.

-Haya satisfecho la responsabilidad civil.

-Haya desarrollado, durante su cumplimiento, "continuamente"40 actividades laborales, formativas u ocupacionales y que acredite la participación efectiva y favorable en programas de reparación de las víctimas o programas de tratamiento desintoxicación, en su caso.

Estos dos supuestos de libertad condicional adelantada no será de aplicación, ex artículo 90.8 CP a los condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

c-6-3. Libertad condicional de internos primarios.

El artículo 90.3 CP incluye una novedad respecto de aquellos condenados que cumplan su primera pena en prisión y no hayan sido condenados a penas superiores a tres años. Por lo tanto, es un supuesto aplicable para caso en los que se haya ingresado por primera vez en prisión (por lo tanto, podrían existir condenas anteriores que no hubiesen conllevado el ingreso) y para penas de corta duración.

El juez de vigilancia podrá conceder la libertad condicional excepcionalmente a aquellos que, además de las condiciones expuestas, hayan extinguido la mitad de la condena, se encuentren clasificados en tercer grado, hayan satisfecho la responsabilidad civil, hayan observado buena conducta, y hayan participado en actividades laborales, formativas u ocupacionales de conformidad con el art. 90.2 b. CP.

Este régimen no se aplicará a los condenados por delitos contra la libertad o indemnidad sexual (art. 90.3 último párrafo CP) ni a los condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.8 último párrafo CP).

c-6-4. Libertad condicional de condenados por terrorismo o crimen organizado.

El art. 90.8 CP se aplica a los condenados por delitos de terrorismo o a los cometidos en el seno de una organización criminal, y añade a los requisitos exigidos para que se pueda valorar la petición de libertad condicional, que el condenado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la banda terrorista, y haya colaborado activamente con las autoridades, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono a 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. Se ha de recordar que este artículo, excluye de los supuestos de aplicación de la libertad condicional adelantada o de condenados a su primer ingreso en prisión, a

quienes hayan sido condenados por los delitos a los que se refiere el presente artículo.

c-6-5. Plazo de suspensión de la condena

La reconversión de la libertad condicional en una modalidad de suspensión de la parte de la condena que resta por cumplir provoca que necesariamente se deba contemplar un plazo de duración de la suspensión de esta. Según el art. 90.5 CP, el plazo será de 2 a 5 años, sin que pueda ser inferior a la duración de la parte de la condena que le resta por cumplir, pero sí podrá ser superior. Es decir, si a un interno le restan por cumplir tres años de prisión, el plazo de suspensión acordado en la concesión de la libertad condicional no podrá ser inferior a tres años, pero sí podrá ser superior (4 años, por ejemplo). El plazo de suspensión de la condena se computará desde la fecha en que el condenado fue puesto en libertad.

En los supuestos de prisión permanente revisable, los plazos de suspensión de la condena tendrán una duración de 5 a 10 años, de conformidad con el art. 92.3 CP.

c-6-6. Plazo de suspensión de la condena

El órgano competente, tanto para conceder la libertad condicional como para revocarla, es el juez de vigilancia penitenciaria. Se ha de tener en cuenta que lo habitual es que a la libertad condicional (suspensión de condena) se otorgue "condicionada" a una serie de obligaciones y prohibiciones (reguladas en el art. 83 CP al ser un régimen de suspensión). En función del cumplimiento del penado de dichas condiciones, el juez de vigilancia durante el periodo de la suspensión de la condena, podrá modificarlas, imponiendo nuevas medidas o alzándolas.

Asimismo, el juez de vigilancia revocará la libertad condicional (la suspensión de la condena) cuando (art. 90.5 CP) se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada. Al encontrarnos ante un supuesto de suspensión de pena, serán aplicables los criterios del art. 86 CP que pueden ser aplicados con el margen de flexibilidad que concede la legislación al juez de vigilancia penitenciaria.

Una vez que se acuerde el reingreso en el Centro Penitenciario, el tiempo transcurrido durante el plazo de suspensión no se tendrá en cuenta a efectos de cómputo de cumplimiento de condena, estableciendo expresamente el art. 90.6 (último párrafo) CP que, el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de condena.

5.3.- Regímenes especiales de cumplimiento

El régimen de vida aplicable a un preso se establece por regla general en función del grado de clasificación que tenga asignado, salvo los presos preventivos

que, al no poder ser clasificados, se les aplica el régimen ordinario y, excepcionalmente, el régimen cerrado (arts. 93 y 94 RPen).

Sin embargo, por vía reglamentaria existen unos supuestos especiales, en los que se faculta a la Administración penitenciaria para limitar el régimen de vida del recluso al margen de su grado de clasificación, lo cual es de dudosa constitucionalidad por infracción del principio de legalidad (art. 75 RPen; Circular DGIP 21/1996). Dichos supuestos especiales son:

—la limitación del régimen de vida art. 75 RPen

—los ficheros de internos de especial seguimiento —FIES (Circular DGIP6 de marzo de 1991; STS 17 de marzo de 2009).

En lo que concierne al control y revisión de estas situaciones especiales, conforme al art. 75 RPen, la propia normativa que los crea, por una parte, ha obviado la garantía jurisdiccional, al no ser precisa la autorización judicial para su aplicación, y, por otra, tampoco establece unos plazos para su revisión, dejándolo a criterio de la Administración penitenciaria (Instrucción 11/1999 Dirección General de Instituciones Penitenciarias).

5.3.1. Limitación del régimen de vida (art. 75 RPen): Tal limitación puede ser aplicada de manera **voluntaria** a petición del recluso o de manera **forzosa**, en cuyo caso, se faculta al director del establecimiento penitenciario para limitar de manera forzosa el régimen de vida del recluso ya sea penado o preventivo, alegando motivos de seguridad, buen orden del establecimiento o el aseguramiento de su persona. La aplicación de este precepto conlleva en la práctica: la restricción de la horas de patio; la intervención de comunicaciones; la restricción e intervención de las llamadas telefónicas; el corte del disfrute de permisos; la limitación de actividades culturales, etc...

Sin entrar a analizar la vaguedad de los motivos que fundamentan la aplicación del referido precepto, ha de destacarse el hecho de que es el reglamento y no la Ley quien faculta a la Administración para limitar derechos fundamentales. En este aspecto, todavía no se ha planteado ni ante el Tribunal Constitucional ni ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo ningún recurso que permita un adecuado control de este tipo de normativa. Únicamente por la vía de queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (art. 76.2.g RPen) se procede en la actualidad a un control de su aplicación práctica sobre el caso concreto, valorando si existieron motivos fundados y objetivos que ampararan la aplicación del precepto (Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Oviedo 2 de julio de 1996; Autos de la Audiencia Provincial de Madrid 503/1998; 92/1999; 6 de febrero de 2007), pero no se entra a valorar la posible ilegalidad de la norma en cuestión.

5.3.2. Ficheros de Internos de Especial Seguimiento —FIES—. Los ficheros de internos de especial seguimiento fueron creados y desarrollados por diversas

circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 6 de marzo de 1991, 28 de mayo de 1991 y 28 de febrero de 1995.

Tras la entrada en vigor del RPen tuvo lugar una refundición de todas las circulares, instrucciones y órdenes de servicio en materia penitenciaria, dando lugar a la Instrucción 21/1996 en virtud de la cual se dejaban sin efecto las anteriores, pero en materia de FIES continúa siendo una Instrucción la que regula tal situación, cuya finalidad es disponer de una amplia información de determinados grupos de internos por el delito cometido, su trayectoria penitenciaria, su integración en formas de criminalidad organizada... que permita conocer sus intervenciones y una adecuada gestión regimental, ejerciendo un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario (Instr. 21/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias).

Existen cuatro tipos de FIES:

—FIES 2 CD (control directo). Personas conflictivas, autoras o inductoras de alteraciones del régimen penitenciario, dentro, fuera o en traslados o diligencias, en los que se haya puesto en peligro la vida o integridad física de funcionarios, autoridades, personal laboral u otros internos.

—FIES 2 NA (narcotraficantes). Personas preventivas o penadas por delitos contra la salud pública —distribución y venta de drogas ilegales—, por delitos relacionados con actividades ligadas a esta distribución y venta, o que colaboren y/o apoyen a grupos organizados dedicados a estas actividades.

—FIES 3 BA (bandas armadas). Personas preventivas o penadas por delitos de terrorismo o vinculación con banda armada, así como quienes apoyan y/o colaboran con éstas.

—FIES 4 FS (fuerzas de seguridad y funcionarios). Personas preventivas o penadas que pertenecen o han pertenecido a cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o al cuerpo de funcionarios de instituciones penitenciarias.

—FIES 5 CE (características especiales). Personas con diversas tipologías delictivas —delincuencia internacional, delitos contra la libertad sexual especialmente violentos y con alarma social, delitos contra el ya extinguido deber de realizar la prestación social sustitutoria—y personas con una evolución positiva en FIES 1.

Cuando un recluso es incluido en alguno de estos ficheros, se ejerce un férreo control sobre él, para obtener la información que requiere la Administración. Así, el recluso puede ver intervenidas o limitadas sus comunicaciones, con identificación y control de la persona libre con la que comunica, cacheos y requisas con mayor frecuencia, destino a módulos donde se ejercen mayores medidas de seguridad, y un prejuicio negativo a la hora de valorar su expediente penitenciario para resolver una

posible concesión de permisos, progresión de grado o libertad condicional, instituciones éstas en las que se debería tener en cuenta para su concesión la evolución en su tratamiento, y no la arbitrariedad con la que se realiza la inclusión en dichos ficheros.

El hecho de ser incluido en uno de estos ficheros conlleva una serie de restricciones en diversos derechos fundamentales del recluso, que no son aplicadas a otros presos clasificados en el mismo grado de tratamiento y que, sin embargo, no han sido incluidos en tales ficheros. El Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de esta normativa por infracción del principio de legalidad, sólo ha valorado en cada caso concreto si la restricción de derechos que se estaba produciendo resultaba constitucionalmente adecuado o no (Auto TC 241/1994; STC 189/1994).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado nula de pleno derecho la Instrucción 21/1996, apartado 1º, donde se regulan los FIES, por vulneración de los principios de reserva de ley y jerarquía normativa (TS 17 de marzo de 2009).

Con objeto de dar cumplimiento a la referida sentencia, el Ministerio del Interior elaboró en julio de 2010, el Real Decreto 419/2011 para modificar el art. 6.2.4, art. 65.2.3, RPen, en virtud del cual se pretende por un lado dotar de cobertura reglamentaria a los FIES, y por otro, garantizar que la inclusión en uno de estos ficheros no suponga para el recluso una fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente le venía determinado por su grado de clasificación. No obstante, el informe favorable emitido por el Consejo General del Poder Judicial de 23 de septiembre de 2010, pone de manifiesto la excesiva indeterminación de los perfiles de los reclusos que pueden ser incluidos en esta clase de ficheros, así como también la excesiva vaguedad en indeterminación respecto de las medidas que pueden ser aplicadas a los mismos. Por tanto, tenemos que el simple hecho de elevar a reglamento lo dispuesto en una circular, para dotar de una aparente cobertura legal a los FIES, no va a solucionar el problema de fondo generado por dichos ficheros, en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales se refiere.

5.4. Formas especiales de cumplimiento (centros de inserción social, unidades dependientes, establecimientos mixtos, departamentos para jóvenes, unidades de madres, unidades extrapenitenciarias, unidades psiquiátricas penitenciarias)¹⁵.

Las formas especiales de ejecución no aparecían ni en la LOGP ni en el RP del 81, constituyendo así una de las principales innovaciones introducidas en la legislación española por el RP de 1996 como exponentes principales del sistema de individualización científica y específicamente del área de la ejecución del tratamiento

¹⁵ Memento Práctico Penitenciario, 2021-2022, Ed. Lefebvre. pp. 267 y ss.

penitenciario, como modelos de ejecución de actividad penitenciaria insertos en los regímenes comunes pero caracterizados por constituir:

-- En algunos casos una respuesta específica a las especiales necesidades de ciertos colectivos

-- En otros casos, por ser una respuesta del régimen abierto a necesidades especiales de otros colectivos.

5.4.1. Centros de inserción social (arts 163 a 164 RP)

Son establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto, así como al seguimiento de cuantas penas no privativas de libertad se establezcan en la legislación penal cuya ejecución se atribuya a los servicios correspondientes del Ministerio de Interior u órgano autonómico competente. También se dedican al seguimiento de los liberados condicionales que tengan adscritos.

La actividad penitenciaria en estos centros tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presenten las personas en ellos internadas mediante el desarrollo de actividades y programas de tratamiento destinados a favorecer su incorporación al medio social.

Su funcionamiento está basado en el principio de confianza en el interno y en la aceptación voluntaria por el mismo de ellos programas de tratamiento. Sus principios rectores son:

- a) La integración, facilitando la participación plena del interno en la vida familiar, social y laboral y proporcionando la atención que precise a través de los servicios generales buscando su inserción en el entorno familiar y social adecuado.
- b) La coordinación, con cuantos organismos e instituciones públicas y privadas actúen en la atención y reinserción de los internos, prestando especial atención a la utilización de los recursos sociales externos, particularmente en materia de sanidad, educación, acción formativa y trabajo.

5.4.2. Unidades dependientes (arts. 165-167 RP)

Están ubicadas fuera de los recintos penitenciarios preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativo a su dedicación, aunque dependen administrativamente siempre de un centro penitenciario. Imparten servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental, gestionadas de forma directa y preferentemente por asociaciones u organismos no penitenciarios (ONGs). Aunque también la Administración penitenciaria puede participar, sin perjuicio de otras funciones de control y coordinación. Los penados deben estar clasificados en tercer grado de tratamiento,

cumpliendo los requisitos establecidos en la legislación general, para poder ser destinados a estas unidades.

Se crean por orden ministerial o resoluciones autonómicas equivalentes, pudiendo venir propiciadas por la suscripción de acuerdos o convenios de colaboración con instituciones dedicadas a la resocialización de los internos.

Todas deben contar con unas normas de funcionamiento interno, que recojan los derechos y obligaciones de los residentes, el horario, las normas de convivencia y comunicaciones internas. También deben contar con unas normas de organización y seguimiento en las que se recojan: los objetivos específicos de la unidad; los perfiles preferentes de los internos; la composición de los órganos mixtos integrados por la Administración penitenciaria y la institución correspondiente para el seguimiento del funcionamiento de la unidad, el régimen ordinario de reuniones, sus pautas concretas de actuación y el servicio que en ellas deben prestar los funcionarios penitenciarios.

La selección de los internos que hayan de ser destinados a cada unidad dependiente se realizará por las juntas de tratamiento, atendiendo a los criterios generales para la clasificación en tercer grado y a los perfiles existentes en cada una de ellas. El Director del establecimiento ha de comunicar al JVP del destino de cada interno a la unidad dependiente, así de los posibles cambios de destino que se produzcan.

5.4.3. Establecimientos mixtos (arts. 168-172 RP)

El art. 16.a LOGP posibilita la creación excepcional por el centro directivo de programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar para grupos determinados de población penitenciaria, de centros o departamentos mixtos donde indistintamente puedan ser destinados hombres y mujeres (art. 168 RP). Cuando las juntas de tratamiento, contando con el consentimiento de los seleccionados exigido en el art. 99.3 RP formulen propuestas de destino a un establecimiento mixto, deben valorar ponderadamente todas las circunstancias personales y penitenciarias concurrentes y, especialmente, las variables de autocontrol individual de los internos. Los internos condenados por delitos contra la libertad sexual no pueden ser destinados a estos departamentos.

El centro directivo puede autorizar que se organicen en estos establecimientos “grupos de comunidad terapéutica” en la forma y condiciones establecidas en el art. 115 RP.

En función de la diferenciación sexual de los residentes, los consejos de dirección o la junta de tratamiento responsable en los supuestos de comunidad terapéutica, han de someter al centro directivo para su aprobación las normas de régimen interior, donde se detallan que tipo de separación de la LOGP debe seguir presidiendo el régimen de vida.

En todo caso, y salvo que razones de tratamiento, clasificación, seguridad o buen orden del establecimiento lo hagan desaconsejable, se debe fomentar la plena convivencia de los cónyuges que se encuentre privados de libertad.

5.4.4. Departamentos para jóvenes (arts. 173 a 177 RP)

El art. 173 RP conceptúa como internos jóvenes a los menores de 21 años y a título excepcional a los que no hayan alcanzado los 25 años. El régimen de vida de los departamentos para jóvenes se caracteriza por una acción educativa intensa.

El personal adscrito a los departamentos para jóvenes debe dirigir sus actuaciones a la formación integral de los internos, potenciando y desarrollando sus capacidades por medio de técnicas compensatorias que les ayuden a mejorar sus conocimientos y capacidades, de modo que se incrementen sus oportunidades de reinserción en la sociedad.

Se fomenta el contacto del interno con su entorno social, utilizando al máximo los recursos existentes y procurando la participación de las instituciones comunitarias en la vida del departamento. Como consecuencia, todos los medios educativos de atención especializada y todos los demás medios apropiados deben estar disponibles y ser utilizados para responder a las necesidades del tratamiento personalizado del interno (art. 174 RP).

Programas de aplicación en los centros para jóvenes. Las condiciones arquitectónicas y ambientales, así como el sistema de convivencia y la organización de la vida del departamento se estructura de manera que se garantice el desarrollo de cinco programas fundamentales:

1.- Programa de formación instrumental y formación básica, entendida como una formación general y compensadora de una educación deficitaria en relación con el desarrollo y las exigencias de la sociedad actual. Ha de permitir acceso a todos los niveles de enseñanza establecidos en la ordenación del sistema educativo.

2.- Programa de formación laboral, que comprenda tanto el aprendizaje inicial para poder incorporarse al mercado del trabajo, como la actualización, la reconversión y el perfeccionamiento de conocimientos y habilidades par ejercer una profesión o un oficio según las exigencias del desarrollo social y del cambio constante del sistema productivo.

3.- Programa de formación para el ocio y la cultura que pretenda el aprovechamiento del tiempo libre con finalidades formativas y la profundización en los valores cívicos.

4.- Programa dirigido a la educación física y al deporte que permita, además de mejorar el estado del organismo, liberar tensiones, tanto físicas como psicológicas.

5.- Programa de intervención dirigido a aquellas problemáticas de tipo psicosocial, de drogodependencias o de otro tipo que dificulten la integración social normalizada de los internos.

Al diseñar el modelo individualizado de intervención o el programa de tratamiento se establecerá un proyecto educativo conforme a las características personales de cada interno y será objeto de seguimiento y evaluación periódica, en el que participarán todos los profesionales que atiendan al joven interno.

Los departamentos se diversificarán en distintos tipos según que los internos se encuentren clasificados en primer, segundo o tercer grado de tratamiento. Para alcanzar los objetivos establecidos en cada programa individualizado de ejecución y potenciar el interés, la colaboración y la participación de los internos en su tratamiento, es preciso poner en práctica un sistema flexible de separación, a cuyo efecto en cada departamento se han de establecer diversas modalidades de vida, caracterizadas por márgenes progresivos de confianza y libertad.

5.4.5. Unidades de madres

La estancia en prisión de madres con hijos menores a su cuidado da lugar a la regulación incluida en los arts. 29 y 38 LOGP tras la reforma de LO 13/1995, que incluye:

--La excepción a la obligación de trabajar de las mujeres embarazadas durante 16 semanas ininterrumpidamente, ampliables por parto múltiple hasta 18 semanas.

-- Las internas pueden tener en su compañía a los hijos hasta que cumplan 3 años, siempre que acrediten debidamente su filiación. Y en los centros deberá existir un local habilitado para guardería infantil (art. 38.2 LOGP).

-- La Administración penitenciaria debe celebrar los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad (art. 38.2 LOGP)

-- Reglamentariamente se ha de establecer un régimen específico de visitas para los menores que no superen los 10 años y no convivan con la madre; estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a la frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos.

Los fines que deben cumplir las unidades de madres son (art. 17.5 RP):

.Facilitar las especificidades regimentales

.Facilitar las especificidades médico-sanitarias

.Facilitar las salidas que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias.

a) Especialidades regimentales en establecimientos ordinarios

. Prestaciones a los menores (art. 178.1 RP): la junta de tratamiento debe programar las actividades formativas y lúdicas, así como las salidas programadas, de los menores con especial atención a su integración social.

. Deben contar con un especialista en educación infantil y otro especialista en pediatría,

. Se debe garantizar a los menores las horas de descanso y de juego que aquellos precisen. A estos fines se dedica un espacio suficiente de acción formativa con elementos de juego y de entretenimiento.

. Las visitas sólo pueden restringirse de forma transitoria y por razones de orden y de seguridad.

. En el caso de que las madres carezcan de medios económicos suficientes, la Administración debe proveer lo necesario para el cuidado infantil de los hijos con los que compartan su internamiento.

b) Especialidades regimentales en relación con el horario de las internas clasificadas en tercer grado con hijos menores (art. 179 RP). La junta de tratamiento debe aprobar un horario adecuado a sus necesidades familiares con el fin de fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar, pudiendo pernoctar en el domicilio e ingresar en el establecimiento durante las horas diurnas que se determinen. La flexibilidad de horario de las internas clasificadas en tercer grado con hijos menores viene referida cuando: tengan con ellas a hijos menores de 3 años; tengan hijos con ellas y otros en casa o únicamente tengan hijos menores en sus domicilios.

Cuando se detecte que un menor es objeto de malos tratos, físicos o psíquicos, o es utilizado por su madre o familiares para introducir o extraer del establecimiento sustancias u objetos no autorizados, el consejo de dirección, previo informe de la junta de tratamiento lo ha de comunicar a la autoridad competente en materia de menores para que decida lo que estime procedente.

5.4.6. Unidades extrapenitenciarias (art. 182 RP)

El RP de 1996 incorpora el art. 57.1 que autoriza el ingreso de penados en tercer grado con problemas de drogodependencia en instituciones extrapenitenciarias, públicas o privadas, cuando necesiten tratamientos específicos de deshabituación de drogodependencias y otras adicciones. La autorización para su ingreso debe hacer constar:

--Programa de deshabituación aprobado por la institución de acogida que debe contener el compromiso expreso de la institución de acoger al interno y de comunicar al centro penitenciario las incidencias que surjan en su tratamiento.

--Consentimiento y compromiso expreso del interno para observar el régimen de vida propio de la institución de acogida.

--Programa de seguimiento del interno aprobado conjuntamente por el centro penitencio y la institución de acogida, que debe contener los controles oportunos

establecidos por el centro, cuya aceptación previa y expresa por el interno será requisito imprescindible para poder conceder la autorización.

El CP también incluye el internamiento en centro de deshabitación entre las medidas de seguridad privativas de libertad del art. 96CP.

5.4.7. Unidades psiquiátricas penitenciarias (art. 183 a 191 RP). Vid. También tema 2 con relación al cumplimiento de las Medidas de Seguridad, en concreto, el internamiento psiquiátrico.

Son centros especiales o destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales. Y además también para:

- a) El ingreso de detenidos y presos para su observación y emisión de informe cuando presenten patología psiquiátrica
- b) El ingreso de penados por razón de enfermedad mental sobrevenida. El CP establece que, cuando después de la sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el juez de vigilancia penitenciaria debe suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo que se puede decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad no más grave que la pena sustituida. Ver lo relativo a sustitución de la pena en estos supuestos en el tema 2.

Su ubicación y diseño debe tener en cuenta: criterios terapéuticos; la necesidad de favorecer el esparcimiento y la utilización del ocio por parte de los pacientes internados y la disposición de espacio suficiente para el adecuado desarrollo de las actividades terapéuticas y rehabilitadoras.

La Administración penitenciaria debe procurar que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes.

El personal de estos centros se divide en:

.Personal de las unidades psiquiátricas penitenciarias, para garantizar un adecuado nivel de asistencia, deben disponer de al menos un equipo multidisciplinar, integrado por psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales, para poder prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes y también con profesionales y personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.

.Personal de instituciones extrapenitenciarias. Para complementar la tarea asistencia dispone que la Administración penitenciaria ha de solicitar la colaboración necesaria de otras Administraciones públicas con competencia en la materia para que:

-el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad.

- se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrica.

- los enfermos cuya situación personal y procesal lo permitan puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental.

Régimen de vida:

- Normas de ingreso: En el momento del ingreso, el paciente ha de ser atendido por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, debe disponer lo conveniente respecto al destino de aquel a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por el psiquiatra.

- Informe inicial: el equipo que atiende al paciente debe presentar un informe a la autoridad judicial en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio de pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro establecimiento o unidad psiquiátrica, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida del centro.

- Informes periódicos. Para el debido control judicial la situación personal del paciente debe ser revisada, al menos, cada seis meses por el equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución. Tanto el informe inicial como los sucesivos informes periódicos han de ser remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

- Separación interior: la separación en los distintos departamentos de que consten los establecimientos o unidades se debe hacer en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente.

Normas de convivencia:

- Restricciones a la libertad personal de los pacientes: deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquel o del éxito del tratamiento.

- Medios coercitivos: tienen la consideración de medida excepcional que solo puede ser admitida por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo indispensable previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar en todo momento la dignidad de la persona. Aunque la aplicación de dichos medios coercitivos sea ordenada por el facultativo, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la autoridad judicial

de la que dependa el paciente, dándose traslado documental de su prescripción médica.

- Régimen disciplinario: no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones las disposiciones del régimen disciplinario contempladas en el Reglamento Penitenciario.

- Actividades rehabilitadoras: con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitucionalización de la población internada y facilitar su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los establecimientos o unidades se debe establecer, con soporte escrito, una programación general de actividades rehabilitadoras, así como programas individuales de rehabilitación para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquello que, aun teniendo más dificultades para su reinserción, puedan, no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social (art. 189 RP).

- Relaciones con el exterior (art. 190 RP). Las comunicaciones con el exterior de los pacientes se deben fijar en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquellos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes pueden comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones.

5.5. Intervención de la víctima en la ejecución penal.

Desde la aparición del Estado la víctima del delito fue perdiendo el protagonismo que le corresponde motivado por una concepción del *ius puniendi* estatal, como potestad exclusiva de éste, que al sustituir a la venganza privada separó, definitivamente, el castigo del ofensor del interés directo y privado del ofendido, lo que trajo como consecuencia inevitable la pérdida de protagonismo de la víctima en todos los sectores del sistema punitivo. En la **ejecución penitenciaria** la víctima nunca tuvo presencia alguna, pues la finalidad resocializadora atribuida a la pena privativa de libertad en el art. 25.2 de la Constitución va a determinar, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre, el sistema de ejecución penal denominado de «individualización científica» en el que todas las decisiones que se toman tienen como único destinatario al penado, lo que conlleva dejar en un segundo plano el delito cometido y el daño ocasionado a la víctima y primar, casi con exclusividad, la idea de reinserción del sujeto autor del delito¹⁶. Sin embargo, la forma de cumplir la pena tiene tanta importancia como su duración, ya que existen institutos jurídico-penitenciarios que inciden notablemente sobre la situación de privación de libertad del interno (permisos, régimen abierto, libertad condicional, ...) que pueden suponer un acortamiento significativo del tiempo de internamiento *efectivo*. Tal como se configura nuestro sistema penitenciario, en la prisión se realiza un *nuevo juicio* sobre el delito en base tanto a la

¹⁶ NISTAL BURÓN, J., «La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario», *Diario LA LEY*, núm. 8555, 5 de junio de 2015, pág. 1

naturaleza y gravedad de los hechos como a la duración de la pena y valoración/pronóstico de la futura conducta del penado (aportación de otras ciencias sociales), que suponen para el penado el otorgamiento de un concreto estatus jurídico, que debe contar ciertamente con las suficientes garantías legales para él pero también para la víctima del delito.

Desde hace unas décadas, los derechos de las víctimas están siendo recuperados¹⁷ y su protagonismo se incrementa a partir de la entrada en vigor de la **Ley 4/2015 que regula el Estatuto de la Víctima**. Este avance legal es positivo puesto que refuerza los derechos de las víctimas, al ofrecerles mayor apoyo y protección, así como facilitándoles los medios para contribuir a su reparación material y su recuperación personal. Sin embargo, en algunos aspectos no ha abordado con detalle dicha intervención por lo que pueden plantearse problemas prácticos y además ha dejado lagunas en la regulación dejando espacios penales y penitenciarios cerrados a su intervención. Los avances legales que incorpora refuerzan los derechos de las víctimas, al ofrecerles mayor apoyo y protección, así como facilitándoles los medios para contribuir a su reparación material y su recuperación personal, más allá de lo exigido por la Directiva 2012/29, del Parlamento y del Consejo de 25 de octubre, que establece las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, permitiendo que la víctima pueda recurrir resoluciones en materia penitenciaria.

5.5.1. La intervención en los procedimientos penitenciarios.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular los procedimientos y recursos ante los Juzgados de Vigilancia, establece que sólo pueden intervenir el penado o su abogado y el Ministerio Fiscal. Ni la víctima, ni la Administración Penitenciaria están legitimadas para intervenir.

La **víctima** porque no le es indiferente el modo en que cumple la condena quien le agravió, y la **Administración Penitenciaria** porque sin duda tiene interés directo y legítimo en la resolución de estos asuntos, y por tanto no debería estar condenada a ser mera emisora de informes sin posibilidad de formular alegaciones. Sin embargo, la *STC de 11 de septiembre de 1995* rechazó la legitimación de la Administración Penitenciaria como parte en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia. Por lo que se refiere las *partes procesales intervinientes en la causa penal*, con excepción de las mencionadas (penado y Ministerio Fiscal) sea la acusación particular, sea la acusación popular si se hubiere ejercido, no están legitimadas para recurrir las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En contra de este criterio, TAMARIT SUMALLA entiende que tal exclusión resulta difícilmente justificable porque la intervención del perjudicado por el delito no se debe limitar sólo a obtener una sentencia favorable, sino que debería tener

¹⁷ Como antecedentes podemos destacar una de las leyes pioneras en esta materia, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. La 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas introdujo la posibilidad de oír la opinión de la víctima en algunos aspectos de la ejecución penitenciaria. Con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y, sobre todo, con la Ley 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, se potencia la información y la seguridad de la víctima.

derecho a que se pueda hacer «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», como uno de los efectos de la intervención de los particulares en la Justicia. No es suficiente defender que los «intereses de terceros tan sólo pueden consistir en el interés general en que se cumpla la Ley, y promoverlo es precisamente función específica del Ministerio Fiscal», por la misma razón habría que negar entonces el ejercicio de la acción penal en todo proceso por parte de los particulares perjudicados e incluso no perjudicados por el delito.

La intervención de la víctima o perjudicado en la ejecución se ha de tomar con suma cautela para evitar un envilecimiento de la ejecución de la prisión. Por lo cual entendemos que la intervención del perjudicado o víctima del delito debe ser valorada de forma ponderada.

5.5.2. El papel de la víctima en la LO 7/2003

Con la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se produjo un cambio importante en cuanto a la participación de la víctima en los procedimientos penitenciarios en la línea indicada del proyecto de ley antes citado, y así en el art. 36.2 CP, que establece el periodo de seguridad, se determina que en el caso de levantamiento del citado periodo y aplicación del régimen general de cumplimiento por parte del JVP, se oirá previamente al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás partes*.

La reforma del CP de LO 1/2015 ha introducido el nuevo apartado tercero del art. 36 que establece que el JVP podrá acordar la clasificación en tercer grado por razones humanitarias y dignidad personal de los enfermos muy graves con padecimientos incurables y mayores de setenta años que presenten escasa peligrosidad, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás partes*. Este grado ya estaba regulado en el art. 104.4 RP, pero nos parece acertado que se le haya dado la cobertura legal que no tenía.

Igualmente en el art. 78.2 CP, incorporado por LO 7/2003 y reformado por LO 1/2015, establece la posibilidad de vuelta al régimen general de cumplimiento: «En estos casos, 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».

El criterio de la intervención de las *demás partes* que se contemplaba en la libertad condicional anticipada a los 2/3 regulada en el antiguo art. 91.1 2 CP ha sido suprimida en el nuevo art. 90.2 CP, lo cual nos parece totalmente negativo, pues no se admite la intervención de la víctima en la aplicación de este beneficio penitenciario, aunque sí se permite en la modalidad del adelantamiento cualificado de 90 días por año de los 2/3 (art. 90.2).

En los artículos anteriormente citados no se indican cuáles son las *demás partes*, podría ser la víctima, la acusación particular o popular; sin embargo, no lo indican de forma clara, si bien la LO 4/2015, como veremos, sí que detalla expresamente la posibilidad de que la víctima pueda interponer algunos recursos en

materia de ejecución penitenciaria.

5.5.2.1. La responsabilidad civil derivada del delito

Encontramos antecedentes sobre la satisfacción de la responsabilidad civil durante la ejecución penal de la pena en el CP de 1928 en su art. 169, y en el CP de 1970 en su art. 114, en los que se hacía referencia a la obligación legal de destinar parte de las ganancias obtenidas en prisión al pago de aquella. Pero ni en la LOGP ni en el RP existían disposiciones referentes expresamente a la reparación del daño a las víctimas como elemento central para calibrar la evolución en el proceso resocializador del victimario.

La LO 7/2003, de 30 de junio, exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado y la libertad condicional, por lo que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de clasificación debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica *plenamente* en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito si no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, *singularmente*, cuando el penado hubiera sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

La exigencia del pago de la responsabilidad civil derivada del delito resulta esencial y que tal requerimiento sea *especialmente intenso* en el ámbito de la delincuencia de la denomina «criminalidad de cuello blanco», de la delincuencia que produce especiales perjuicios en el ámbito laboral o socioeconómico.

Por tanto, la prognosis social arrojará un sentido negativo cuando el sujeto que, pudiendo hacerlo, no repare el daño causado permaneciendo indiferente a las consecuencias de su acción. Por ello ha de entenderse que lo dispuesto en el art. 72.5 LOGP tendrá validez para aquellos supuestos en los que el sujeto solvente, total o parcialmente no haga frente a ella voluntariamente o por vía de apremio. Luego lo que debe exigirse es una colaboración activa del penado en esa reparación y no meramente inactiva como sujeto pasivo de una investigación patrimonial.

Así pues, se trata de que el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil debe hacerlo en el sentido del esfuerzo serio de la reparación, como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar el Juez.

En relación con la obligación de tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito para que el penado pueda ser clasificado en tercer grado y en libertad condicional, son necesarias pues suponen la introducción de la *restorative justice*, es decir, la justicia restaurativa.

La introducción del factor del pago de la responsabilidad civil es: «muy adecuado que la ley vincule el disfrute de una ventaja o beneficio por parte del delincuente a que éste subsane en todo o en parte la deuda para con la víctima. (...). Si el sujeto está en condiciones de pagar la responsabilidad civil y no quiere hacerlo, su actitud es valorable, no como dato meramente objetivo de que no paga, sino como el dato sorprendente subjetivo de que negarse a pagar pudiendo hacerlo pone de manifiesto una importante falta de nivel de aptitud del sujeto para resocializarse o reeducarse en el sentido de las leyes penales y penitenciarias». No cabe duda de que la progresión a régimen abierto, el adelantamiento de la libertad condicional y ésta misma son mecanismos penitenciarios que pueden estimular el pago de la responsabilidad civil y que la Administración Penitenciaria puede utilizar instrumentos para «influir» en la satisfacción de la responsabilidad civil.

Para finalizar este apartado hemos de destacar que el CP del año 2015 refuerza la valoración de la responsabilidad civil a la hora del estudio de la libertad condicional puesto que el art. 90.4 establece que: «El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

5.5.3. Participación de la víctima tras la ley 4/2015

En el preámbulo de Ley 4/2015, de 27 de abril, se indica que el Estado conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que le permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de *delitos de carácter especialmente grave*, así como facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de *peligro para la víctima*. En el mismo preámbulo se mantiene que la regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado.

La participación de la víctima en la ejecución penal que le otorgó la LO 7/2003, que como dice NISTAL BURÓN podemos calificar de pasiva, se amplía ahora con esta Ley 4/2015 a un protagonismo activo de la misma en dos niveles, en los términos

establecidos en el art. 13: como participación activa directa se legitima a las víctimas para impugnar determinadas resoluciones judiciales de la fase de ejecución y como participación activa indirecta, cuando en el apartado segundo, se atribuye a las víctimas legitimación para interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conductas previstas por la Ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima; así como para facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el decomiso que hubiera sido acordado.

La participación activa de la víctima en los procedimientos del JVP en materia de ejecución penitenciaria se puede producir por un doble cauce directo e indirecto.

1. Como **protagonista directa**. En la ejecución de la sentencia condenatoria, la participación de la víctima se circunscribe a la posibilidad de recurrir las resoluciones del JVP penitenciaria solamente en los tres supuestos del art. 13 de la Ley 4/2015, es decir, cuando las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del art. 5.1, que les ; sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el JVP autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art. 36.2 CP, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos de: homicidio, aborto del art. 144 CP, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robos cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, trata de seres humanos.

b) El auto por el que el JVP acuerde, conforme al art. 78.2 CP, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del art. 36.2 CP o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Antes de que el JVP tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el art. 13.1, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del art. 5 de esta Ley. La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días

contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del art. 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación. Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado, pero el recurso debe estar firmado por abogado.

2. Como **protagonista indirecta**. Según lo dispuesto en el art. 13.1.2, las víctimas estarán también legitimadas para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente *una situación de peligro para la víctima*, pueden ser cualquiera de las medidas no privativas de libertad como por ejemplo la libertad vigilada (arts. 105 y 106 CP).

b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

En cualquier caso, la participación activa de la víctima en la ejecución penal, tanto directa como indirecta, exige que la misma haya solicitado, que se le notifiquen las resoluciones susceptibles de impugnación [art. 5.1 letra m) de la Ley 4/2015], aunque no es necesario que se hubiera mostrado parte en la causa y tampoco que la víctima sea asistida de abogado. Por otra parte, no puede desconocerse la disfunción que la notificación a las víctimas podrá ocasionar en el procedimiento de ejecución ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (...). Por ello, la notificación a la misma de las resoluciones del art. 13 causará una dilación en el procedimiento del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria».

5.5.3.1. Participación de la víctima en el tratamiento penitenciario

Según el art. 25.2 CE las penas estarán orientadas a la reeducación y reinserción social del penado, éstas se deben tender a alcanzar con el tratamiento penitenciario, que es el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de las indicadas reeducación y reinserción social (art. 59 LOGP). Pero en ninguna de estas actividades tratamentales se da participación activa a la víctima en esta Ley 4/2015, cuando sería razonable que esa participación tuviera lugar, al menos, en la clasificación y progresión al tercer grado de tratamiento, pues si la víctima puede recurrir el auto del JVP de concesión de la suspensión de la condena y libertad condicional más aún deberá tener esta posibilidad con el tercer grado que puede suponer la salida diaria de la prisión. Como hemos visto, en el régimen actual el control judicial de los terceros grados solo existe cuando se produce una impugnación por el Ministerio Fiscal, el penado o el abogado de éste. Por ello, hubiera sido recomendable, que en esos delitos a los que hace referencia el art. 13 de esta Ley 4/2015, la víctima también tuviera protagonismo directo en la ejecución penal que le permitiera recurrir estas decisiones, porque el Estatuto de la víctima, en este ámbito competencial de la Administración penitenciaria, solamente prevé en su art. 7.1 e) que

las resoluciones o decisiones penitenciarias que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de las víctimas se notifiquen a éstas. Hubiera sido acertado que las autorizaciones del JVP de permisos de salida para los clasificados en segundo grado fuesen susceptibles de poder ser impugnada por la víctima para los delitos indicados en el art. 13.

Se dice que la orientación resocializadora de la pena se podría ver comprometida seriamente, en la práctica, con una participación activa de la víctima en la ejecución penal pues dicha intervención tendría como efecto aumentar el número las denegaciones de beneficios penitenciarios y liberaciones y endurecería las condiciones a que se subordina su concesión, lo que repercutiría negativamente en las expectativas de reinserción del penado, objetivo de la pena, que debe prevalecer tras la sentencia. Pero una eventual intervención de la víctima en la ejecución penitenciaria está justificada en la medida en que esta intervención contribuye a la reinserción social del delincuente, que es el fin principal de la pena, mediante la responsabilización del infractor por el hecho cometido, el arrepentimiento por el mal causado y la reparación, en la medida de lo posible, de los perjuicios materiales y morales provocados.

5.5.3.2. La reparación del daño

La ejecución penitenciaria de la pena debe posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de «responsabilización» por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño, ello conferiría sentido al *paradigma de reintegración comunitaria del victimario*.

El art. 59 LOGP establece que el tratamiento pretende hacer del penado una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal así como subvenir a sus necesidades, procurándose que desarrollen una actitud de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general. Por tanto, el factor asumir la responsabilidad comprende lógicamente la reparación del daño y/o la satisfacción de la responsabilidad civil. En relación con este tema el art. 33.1.d LOGP al regular el trabajo penitenciario dispone que la Administración Penitenciaria debe de procurar que los internos «*contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento del resto de sus obligaciones*», y no cabe duda que una de ellas es la responsabilidad civil derivada del delito, con lo cual el penado podría satisfacerla con los ingresos ocasionados por su trabajo durante la ejecución de la pena siempre y cuando tengan el carácter de embargables o si él voluntariamente quiere proceder al pago.

Por tanto, si bien la clasificación y tratamiento penitenciario se centra en la personalidad del victimario, es necesario tener en cuenta como criterio resocializador del mismo la actividad reparadora a la víctima. El requisito del pago de la responsabilidad civil constituye una variable a ponderar, junto con el resto de variables clasificatorias, en los supuestos de clasificación en tercer grado y libertad condicional. Tal variable hace referencia al aspecto de la personalidad del acusado relativo a su actitud o posición frente al delito, y comporta la plena asunción de la responsabilidad delictiva y una inequívoca *voluntad de reparación del daño causado*

por el delito, materializada en el esfuerzo dirigido a su reparación.

Derivar el desplazamiento de la responsabilidad civil a la vía penitenciaria le dota de un sentido tratamental que permite actuar sobre el sujeto, no sólo para facilitarle los medios para cumplirla en casos de insolvencia (por ejemplo, facilitándole trabajo remunerado en los talleres productivos en el interior del centro penitenciario o en el exterior en caso de poder salir al estar clasificado en 3.º grado o 2.º con aplicación del art. 100.2 RP), sino también para motivarle que debe satisfacerla como un paso más a su reinserción.

La satisfacción de la responsabilidad civil reviste una vital importancia porque no sólo refleja un sentido flexible, educativo y resocializador del cumplimiento de la responsabilidad civil, sino que está abriendo el camino a un contenido específico del tratamiento penitenciario de los delitos patrimoniales que han sido tradicionalmente los más olvidados entre los tratamientos específicos desarrollados en el ámbito penitenciario.

Desde el punto de vista del penado, la justicia reparadora aumenta las posibilidades de éxito del tratamiento penitenciario. Favorece la sensibilización sobre las consecuencias del delito, el desarrollo de la empatía y la asunción de responsabilidad, sirviendo como contrapeso de las estrategias de neutralización o de las distorsiones cognitivas que constituyen uno de los principales obstáculos para la adopción de actitudes prosociales.

5.5.3.3. La mediación penitenciaria

La mediación con la víctima real aporta un valor añadido respecto a otras intervenciones terapéuticas basadas en víctimas análogas o en programas de sensibilización hacia víctimas genéricas, aunque debe recordarse la universalidad propia de una buena práctica de la justicia reparadora, que permite aplicarla a delitos sin víctima o en aquellos casos en que ésta rechace participar en el proceso.

La mediación penal víctima-infractor es un proceso en el que la víctima y el infractor se reúnen cara a cara (si es posible) con un mediador. Ambos conversan sobre el incidente, la víctima puede hacer preguntas y recibir información, además de expresar sus sentimientos. Las víctimas obtienen una sensación de cierre con respecto al incidente de liberar su «ira» y otras emociones.

Los infractores consiguen ver a sus víctimas como personas y no sólo como objetos aleatorios. Tienen la oportunidad de responsabilizarse, reducir la vergüenza dañina y hacer la restitución. Como parte del programa, el mediador se reúne con la víctima y el ofensor por separado antes de una sesión conjunta, les explica el proceso, analiza las posibilidades de desarrollar el espacio de cada parte, prepara a cada uno en el uso efectivo de la comunicación, aclara presunciones y expectativas.

Las prácticas restaurativas, como la mediación y otras, pretenden que los infractores se responsabilicen de sus conductas. Esto es importantísimo, en el sentido de que sólo si asumen y se mentalizan que han violado una norma y han dañado a una persona, pueden llegar a comprender hasta qué punto su acción ha perjudicado a esa persona y a la sociedad en su conjunto. Por otro lado, porque si se logra que el

infractor valore y reconozca al menos en parte todo esto, servirá para que no vuelva a cometer el mismo o similares hechos delictivos.

Se trataría de «educar» en el sentido de hacerles comprender, vean y oigan de forma directa (a través de la víctima) que su actitud es dañosa y perjudicial y que no tienen derecho a seguir con esa actitud. Lógicamente, no todos los infractores podrán reflexionar y asumir sus conductas, pero por esta vía se puede conseguir que algunos lo hagan, reduciendo la reincidencia. La víctima va a conseguir liberarse del «rol» de víctima que le puede llegar a acompañar durante toda la vida. Se puede desahogar, expresar sus temores, angustias e ira. Puede conseguir fortaleza y seguridad, lo mismo que la comunidad, pues a través de estas herramientas como la mediación, los daños que se han causado a la víctima y que también repercuten en la sociedad pueden repararse y/o disminuirse de forma considerable.

Los principios jurídicos básicos del tratamiento penitenciario muestran un apreciable grado de concordancia con los de la mediación, como sucede con la voluntariedad o con el carácter dinámico e incentivador de sistema de cumplimiento y el estímulo de la participación del interno en el tratamiento.

La práctica ha demostrado que los procesos restaurativos son igualmente eficaces e incluso más, en delitos graves que en los leves. Los procesos restaurativos como la mediación penal no deben limitarse a infracciones más leves, las víctimas de delitos graves son las que más necesitan poder recuperarse del impacto del delito y esto lo van a conseguir muchas de ellas, de mejor forma a través de la Justicia Restaurativa, teniendo en cuenta que la reparación del daño para la mayoría de ellas no solo es material sino también moral y psicológica.

5.5.3.4. El perdón del victimario

La LO 7/2003, de 22 de junio reformó la LOGP estableciendo en el art. 72.6 que para la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se requerirá (...) que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas (...) «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».

Los «signos inequívocos» y los comportamientos activos «podrían 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». La petición de perdón es una mera formalidad de escaso valor para el pronóstico que el sistema de individualización científica demanda.

Este requisito del arrepentimiento y petición de perdón resulta desproporcionado e injusto porque entra en aspectos morales y cambio de valores lo que no encaja en una resocialización dirigida a los actos no a los pensamientos, tiene connotaciones moralistas y además todo ello no garantiza que sea verdad. La petición expresa de perdón a las víctimas, sin embargo, sí que puede alcanzar objetivos muy positivos si se enmarca dentro de un programa de tratamiento dirigido a asumir el delito, potenciar la empatía hacia la víctima, y desarrollar la

responsabilidad por el daño causado.

La Secretaria General de Instituciones Penitenciarias en el año 2009 puso en marcha un programa de mediación para presos de ETA denominada *Vía Nanclares*, como un instrumento dotado a los penados por delitos de terrorismo, cuya pretensión primordial era lograr la reinserción social y la reeducación de los reclusos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25.2 CE.

Según fuentes del Ministerio del Interior, el programa perseguía que los miembros de ETA arrepentidos tomaran verdadera conciencia de los delitos cometidos y llegasen a la convicción de que tenían que pedir perdón personalmente a las víctimas por el daño que les han hecho. Si el proceso concluía satisfactoriamente, el mensaje se le trasladaba a la víctima para que decidiera si quiere recibir ese perdón o no. En el Centro Penitenciario de Nanclares participaron en este programa entorno a una decena de internos. Los resultados, según estas mismas fuentes, fueron muy positivos.

El Ministerio del Interior anunció el 26 de abril de 2012 la puesta en marcha «Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley» para la reinserción de los presos de ETA aplicable también a miembros de otras bandas terroristas y del crimen organizado. El plan consiste en una serie de iniciativas orientadas a que los terroristas den pasos hacia su integración en la sociedad, y el único requisito para incorporarse al mismo será desvincularse de la organización de forma «clara» y «sólida», sin que, al parecer, deba haber una petición de perdón. El primero de los requisitos es que el interno pida su incorporación al programa de reinserción, para lo que previamente deberá acreditar el rechazo a la violencia y su desvinculación de la organización criminal a la que han pertenecido. A partir de ese punto, el plan contiene un programa específico dedicado a la «educación en valores de convivencia» mediante «aulas» en las que participarán los internos, que también tendrán acceso a cursos de mejora de su «capacitación socio-profesional» orientados a su formación para la inserción en la vida laboral.

5.5.4. La protección de las víctimas

Establece el art. 544 ter LECrim, en su apartado nueve: «La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria».

Por tanto, la Administración penitenciaria, tiene que comunicar a las Oficinas de Atención a las Víctimas las salidas al exterior (permisos, régimen abierto, libertad condicional) o de la excarcelación definitiva de la persona condenada.

5.6. Condición de extranjero en el cumplimiento de la pena.

(Vid. También tema 2 en lo relativo a la expulsión de extranjeros como sustitución de penas y medidas de seguridad)

Actualmente la extranjería constituye una verdadera política de Estado en el marco de las políticas de la Unión Europea. En concreto y por lo que se refiere a España, la preocupación por establecer reglas estrictas de control de la entrada de extranjeros y la instauración de excepciones en relación a la persecución de los delitos que aquellos cometen en nuestro territorio comienza a raíz de la intensificación de la presión de los flujos migratorios en nuestro país. Para el debido control de estos flujos en España, al igual que en los países de nuestro entorno, se establece una línea de actuación que se rige por un postulado general, cual es el de la expulsión de los ciudadanos que se encuentran en situación de irregularidad administrativa.

Esta línea de actuación viene a consagrar una política de extranjería cuyo objetivo prioritario es la repatriación del territorio español de aquellas personas que han cometido delitos, a través de alguno de los instrumentos previstos legal y reglamentariamente en nuestro ordenamiento jurídico —expulsión, traslado de personas condenadas, libertad condicional en el país de origen, orden europea de detención y entrega y extradición— incluso, en algunos casos, con preferencia a la exigencia de la posible responsabilidad penal o al cumplimiento íntegro o parcial de la pena impuesta al delincuente extranjero. Es decir, que nuestra política de extranjería mantiene como objetivo general que los extranjeros que cometen delitos en nuestro país no permanezcan en España.

Por su parte y en los términos en que se expresa la Constitución española (CE) en su art. 25.2, cuando dice que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (...)», los fines de la política penitenciaria son preferentemente los de la reeducación y la reinserción social. Este objetivo determina que la prisión haya perdido la función retributiva de mero castigo y venganza, de la que participó en su concepción originaria, y que el objetivo de la actividad penitenciaria sea el de servir, preferentemente, como medio de recuperación social de aquellas personas que han incidido en la actividad delictiva, sin diferenciar a españoles de extranjeros.

Como podemos comprobar, los fines de la actividad penitenciaria y de la política de extranjería, aparentemente, se nos presentan enfrentados, lo que podría determinar que la preferencia del uno sobre el otro generara una contraposición insalvable. De tal forma que, si la proyección de la política de extranjería en el ámbito de la actividad penitenciaria fuera preferente, determinaría que los intereses más próximos que persiguiera dicha actividad con los reclusos extranjeros se limitara, única y exclusivamente, a la mera colaboración con las autoridades judiciales y gubernativas en la tramitación y ejecución de la repatriación de aquellos para, de esta forma, disminuir la ocupación de los centros penitenciarios, cada vez más concurridos con población reclusa extranjera. Al contrario, si la proyección de la actividad penitencia fuera preferente sobre la de la política de extranjería, ello determinaría que los reclusos extranjeros no fueran repatriados más allá de algunos casos

excepcionales admitidos voluntariamente por los propios interesados y permanecieran en España durante el cumplimiento de la totalidad de sus condenas.

Ante esta posición de enfrentamiento de objetivos, la cuestión se centraría en encontrar un posible ámbito de confluencia en el que fuera posible armonizar los fines de ambos ordenamientos jurídicos —el de extranjería y el penitenciario— para de esta forma poder cumplir el objetivo propio de cada uno sin menoscabo del otro. Es decir, no desvirtuar el objetivo principal de las penas privativas de libertad por primar el objetivo de la política de extranjería —la repatriación obligatoria— ni, al contrario, frustrar los fines de la pena privativa de libertad por disminuir los costes del sistema penitenciario. A definir ese posible ámbito de confluencia de los fines de la política de extranjería con los fines de la ejecución penal vamos a dedicar el presente trabajo.

5.6.1. La población penitenciaria extranjera

La exigencia de responsabilidad penal a los extranjeros que delinquen en España tiene lugar en aplicación del *ius puniendi* como muestra de la soberanía nacional ejercida dentro del territorio del Estado en el que rigen las leyes penales españolas, a cuyo cumplimiento están obligados todos los que se hallen en territorio español, sin distinción de su situación administrativa. De acuerdo con ello, el Estado tiene una aspiración legítima de aplicar las consecuencias penales previstas en sus normas y el deber de hacerlo a quienes cometen los hechos prohibidos en su legislación, reafirmando así la vigencia del derecho frente a su violación y la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico —prevención general positiva y negativa—.

La nacionalidad más numerosa de los reclusos extranjeros en las cárceles españolas es la de los marroquíes, seguida de los colombianos, rumanos, ecuatorianos, dominicanos y argelinos. Por áreas geográficas los Iberoamericanos ocupan el primer lugar, seguidos de los Magrebíes y de los ciudadanos de la Unión Europea.

En referencia a la actividad delictiva, los datos más relevantes por porcentaje claramente superior al de los nacionales son los delitos contra la salud pública; delitos contra las personas y delitos contra los ciudadanos extranjeros.

En cuanto a la perspectiva jurídica, según se deriva de lo establecido en el art. 3 LOGP y particularmente del art. 4 RP, la actividad penitenciaria, en lo que atañe al colectivo de internos extranjeros, debe venir presidida por el principio de interdicción general de la discriminación, con independencia de que proceda de razones de nacionalidad, etnia, raza, religión o lengua. Es decir, la condición de extranjero no ha de tener, por el solo hecho de serlo, consecuencias en materia de ejecución penal. Evidentemente, de la nacionalidad se van a derivar diferencias justificadas en la ejecución en atención a dicha variable, pero estas diferencias no constituyen, en

ningún caso, un «itinerario» desigual de la actividad penitenciaria para unos u otros reclusos —españoles y/o extranjeros—.

Este plano de igualdad en la ejecución penal se proyecta en el hecho de que los ciudadanos extranjeros ostentan el mismo derecho que los españoles a que la actividad penitenciaria se desarrolle con plena observancia de las leyes y reglamentos, tanto en lo que se refiere a los derechos como a los deberes. Sin embargo y dado que nuestro sistema penitenciario es un sistema calificado como de «individualizado» de conformidad con lo dispuesto en el art. 72 LOGP, ello supone que la pena impuesta sea ejecutada adecuándola a las circunstancias personales de cada interno en particular —una de ellas la nacionalidad—, pero estas diferencias no son desigualdades, que ello es lo que quiere decir la voz discriminación, sino simples especificidades, que las podemos agrupar en dos bloques: aquellas relacionadas con el régimen y las relacionadas con el tratamiento penitenciario.

5.6.2. Especificidades regimentales.

Están relacionadas con la actividad regimental entendida como aquellas normas generales de funcionamiento comunes a todos los centros penitenciarios, entre ellas:

a) Las relativas al ingreso en prisión

La normativa penitenciaria se ve en la necesidad de establecer determinados matices para los reclusos extranjeros a su ingreso en prisión, entre los que destacan la necesidad de proporcionar una información especial a estos sobre la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes, igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática del país correspondiente acreditada en España. Además, los ciudadanos extranjeros tienen derecho a comunicar el ingreso en prisión a las autoridades consulares.

b) Las relativas a la salida en libertad

El art. 26 RP obliga al director del centro penitenciario a notificar a la autoridad competente —Subdelegación del Gobierno— con tres meses de antelación la fecha de excarcelación del recluso extranjero incurso en causa de expulsión. El Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (RLOEx) generaliza esta obligación a todos los casos, conste o no la existencia de resoluciones gubernativas de expulsión y, en general, repatriativas. Ello obedece a la finalidad explicitada por el propio precepto reglamentario de que se materialice la expulsión o repatriación decretada, si constara resuelta; pero su realidad va más allá, posibilitando que en su caso se incoe expediente gubernativo de expulsión

conforme a lo establecido en el art. 57.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (en adelante LOEx).

c) Las relativas al régimen disciplinario

La garantía del derecho de defensa proclamado en el art. 24 CE exige como premisa esencial para su adecuado ejercicio el conocer los hechos objeto de imputación. Uno de estos requisitos, esencial para los extranjeros que desconocen la lengua castellana, es la posibilidad de contar con intérprete y a tal fin el art. 242.2.j) RP establece que en el pliego de cargos se hará constar la posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano.

d) Las relativas a las comunicaciones y visitas

Las comunicaciones y visitas se organizarán en los centros penitenciarios de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, a los que se aplicarán en igualdad de condiciones con los nacionales. La proyección de esta exigencia reglamentaria se concreta en la posibilidad de admitir horarios especiales diferenciados para las llamadas telefónicas de ciudadanos extranjeros en función de las diferencias horarias correspondientes a su país de origen —caso de que la llamada se efectúe a su país—. Asimismo, los reclusos extranjeros tienen la posibilidad de mantener contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, que tendrán lugar, previa autorización del Director, en locales adecuados conforme a las reglas generales en cuanto a número y requisitos.

5.6.3. Especificidades tratamentales

Están relacionadas con aquella actividad penitenciaria global encaminada a suplir las carencias con las que el interno ingresa en prisión:

a) Las relativas a intervención educativa y formativa

Las diferencias culturales, el desconocimiento del idioma y otras carencias formativas pueden dificultar la integración de los reclusos extranjeros en la sociedad y en los propios centros penitenciarios, de ahí que el Reglamento Penitenciario establezca el carácter prioritario que ha de tener la formación básica de los internos extranjeros (arts. 118.2 y 123.1). En consecuencia, la institución penitenciaria elaboró en su día un «Plan marco de intervención educativa con internos extranjeros», que contiene tres programas específicos con carácter flexible y abierto: un programa de idioma y educación primaria, un programa de formación multicultural y en derechos humanos y un programa de educación en valores y habilidades cognitivas.

b) Las relativas a la actividad laboral retribuida

El acceso al trabajo productivo de los reclusos extranjeros es posible, tanto en el interior del centro como en el exterior, cuando estos accedan al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, pero para ello es necesario «regularizar» su situación en España mientras cumplen condena. Esto es lo que ha hecho el Consejo de Ministros mediante Acuerdo de fecha 1 de julio de 2005, a través de la consideración como estancia legal en España la del extranjero que cumple condena por un delito que cometió en situación de irregularidad administrativa, porque precisamente el cumplimiento de la pena supone una situación de legalidad.

De esta forma, el citado Acuerdo del Consejo de Ministros admite, en primer lugar, que la orden judicial de internamiento en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los centros penitenciarios, gestionados por el Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo y, en segundo lugar, concede validez de autorización de trabajo a la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de la libertad condicional, siempre que el penado extranjero reúna ciertas condiciones, como encontrarse en la situación de estancia por estudios, residencia temporal o en la posibilidad de conseguir la residencia de larga duración en el momento de producirse la condena, o cuando concurra en el recluso extranjero alguno de los supuestos referidos al arraigo laboral, familiar o social y a otras circunstancias excepcionales, que actualmente se regulan en el RLOEx en varios artículos de su Título V.

El fundamento de estas condiciones restrictivas radica en la pretensión de que solo se autorice el trabajo a los penados que tengan alguna posibilidad de obtener permiso de residencia en nuestro país una vez cumplida la condena.

c) Las relativas a los permisos de salida ordinarios

Aunque en principio la regulación vigente no ha previsto especialidades para los permisos de ciudadanos extranjeros y las recomendaciones internacionales inciden en que se posibilite su acceso sin discriminaciones, no puede dejar de reconocerse que al amparo de lo dispuesto en el art. 156.2 RP, que establece como motivos denegatorios de los permisos la probabilidad de comisión de nuevos delitos, de no reincorporación y de repercusión perjudicial sobre el propio penado desde la perspectiva de su proceso de recuperación social y aun cuando la extranjería en sí misma no puede considerarse como causa de denegación de permisos, sí lo permitirá en los casos, tales como la inexistencia de vínculos sociales, familiares ni institucionales, así como en los casos de vinculación a grupos de crimen organizado. En el primer caso pueden concluirse razonablemente probabilidades de no reincorporación muy superiores a las abstractas que son propias y comunes de cualquier permiso autorizable; en el segundo caso por las mismas razones y por existir probabilidades de comisión de nuevos delitos. Ello se refleja en las estadísticas de los penados que disfrutaban de permiso, donde el porcentaje de los penados

extranjeros que no regresan del permiso concedido es cuatro veces superior al de los españoles.

5.7. Cancelación de antecedentes penales

La normativa sobre los antecedentes penales en España ha experimentado grandes cambios a lo largo de las últimas décadas, tanto en sus líneas rectoras, como en sus efectos sobre la agravante de reincidencia.

Pocas cuestiones de las reguladas en nuestros Códigos penales han sufrido mayores cambios legislativos y reglamentarios que los antecedentes penales, pero es en su posible cancelación judicial al hilo de la reincidencia y de la suspensión de la ejecución de determinadas penas donde hoy se plantean sus principales problemas.

En el Código penal de 1995 se refuerza la conexión entre la previsión general referida a la cancelación de antecedentes (art. 136.5 CP) y la especial de la reincidencia (art. 22.8 CP). Aquella insiste en que “el Juez o tribunal acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes”, mientras que el párrafo concerniente a la reincidencia, en el capítulo de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, experimenta un cambio revelador: “A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”. El verbo “poder” ha sido sustituido por el verbo “deber”. Ahora será mucho más difícil para la práctica judicial seguir orillando la reincidencia con el argumento de que tal vez pudieran concurrir los requisitos para la cancelación. El propio legislador rechaza expresamente que, para la no aplicación de la reincidencia, baste con la posible concurrencia de los requisitos de la rehabilitación.

Un problema similar se plantea con la suspensión condicional. El art. 93.1.a) CP 1973 se refería al reo “que haya sido rehabilitado o pueda serlo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 118 de este Código” pero según el art. 81.1 a del actual, no impiden conceder la suspensión “los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código”. De nuevo el legislador subraya aquí, como en la reincidencia, que no se trata de que los antecedentes pudieran haber sido cancelados sino de que debieran haberlo sido.

En el anterior art. 118, la rehabilitación judicial se circunscribía a “los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiere instado la rehabilitación”. El nuevo art. 136.5 se refiere a “los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien por el Ministerio de justicia e Interior, éste no se haya producido”. Partiendo en ambos supuestos del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos generales, ya no se exige la previa inactividad del reo como condición sine qua non de la cancelación judicial, sino que basta con que, por unas u otras razones, no se hubiese alcanzado la cancelación.

Absurdo era excluir de los beneficiosos efectos de la cancelación judicial, y de la elusión de la reincidencia, a quien, habiendo solicitado la administrativa, no la hubiese obtenido por el retraso de la propia Administración o por su denegación. Sigue pendiente el desarrollo de la cancelación de antecedentes penales conforme a un modelo bien configurado, en el que la cancelación judicial no operará por libre y con carácter subsidiario frente a un expediente administrativo que no considera vinculante el informe del Juez o Tribunal Sentenciador. Son éstos —y no la Administración u otros órganos judiciales ajenos a la condena impuesta— los que en todo caso deberían decidir o aprobar la cancelación única y de oficio. Después la aplicación o no de la reincidencia se articularía con un planteamiento autónomo respecto a la situación registral.

Parece preocupante que, si en la regulación anterior esta rehabilitación judicial conectaba con la aplicación de la reincidencia —“no se apreciará la agravante”— en un proceso abierto, ahora se silencia toda relación al menos expresa, con dicha circunstancia. Se ignora cómo, dónde y cuándo el Tribunal corregirá la omisión de la cancelación debida, lo que obliga, si el precepto ha de tener algún valor, a retomar por vía exegética el enlace con la reincidencia.

Tema 6. Medidas específicamente dirigidas a la resocialización del interno.

6.1. Comunicaciones y Visitas. Art. 51 y s LOGP y art. 41 RP.

Se reconoce el derecho a los reclusos a comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos e instituciones, salvo en los casos de incomunicación judicial, debiéndose respetar al máximo su intimidad, con las limitaciones que se impongan por razones de seguridad, interés del tratamiento y buen orden del establecimiento. Asimismo, los reclusos tienen derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención, así como su traslado a otro establecimiento en el momento de su ingreso. Y, por su parte, los familiares de los reclusos tienen derecho a ser informados por parte del Director de la cárcel en casos de defunción, enfermedad o accidente grave; igual derecho ampara al recluso en caso de fallecimiento o enfermedad grave de un familiar o persona íntimamente vinculada.

6.1.1. Clases: La legislación penitenciaria establece los diversos tipos de comunicaciones que los reclusos pueden mantener con familiares, amigos y profesionales:

- comunicaciones orales
- comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia
- comunicaciones escritas
- comunicaciones telefónicas
- comunicaciones con abogados y procuradores
- comunicaciones con autoridades y profesionales

1. **Comunicación oral** (art. 51 LOGP; art. 42 RP). Todo recluso que no esté sancionado puede comunicar como mínimo 2 veces en semana, durante 20 minutos, a través de locutorios con cristales, con familias y amigos. Los familiares deben acreditar el parentesco y los amigos deben ser previamente autorizados por el Director de la cárcel.

El máximo de personas que pueden comunicar a la vez es de cuatro y, siempre que las circunstancias del establecimiento penitenciario lo permitan, se puede acumular en una sola visita el tiempo correspondiente a las dos visitas semanales, pudiendo por tanto tener una visita semanal de 40 minutos.

2. **Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia** (art. 45 RP). La principal característica de estas comunicaciones es que se realizan en cuartos habilitados sin cristal, pudiendo el recluso mantener una comunicación vis a vis con sus familiares o allegados. Este tipo de comunicaciones está previsto para aquellos reclusos que no disfruten de permisos ordinarios de salida.

Las **comunicaciones íntimas** son las llevadas a cabo entre el recluso y su pareja o persona ligada sentimentalmente. Para poderse celebrar, previamente lo debe solicitar el preso y, como mínimo, si el recluso no está sancionado tiene derecho a una comunicación íntima al mes, salvo que razones de orden o seguridad impidan su celebración. Según los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, las comunicaciones íntimas son compatibles con las distintas opciones sexuales de los internos, no debiendo además ser impedimento para realizarse el hecho de que ambos se encuentren presos (criterios 65 y 66, adoptados por unanimidad en la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1 de enero de 2008).

Las comunicaciones familiares son aquellas que se celebran entre el recluso y sus familiares o allegados, previa solicitud del preso y, como mínimo, tiene derecho a una comunicación al mes, salvo que esté sancionado o que razones de orden o seguridad impidan su celebración (art. 64 del la XVI Reunión de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1 de enero de 2008).

Todas estas visitas son compatibles entre sí y, además, también son compatibles con las comunicaciones orales. No obstante, su concesión se puede ver denegada por razones de orden o seguridad.

El Tribunal Constitucional mantiene la tesis de entender que este tipo de comunicaciones —vis a vis—y, en concreto, las íntimas, no representan un derecho subjetivo a favor del penado y, por tanto, su denegación no debe ser entendida como un trato inhumano o degradante (STC 89/1987; 119/1996). Ello no impide la exigencia de que tal denegación deba estar fundamentada y se realice de manera restrictiva, no siendo aceptable la alegación de motivos de seguridad genéricos, realizada a través de formularios, lo cual conculcaría por un lado el derecho a la tutela judicial efectiva y por otro lado entraría en colisión con la tesis defendida por el propio Tribunal Constitucional en virtud de la cual se aconseja que la limitación de derechos se realice de conformidad con las exigencias derivadas del principio de prohibición de exceso (STC 297/1993; 57/1994; 97/1995).

Está prevista la posibilidad de practicar cacheos con desnudo integral sobre los visitantes que vayan a llevar a cabo una comunicación vis a vis con un recluso, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que oculta en el cuerpo algún objeto peligroso o sustancia nociva para la salud o que pueda alterar la seguridad de la prisión (arts. 45.7 y 68 RP). Si el visitante se niega a realizar dicho cacheo, la comunicación no se realiza. En cuanto a la forma de practicar dichos cacheos, es doctrina unánime que se deben realizar respetando al máximo la intimidad de la persona y siempre que existan fundadas razones para realizarlo (STC

57/1994; 204/2000; Auto JVP Zaragoza 6 de febrero 1991; Auto JVP nº 3 Madrid 27 de diciembre de 1993; Auto JVP Pamplona 26 de abril de Ocaña de 1 de febrero de 1995; Recomendación del Defensor del Pueblo a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1998).

3. **Comunicación escrita** (art. 46 RP). Por regla general, si las comunicaciones no se encuentran intervenidas, el preso puede enviar y recibir sin limitación cartas y telegramas, las cuales serán registradas a su salida y entrada y abiertas en presencia del recluso para comprobar que no contienen objetos peligrosos.

Para el supuesto de encontrarse intervenidas se limitará a dos comunicaciones escritas semanales y la correspondencia escrita que se mantenga entre los presos será cursada a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (art. 46.7 RP).

4. **Comunicaciones telefónicas** (art. 47 RP). Este tipo de comunicaciones se pueden autorizar en dos supuestos:

—a aquellos reclusos cuyos familiares no puedan desplazarse para visitarles

—cuando el preso tenga algún asunto importante que comunicar a sus familiares, al abogado defensor o a otras personas.

El Director de la cárcel debe autorizar la llamada, señalando la hora en la que debe efectuarse.

Como máximo se pueden realizar hasta 5 llamadas telefónicas semanales, con un duración máxima de 5 minutos, y siempre que las circunstancias del establecimiento penitenciario lo permitan. El coste de la llamada es a cargo del recluso, salvo cuando se trate de comunicar a sus familiares y al abogado su ingreso o traslado de prisión (art. 41.3 RP).

Por regla general, es el recluso quien efectúa la llamada y sólo en casos excepcionales, valorados por el director del centro penitenciario, se permitirán llamadas efectuadas desde el exterior a los presos.

5. **Comunicaciones con abogados y procuradores** (art. 48 RP). Se someten a unas reglas especiales, según las cuales se ha intentado garantizar el derecho de defensa.

En primer lugar, el abogado defensor o expresamente llamado por el recluso, así como los procuradores que los representen, para poder comunicar con el preso deben identificarse con un documento oficial que les acredite como abogados o procuradores en ejercicio, y además acompañar el volante del respectivo colegio profesional donde conste expresamente su condición de abogado defensor o expresamente llamado. En los casos de terrorismo o reclusos pertenecientes a

bandas armadas, se precisa que el volante vaya expedido por la autoridad judicial que conozca de la causa.

El recluso puede comunicar con el abogado defensor o expresamente llamado de forma oral, telefónica o escrita, y dichas comunicaciones sólo pueden ser intervenidas por orden judicial. Las comunicaciones orales que mantenga el preso con el abogado defensor o expresamente llamado, se celebrarán en locutorios especiales a través de cristales, y no se establece limitación en cuanto a su duración.

6. Comunicaciones con autoridades o profesionales (art. 51.3 LOGP; art. 49 RP). Se realiza una mención expresa a las autoridades judiciales, a los miembros del ministerio fiscal, al Defensor del Pueblo, adjuntos, delegados o instituciones análogas de las CCAA y representantes diplomáticos o consulares. Las comunicaciones que mantenga el recluso con el Defensor del Pueblo, autoridades judiciales o miembros del Ministerio Fiscal no pueden ser suspendidas, intervenidas o restringidas por ninguna autoridad administrativa, siendo además las referidas autoridades —Defensor del Pueblo, autoridad judicial o miembros del Ministerio Fiscal—, las que tienen potestad para verificar el momento de la comunicación o visita.

Los presos extranjeros pueden comunicar con las autoridades diplomáticas o consulares de sus respectivos países, previa autorización del Director de la cárcel, con aplicación de los requisitos generales contenidos en el art. 41 RP, en cuanto al número de visitas, duración y suspensión e intervención de las mismas.

En cuanto al resto de profesionales, incluyendo los asistentes sociales y sacerdotes o ministros de la fe, se les aplican, al igual que en el caso anterior, los requisitos generales para realizar las comunicaciones.

6.1.2. Intervención y suspensión (art. 51.2.5 LOGP; arts. 43 y 44 RP). Se prevé la posibilidad de intervenir, restringir o suspender las comunicaciones del recluso, debiendo distinguirse varios supuestos:

Se establece un régimen protegido para las comunicaciones, sean orales, escritas o telefónicas, que mantengan los presos con sus abogados defensores o expresamente llamados, así como con los procuradores que los representen, en virtud del cual dichas comunicaciones sólo pueden ser intervenidas o suspendidas con autorización judicial. Dicha garantía ampara a todos los presos con independencia del tipo de delito cometido, circunstancia que no siempre fue así que ya en un principio los presos por delitos terroristas se encontraron excluidos de tal garantía, pudiendo ser intervenidas o suspendidas sus comunicaciones con el abogado defensor o expresamente llamado por la autoridad administrativa, según interpretación del Tribunal Constitucional (STC 73/1983). Posteriormente, el propio Tribunal Constitucional reinterpretó el referido art 51.2 RP dejando zanjada la cuestión, entendiendo que tal garantía amparaba a todos los reclusos (STC 183/1994; 197/1994; 58/1998). Asimismo, las comunicaciones que mantenga el preso con la

autoridad judicial, los miembros del Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo tampoco pueden ser suspendidas o intervenidas por la autoridad administrativa.

También se prevé la posibilidad de que el Director del establecimiento penitenciario pueda intervenir o suspender las comunicaciones que mantenga el preso con sus familiares, amigos o profesionales que no ostenten la condición de abogado defensor o expresamente llamado, procuradores que los representen, autoridades judiciales, miembros del Ministerio Fiscal o Defensor del Pueblo, dando cuenta a la autoridad judicial competente. El Tribunal Constitucional ha establecido una serie de requisitos a observar por la Administración penitenciaria a la hora de restringir o intervenir cualquier clase de comunicación (STC 183/1984; 170/1996; 128/1997; 175/1997; 200/1997; 141/1999; 188/1999; 278/2000; 106/2001):

—el acuerdo de restricción debe notificarse de forma motivada e inmediata al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

—debe estar motivado

—ha de ser proporcional y limitado en el tiempo

—se debe comunicar al interno

En cuanto a la denegación de comunicaciones, así como la intervención o suspensión de las mismas, tal resolución es recurrible vía queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y después en apelación ante la Audiencia Provincial (art. 76.2.g LOGP; disposición adicional 5ª LOPJ; art 766 LECrim; criterios nº 146 a 160 aprobados por unanimidad en la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1-1-2008).

6.2. Permisos de salida (art. 47 y 48 LOGP; art. 154 y s RP).

Los permisos de salida forman parte del tratamiento resocializador que se debe dispensar al condenado a pena de prisión, y tienen como primordial finalidad preparar la vida en libertad del penado, además de atenuar los efectos nocivos del internamiento prolongado en prisión, así como apelar a su responsabilidad (STC 112/1996; 115/2003; Recomendación R(87) del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987 regla 43.2; art 70.2 de las Normas Penitenciarias Europeas aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de enero de 1987).

6.2.1. Clases: La legislación penitenciaria establece diversos tipos de permisos de salida:

— Permisos ordinarios: arts 47.2 LOGP; art. 154 RP.

— Permisos extraordinarios: art 47.1 LOGP; art. 155 RP.

— Salidas de fin de semana (art. 87 RP)

— Salidas programadas (art. 114 RP)

6.2.2. Requisitos, duración y procedimiento de concesión. Se distingue en función del tipo de permiso:

6.2.2.1. Permiso ordinario: art. 47.2 LOGP y art. 154 RP. Para poder disfrutar de permisos ordinarios se requiere, conforme al art. 156 RP:

- estar clasificado en segundo o tercer grado de tratamiento
- haber cumplido la cuarta parte de la condena
- observar una buena conducta, previo informe del equipo técnico.

El hecho de reunir los requisitos señalados no implica la concesión automática de los permisos ordinarios, si no que en función del informe emitido por el equipo técnico, la junta de tratamiento valora la posibilidad de emitir una propuesta favorable o no, que en su caso debe ratificar el órgano competente.

La Junta de tratamiento del centro penitenciario en la que se encuentra el preso realiza la propuesta favorable o no de la concesión del permiso, sobre el informe emitido por el equipo técnico.

En los supuestos de penados clasificados en tercer grado de tratamiento, con independencia de la duración del permiso, y penados clasificados en segundo grado de tratamiento, siempre que los permisos tengan una duración inferior a 2 días la referida propuesta ha de ser elevada a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para la aprobación definitiva. La Orden Ministerial de Interior 1127/2010 acuerda “contra legem” una delegación del titular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias —centro directivo— a favor de los directores de los centros penitenciarios y centros de inserción social, para que estos puedan autorizar los permisos ordinarios de penados clasificados en tercer grado de tratamiento —régimen abierto—, no vinculado a organizaciones terroristas o cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales, sin la ratificación posterior de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Y para el supuesto de penados clasificados en segundo grado de tratamiento, cuya duración del permiso sea superior a dos días, la propuesta debe ser elevada al Juzgado de Vigilancia Penitenciario o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, para su ratificación definitiva (arts. 160 a 162 RP).

Los penados clasificados en segundo grado de tratamiento pueden disfrutar de hasta 36 días al año, distribuidos en los dos semestres del año, con una duración máxima por permiso de hasta 7 días. Y los penados clasificados en tercer grado de tratamiento pueden disfrutar de hasta 48 días al año, distribuidos en los dos semestres del año con una duración máxima por permiso de hasta 7 días. Dentro de los referidos límites no se computan los días disfrutados como permisos extraordinarios, como salidas de fin de semana o como salidas programadas.

El Tribunal Constitucional, a pesar de manifestar que el disfrute de permisos no representa un derecho subjetivo a favor del penado, exige que, en su caso, la

denegación venga debidamente motivada y fundada en criterios que resulten conformes con los principios legales y constitucionales a los que está orientado el permiso, de otra manera se estaría afectando el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 112/1996; 193/1997; 81/1997; 75/1998; 2047/1999).

6.2.2.2. Permiso extraordinario. Arts. 47.1 LOGP y 155 RP. Este tipo de permisos se concede por motivos extraordinarios y pueden acceder a ellos todos los reclusos con independencia de su situación procesal, penal o penitenciaria, ya que lo que se va a tener en cuenta para su concesión son los motivos extraordinarios recogidos en la ley:

—fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas.

—alumbramiento de la esposa

—importantes y comprobados motivos.

La duración de este tipo de permiso es por el tipo estrictamente necesario para poder cumplir con la finalidad, y no puede exceder del límite fijado para los permisos ordinarios. No obstante, su disfrute es compatible con el disfrute de permisos ordinarios.

El procedimiento de concesión es el mismo que el fijado para la concesión de los permisos ordinarios (art 154 RP) añadiendo que para los penados clasificados en primer grado de tratamiento la aprobación definitiva de la propuesta realizada por la junta de tratamiento debe ser emitida por el Juez de Vigilancia Penitenciaria o por el Juzgado central de Vigilancia Penitenciaria, y en los supuestos de presos preventivos la aprobación definitiva se realiza por parte de la autoridad judicial que decretó su prisión preventiva. Durante el disfrute de un permiso extraordinario la autoridad competente para su concesión puede establecer las medidas de seguridad que considere oportunas.

La Orden Ministerial de Interior 1127/2010 acuerda contra legem una delegación del Titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias —centro directivo— a favor de los directores de los centros penitenciarios y centros de inserción social, para que estos puedan autorizar los permisos extraordinarios de los penados clasificados en segundo y tercer grado de tratamiento que no estén vinculados a organizaciones terroristas o cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales.

6.2.2.3. Salidas de fin de semana (art. 87 RP). Para poder disfrutar de este tipo de salidas es necesario que el penado esté clasificado en tercer grado de tratamiento, y es la junta de tratamiento del centro penitenciario quien por regla general regula de forma individualizada la concesión de estas salidas, sin precisar una posterior ratificación, salvo en aquellos supuestos en los que las salidas de fin de semana se disfruten en otros días que no coincidan con el fin de semana, en cuyo caso

la propuesta realizada por la junta de tratamiento tiene que ser aprobada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

En cuanto a su duración, es desde las 16.00 horas del viernes hasta las 8.00 horas del lunes como máximo y, excepcionalmente, se pueden prolongar los días festivos consecutivos. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias puede aprobar horarios diferentes.

Por su parte, la Orden Ministerial de Interior 1127/2010 acuerda contra legem una delegación del titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias —centro directivo— a favor de los directores de los centros penitenciarios y centros de inserción social, para que estos puedan autorizar las salidas de fin de semana en días diferentes al fin de semana, a penados clasificados en tercer grado de tratamiento —régimen abierto—, que no estén vinculados a organizaciones terroristas o cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales.

El disfrute de salidas de fin de semana por parte de penados clasificados en tercer grado de tratamiento es compatible con el disfrute de permisos ordinarios, así como el disfrute de permisos extraordinarios y las salidas programadas.

6.2.2.4. Salidas programadas (art. 114 RP). Los requisitos y procedimiento para su concesión son los mismos que los establecidos para los permisos ordinarios.

Tienen por finalidad la realización de actividades específicas de tratamiento, y su duración por regla no es superior a dos días.

Asimismo, la legislación penitenciaria dispone que, en el disfrute de este tipo de salidas, los presos siempre han de ir acompañados por personal del centro penitenciario o por voluntarios.

6.2.3. Suspensión y revocación de permisos (art. 157 RP). Cuando las circunstancias lo aconsejen, antes de iniciarse el disfrute del permiso concedido, la Dirección puede suspender el permiso, poniéndolo en conocimiento de la autoridad administrativa o judicial competente.

Si durante el disfrute de un permiso se comete un nuevo delito o se aprovecha para darse a la fuga, las consecuencias son las siguientes:

—quedar sin efecto el disfrute del permiso

—se le regresa provisionalmente a segundo grado de tratamiento con aplicación de régimen ordinario para el supuesto de que el penado estuviera clasificado en tercer grado de tratamiento con aplicación del régimen abierto (art. 108 RP)

—se le abre un expediente disciplinario penitenciario para la averiguación de las posibles infracciones disciplinarias en las que haya podido incurrir.

—así como la iniciación del procedimiento penal correspondiente por la posible comisión de nuevas responsabilidades penales (ej. Quebrantamiento de condena, etc.)

En los supuestos de denegación, suspensión o revocación de un permiso, el recluso puede recurrir tal resolución, primero vía queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en su caso y después en apelación ante la Audiencia Provincial (art. 76.2.g LOGP; Disposición Adicional 5ª LOPJ; art. 766 LEcrim; criterios 149 a 160 Reunión de jueces de Vigilancia Penitenciaria, actualizado a 1-1-2008). Para interposición de los mencionados recursos, sólo está prevista la asistencia jurídica gratuita para el supuesto del recurso de apelación, no obstante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en el criterio nº 152 acordado por unanimidad en la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, entendieron que los internos pueden valerse de letrado ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a pesar de no ser preceptiva su intervención. Por ello, se considera oportuno que, a solicitud del interno, para aquellos supuestos en los que la ausencia de defensa técnica pudiera producir indefensión, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acuerde el nombramiento de abogado de oficio en conformidad con el art. 21 de la L 16/2005.

6.3. Beneficios penitenciarios y recompensas.

6.3.1. Beneficio penitenciario (arts. 202 a 206 RP). Se entiende por beneficio penitenciario aquellas medidas que supongan un acortamiento de la duración de la pena de prisión impuesta en sentencia, o que conlleven una reducción del tiempo efectivo de estancia en prisión. Su principal finalidad es motivar al delincuente para que se produzca en él un cambio de actitud, de respeto a la ley, a los demás y a sí mismo, intentando con ello su futura integración social.

Los principales criterios a tener en cuenta para su concesión son:

- la evolución positiva en el tratamiento
- la buena conducta del penado
- el trabajo y actividades desarrollados por el recluso, entre otros.

Requisitos: el vigente CP derogó los beneficios de la redención de penas por trabajo u ordinaria y la redención de penas extraordinaria recogidas en el derogado art. 100 CP'73 y en los arts. 65 a 73 del Decreto de 2 de febrero de 1956. No obstante, los presos condenados conforme a las disposiciones del CP de 1973 que se encuentren cumpliendo una pena de prisión impuesta en virtud de dicho texto, tienen derecho a la aplicación de estos beneficios penitenciarios. Los requisitos para poder acceder a los referidos beneficios son:

- estar condenado por el CP'73 a una pena privativa de libertad (LO 8/1983 amplió dicho beneficio a los presos preventivos)
- para el supuesto de la redención de penas por trabajo u ordinaria, realizar además un trabajo útil.

Respecto a este último requisito, ante la falta de oferta de trabajos a los reclusos en las cárceles, la redención recae también sobre aquellos reclusos que no desempeñen trabajo alguno. Y para el supuesto de la redención de penas extraordinaria se puede conceder por razones de especial laboriosidad y buena disciplina, dejando a criterio del centro penitenciario su valoración (art. 71.3 Decreto 2 de febrero de 1956).

Procedimiento de concesión (art. 76.2.c LOGP; art. 71.2 Decreto 2-2-1956). La propuesta de redención la realiza la junta de tratamiento de la prisión y la aprueba el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En el supuesto de la redención de penas por trabajo, 2 días de trabajo redime 1 día de condena, y para el supuesto de la redención extraordinaria 1 día de trabajo redime 1 día de condena, con el límite de 175 días al año de cumplimiento efectivo de pena, pudiendo por razones muy excepcionales redimir hasta 75 días más.

Revocación (art. 100 CP'73). Se establecen dos motivos de revocación de la redención de penas por trabajo u ordinaria:

—el intento de evasión o fuga, que daría lugar a revocar la redención sólo en la causa en cuyo cumplimiento tuvo lugar el intento de evasión o fuga

—la mala conducta del recluso, entendiendo por tal que éste haya sido sancionado por dos faltas muy graves o graves, hasta que las cancele.

Pero en lo que se refiere a los motivos de revocación de la redención extraordinaria, ni la doctrina, ni la jurisprudencia ofrecen una solución unánime:

.Por un lado, está un sector mayoritario, respaldado por la mayoría de los Autos dictados en esta materia por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que entiende que los motivos de revocación recogidos en el art. 100 CP'73 para la redención de penas por el trabajo u ordinaria son aplicables también a la redención extraordinaria.

.Por otro lado, se encuentran en minoría aquellos que defienden que la redención extraordinaria a diferencia de la redención ordinaria se asemeja a la figura de la recompensa (art. 46 LOGP; arts. 105 y 106 RD 1201/1982) y, por ello, se ha producido una pérdida de redención ordinaria, no hay impedimento legal para que se pueda continuar aplicando la redención extraordinaria (Auto JVP Castilla León nº 1 2-6-92; Autos de la AP Madrid 322/1997; 1493/1998; 456/1999; 2373/2004).

Clases (arts 202 a 206 RP). Se reconocen sólo dos beneficios penitenciarios:

—el adelantamiento de la libertad condicional (art. 91 CP; art. 205 RP)

—el indulto particular (art. 206 RP)

Por tanto, los condenados según el actual CP, sólo pueden gozar de estos dos beneficios, si se dan los requisitos para ello.

El indulto particular lo propone la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario, previa propuesta del equipo técnico, al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, para que éste lo proponga si lo considera oportuno, cuando en el recluso durante al menos dos años se hayan apreciado las siguientes circunstancias:

- buena conducta
- desempeño de una actividad laboral dentro o fuera de la prisión, útil de cara a su preparación para la vida en libertad
- participación positiva en actividades de reeducación y reinserción social

Si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria decide proponer el indulto, su tramitación se efectúa según la normativa vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia.

Denegación. (art. 76.2.g LOGP; Disposición Adicional 5ª LOPJ; art. 766 LECrim, Criterios 149 a 160 aprobados por unanimidad en la XVI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, texto actualizado a 1-1-2008). La resolución de denegación de beneficios penitenciarios es recurrible vía queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y después en apelación ante la Audiencia Provincial.

6.3.2. Recompensas (art. 46 LOGP; arts. 263 y 264 RP; Dirección General de Instituciones Penitenciarias Instrucción 8/1999). Las recompensas tienen como principal finalidad estimular la buena conducta de los reclusos, su espíritu de trabajo y su sentido de la responsabilidad, a través de la concesión de: comunicaciones especiales y extraordinarias; becas de estudio; donación de libros; prioridad para participar en salidas programadas; reducción de sanciones; premios en metálico; notas meritorias y cualquier otra recompensa que no sea incompatible con los preceptos reglamentarios.

Su concesión corresponde a la comisión disciplinaria del centro penitenciario, que valorará si los actos del recluso ponen de manifiesto una conducta ejemplar como para merecer una recompensa. Su concesión se anota en el expediente disciplinario del recluso, expidiéndole certificación de la misma.

6.4. Tratamiento penitenciario¹⁸.

El tratamiento penitenciario aglutina distintos instrumentos o elementos que, por su contenido, permiten al interno adquirir las habilidades necesarias para tomar una vida alejada del delito, teniendo en cuenta en todo momento la personalidad del recluso como factor determinante para su aplicación. Los internos, a fin de cuentas, recobrarán la libertad algún día y para entonces deberán estar recuperados ya no solo para vivir en sociedad, sino para hacerlo sin tener que volver a delinquir. Dicho objetivo no podrá conseguirse si limitamos la prisión a un simple cautiverio, a

¹⁸ EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO COMO LLAVE PARA LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL
Gabriel Caro Herrero; Gabilex N° 26 Junio 2021 <http://gabilex.castillalamancha.es>

un castigo en el que el sujeto solamente tendría como horizonte el transcurso de las agujas del reloj. A este respecto, queremos que este trabajo sirva para romper barreras, para que se perciba que las prisiones no pueden consistir simple y llanamente en espacios ajenos a la sociedad donde apartar, por el máximo tiempo posible, a quienes quebrantaron la ley en una u otra circunstancia; no pueden ser el flagelo con el que el Estado castiga a quienes se desviaron. Para lograr lo que les acabo de mencionar tenemos el tratamiento penitenciario, pues servirá para conseguir la reconstrucción de esas personas, o, dicho de otra forma, representa la esperanza de que la pena de prisión tenga una utilidad real para la sociedad

6.4.1. Concepto

Existen diferentes perspectivas desde las que abordar el tratamiento penitenciario, desde su concepción en la Ley Orgánica General Penitenciaria hasta la establecida en el Reglamento Penitenciario del año 1996, pasando por la visión que ciertos autores han dado a tal figura.

Pues bien, la definición más estrictamente legal que podemos tomar se nos presenta en la LOGP en su art. 59, donde se define esta figura como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Este concepto venía a formar parte de una nueva concepción de sistema penitenciario que en nuestro país se estaba comenzando a implantar, fruto del proceso de transición democrática.

Inicialmente se trata de dotar al tratamiento una visión neutra, fuera de contenidos éticos, morales o sociológicos, quedando así: el tratamiento penitenciario debe presentarse como una ayuda o herramienta basada en las ciencias de la conducta que el interno voluntariamente acepta para que pueda superar el conjunto de condicionamientos individuales o sociales que le hayan podido provocar o facilitar su delincuencia. Esta concepción nos da una visión del tratamiento penitenciario que podríamos calificar como clínica, pues como puede observarse, establece como piedra angular del tratamiento las ciencias conductuales.

Una visión más actual define tratamiento penitenciario como el medio para la consecución de las finalidades que la pena privativa de libertad tiene atribuidas, a través de la realización de un conjunto de actividades y programas que fomentan el cambio en la conducta del interno para que adquiera un conjunto de habilidades, actitudes, destrezas y capacidades varias que le permitan adaptarse a la sociedad de forma normalizada.

De todo lo anterior, podemos extraer que el tratamiento penitenciario no puede significar pura y únicamente una intervención médico-biológica en la esfera del sujeto que se enfoque a conseguir su reinserción o evitar su reincidencia; el tratamiento penitenciario no es un compendio farmacológico, pues los internos no son simples enfermos que necesitan una cura, debe darse un paso más allá. Tampoco puede consistir en una serie de métodos dirigidos a despersonalizar a una

serie de individuos que de por sí ya se encuentran suficientemente estigmatizados¹¹. Creemos importante también plasmar la valoración que el legislador realizó sobre el tratamiento penitenciario en el año 1996, en el preámbulo del RP 1996: “En el tratamiento penitenciario se encuentra el potencial más innovador para que la Administración Penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presentan los internos y, en definitiva, evitando que la estancia de los internos en los centros penitenciarios constituya un tiempo ocioso y perdido”. Con esto, en definitiva, se pretende de un lado que el tratamiento penitenciario esté dotado de un mayor dinamismo y de otro, que el tiempo que el interno vaya a pasar dentro de prisión le reporte algún tipo de utilidad de cara a su puesta en libertad.

También en el preámbulo del RP se nos introduce un cambio de enorme trascendencia para el tratamiento penitenciario la superación total de la concepción clínica de tratamiento de la que hablamos al principio de este epígrafe: “El reglamento opta por una concepción amplia del tratamiento que no solo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación”. El tratamiento ya no se limita únicamente al ámbito clínico, sino que amplía su marco de actuación a toda clase de aspectos y cuyas herramientas abarcarán incluso, como puede leerse, el ocio y el deporte.

Así pues, nuestra concepción de tratamiento consistirá en establecerlo como el vehículo imprescindible que hace que, una pena privativa de libertad impuesta a un sujeto, dé como resultado su reinserción y reeducación a través de una serie de instrumentos y mecanismos debidamente integrados y aplicados a cada sujeto en concreto.

6.4.2. Principios rectores del tratamiento penitenciario.

Contenidos en su mayoría en el art. 62 de nuestra LOGP, encuentran también su reflejo en el RP y han sido clasificados por nuestra doctrina en siete, que a continuación vamos a explicar detalladamente.

6.4.2.1. Principio de objetividad científica

Como señala el art. 62.a) de la LOGP, y correlativamente el 174.1 RP, al iniciarse el tratamiento penitenciario, debe partirse siempre de un estudio científico de la personalidad cuyo resultado ha de constar en el protocolo del recluso. Se tendrán en cuenta variables como: su temperamento, actitudes, aptitudes y del aspecto evolutivo de su personalidad. Clarificando estos términos, con el fin de desgranar mejor este principio, presentamos la siguiente relación de conceptos:

.el temperamento es el resultado de los rasgos emotivos de su personalidad, proyectados por el individuo hacia el medio que le rodea;

.el carácter es la configuración relativamente permanente de un individuo a la que acompañan los aspectos habituales y típicos de su comportamiento que aparecen integrados entre sí, tanto en el sentido interno como en el interpersonal;

.la aptitud es la capacidad potencial que hace a un individuo apto para determinada actividad;

.y por último el aspecto evolutivo de la personalidad son el conjunto de variables que han influido en el desarrollo personal del interno hasta llegar al momento en que nos encontramos.

Es decir, lo que el principio de objetividad científica nos establece es que no podrá aplicarse tratamiento alguno si antes no conocemos la forma de ser de un sujeto tanto para sí mismo como para con el exterior, las condiciones que de una manera u otra han influido en esta o la utilidad y capacidad de este para desenvolverse.

6.4.2.2. Principio de diagnóstico de la personalidad y juicio pronóstico

Como nos señala el art. 62.b) de la LOGP y paralelamente el 116.4 del RP, el tratamiento debe guardar siempre relación directa con el diagnóstico de su personalidad criminal y el juicio pronóstico inicial, tomándose en cuenta su historial o resumen de actividad delictiva y demás datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales del sujeto.

Como podemos observar, ahora la primera cuestión importante no es determinar cuál es la personalidad del sujeto o los puntos que de ella se derivan sino su más estricta personalidad criminal, dicho de otra forma, ante qué clase de delincuente nos encontramos, cuál es su patrón de comportamiento delictivo y cuáles son las razones de fondo o factores tanto externos como internos que le mueven a quebrantar la ley penal.

Paralelamente, se debe realizar un juicio pronóstico con carácter inicial, es decir, valorar o prever de qué manera se comportará el sujeto en el futuro. Conocer los extremos que acabamos de exponer no será tarea fácil, pues deberá ejecutarse un estudio que aglutine de un lado un informe psicológico acerca de la personalidad del sujeto, de otro el resumen de su actividad delictiva y por último el informe social que describa el entorno del interno, ya sea familiar, laboral, residencial o de otra clase.

6.4.2.3. Principio de individualidad

Partiendo del art. 62.c.) de la LOGP, y del art. 20.2 del RP, podemos inferir que el tratamiento será en todo caso individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación con la personalidad del interno. Cada interno a partir de sus

circunstancias y características particulares recibirá un determinado y específico tratamiento, pues no existen dos penados iguales, y por ende, la institución penitenciaria habrá de seleccionar y aplicar de entre los distintos métodos, aquellos que desde un punto de vista científico más convengan para lograr los fines del tratamiento en ese penado en concreto. Evitamos así los tratamientos estandarizados o por defecto.

6.4.2.4. Principio de integración

El art. 62.d) de la LGOP sienta que como regla general el tratamiento será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado. Lo que este precepto viene a indicar es que la Administración Penitenciaria deberá de integrar y coordinar adecuadamente los distintos métodos que existen cuando un interno se somete al tratamiento, evitándose así aplicar instrumentos o técnicas que no estén debidamente armonizadas entre sí. La parte más importante es cuando se nos indica que el marco del régimen debe ser adecuado; es decir, el conjunto de normas y reglas que rigen la vida en prisión debe estar destinado a crear un ambiente que permita que el tratamiento pueda conseguir su fin. Dicho de otra forma, el régimen no podrá nunca suponer un obstáculo para el buen desarrollo del tratamiento.

6.4.2.5. Principio de programación

Por medio del art. 62.e) LOGP y del 174 del RP sabemos que el tratamiento estará siempre programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de las tareas o quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

Este principio obliga a la Administración Penitenciaria a tener planificado con carácter general la actuación en el tratamiento para posteriormente aplicar su contenido al interno, con menor o mayor vigor según las distintas variables que se presenten. Además, debe seguirse una correcta organización funcional en las tareas a ejecutar por parte de aquellos profesionales que deben intervenir.

6.4.2.6. Principio de dinamicidad

Conforme al art. 62.f) el tratamiento tendrá carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena. Dicho de otra manera, a medida que el interno evolucione o responda, el tratamiento se irá adaptando a las diversas facetas por las que vaya atravesando su personalidad. Para que este principio pueda ser puesto en funcionamiento es necesario y esencial que se siga una correcta evaluación de los internos, como máximo cada 6 meses, pudiéndose reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial, en función de las vicisitudes que se deriven de dicha evaluación (RP art. 105.1).

6.4.2.7. Principio de voluntariedad

El tratamiento penitenciario tiene carácter voluntario para el interno, es decir, podrá elegir si adherirse y seguir el mismo o por el contrario rehusarlo. Sin embargo, no existe en nuestra LOGP un precepto que declare expresamente la voluntariedad en el tratamiento penitenciario; habrá que conectar diversos artículos para llegar a esta conclusión.

La voluntariedad del tratamiento se infiere a través del siguiente razonamiento inductivo: por un lado, el art. 3 de la LOGP sienta que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos; de otro el art. 4.2 de la misma norma al enunciar que se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario, y por último, del art. 61 LOGP, el cuál sienta que se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para que en el futuro sea capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos, debiendo ser estimulados en cuanto sea posible en el interés y la colaboración en su propio tratamiento. También puede encontrarse la nota de la voluntariedad en el art. 116 del RP, esta vez establecida ya de una manera más clara y directa. Todo aquello que implique fomentar o estimular, por sí mismo, no implica coacción en el interno, al contrario, debe ser interpretado como un conjunto de ayudas encaminadas a que el sujeto decida adherirse al mismo al interpretarlo como algo positivo para su persona y su futuro una vez fuera de prisión.

No obstante, han surgido críticas a esta voluntariedad en el tratamiento indicando que en nuestra práctica tiene poca vigencia, ya que nuestras cárceles no dejan de ser centros de disciplina y porque en numerosas ocasiones se recurre al sistema premio-castigo para fomentar la adhesión del interno al tratamiento¹⁹. Un ejemplo de esta situación sería el caso de utilizar como motivo para la denegación de permisos el no seguir las actividades de tratamiento.

6.4.3. El tratamiento penitenciario y su relación con los distintos grados de clasificación

La individualización científica guarda una muy estrecha relación con el tratamiento penitenciario, pues sin este el individualizar a los internos sería una tarea ardua y carente de sentido o utilidad. El marco tan genérico y amplio del sistema de individualización científica ha permitido la aparición de subsistemas de cumplimiento en función de las categorías delictuales a las que pertenezca el sujeto, lo cual constituye en cierta medida una desviación respecto del carácter individualizado y flexible de dicho sistema, no mereciendo esta última consideración el establecimiento de regímenes de vida distintos para cada grado con el fin de posibilitar un tratamiento más idóneo para cada caso concreto y específico.

¿la clasificación en cualquiera de los grados determina en si un tratamiento concreto? La respuesta, desde un punto de vista teórico, debería ser un no; pues el tratamiento que un interno va a seguir debería estar determinado de forma independiente a cualquier automatismo o regla predeterminada que se aleje de lo

que es el resultado obtenido del estudio de su personalidad, y por ende, del plan individualizado que cada interno debe seguir. Sin embargo, realizando un razonamiento sobre cómo sería en la práctica, nos damos cuenta de que quizás sería más difícil sostener dicha afirmación en ciertos supuestos, como por ejemplo, para aquellos internos clasificados en primer grado, cuya peligrosidad, como se verá en el siguiente apartado, será en nuestra opinión condición determinante para desaconsejar la realización de terapias de grupo. Para la doctrina, el grado de clasificación del interno es el medio, hábitat o contexto en el cual el tratamiento va a ser aplicado sin diferencias de los métodos de tratamiento según los grados.

Para demostrar la anterior afirmación, debemos remitirnos a dos preceptos, el primero el art. 63 de la LGOP, cuyo contenido literal reza así: “Para una correcta individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél”, en otras palabras, la clasificación y el correspondiente régimen al que vamos a someter a un interno estará supeditado y en todo caso orientado al éxito del tratamiento individualizado. El segundo precepto, y complementario al anterior, es el art. 103.3 del RP, del que extraemos que la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento (PIT) para el interno se elaboran de forma diferenciada, es decir, no son un documento único; sin perjuicio de que en su conjunto dan lugar a la elaboración del protocolo de clasificación penitenciaria. Ahora bien, el tratamiento penitenciario irá articulándose en cada uno de los grados de clasificación, lo cual será expuesto a continuación.

6.4.3.1. El tratamiento penitenciario en los internos clasificados en primer grado

Recordemos que el primer grado penitenciario se corresponde con el régimen cerrado. Es con diferencia el grado más duro en el que se puede clasificar a un interno, supone una limitación mayor de los derechos penitenciarios que para el resto de los internos. Para que un interno sea clasificado aquí es necesario que se cumpla alguno de los presupuestos del art. 10 e la LOGP: de un lado, la peligrosidad extrema del condenado, por ejemplo, aquellos en los que el estudio de su personalidad revele una especial capacidad agresiva o violenta; de otro, la manifiesta inadaptación a otros regímenes, por ejemplo, la reiterada comisión de faltas graves y muy graves, la participación en motines o agresiones a funcionarios. No es descabellado afirmar que la coordinación entre tratamiento y régimen aquí se ve considerablemente afectada, pues el tratamiento se va a dirigir ya no solo a conseguir que el interno aprenda a vivir sin delinquir sino también a lograr que lleve una vida ordenada, normalizada y adaptada al régimen ordinario; se desgaja pues el esquema general de clasificación y tratamiento para que los esfuerzos se enfoquen a satisfacer las exigencias del binomio peligrosidad-inadaptación.

En el Anexo I de la Instrucción 17/2011 de 8 de noviembre de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, se desarrolla el protocolo de actuación del programa específico de intervención para los internos clasificados en primer grado.

El objetivo general, recogido en el apartado 2º, no es otro sino la adaptación e integración del individuo al régimen ordinario, y junto a este, tenemos una larga enumeración de objetivos específicos recogidos en el apartado 3º como son potenciar la autoestima del interno, desarrollar hábitos de convivencia, crear actitudes de respeto hacia los funcionarios, compañeros y a las normas etc.; pero sin duda el más importante es conseguir la implicación del interno en su programa individualizado de tratamiento. En paralelo respecto de los objetivos, la intervención terapéutica, apartado 4º del protocolo, se ejecutará en primer lugar de forma individual para lograr establecer un vínculo o conexión con el interno, y posteriormente de manera grupal.

Incluirá las siguientes actividades: entrenamiento en identificación y regularización de emociones, reestructuración cognitiva, técnicas de autocontrol, aprendizaje de valores no violentos prosociales (empatía, respeto), ejercicios de resolución de problemas y cuando sea necesario, tratamiento en drogodependencias.

Para finalizar, apuntar una última idea: los internos clasificados en primer grado no quedan excluidos de participar en actividades que son esenciales para el buen desarrollo del tratamiento penitenciario, recogidas todas ellas en el apartado 7º del mencionado protocolo, ya sean consideradas como prioritarias (educativas, deportivas, terapéuticas individuales o grupales) o complementarias (participación en talleres, actividades culturales, recreativas o de ocio etc.). Ahora bien, cuesta pensar que un interno peligroso que se encuentre aquí clasificado debido a su peligrosidad pueda participar en dichas actividades, siendo más probable, a nuestro juicio, que en la práctica quede excluido de participar en las mismas.

6.4.3.2. El tratamiento penitenciario en los internos clasificados en segundo grado

El segundo grado de clasificación se corresponde con el régimen ordinario. Por medio del art. 102.3 del RP sabemos que se colocarán aquí aquellos internos en quienes concurren unas circunstancias personales de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir en semilibertad por el momento. Será aquí donde, por excelencia, se aplique el tratamiento penitenciario con mayor plenitud.

De lo que hemos señalado del art. 102.3 RP nos damos cuenta fácilmente de cuál es la característica que impera en el grupo de internos que aquí se encuentran clasificados: la heterogeneidad, ya que aquí podremos encontrar a toda clase de penados, desde primarios a reincidentes, desde condenados por delitos violentos a condenados por delitos socioeconómicos, pasando por los amplios abanicos de edades que pueden darse en la prisión. Es inevitable por tanto realizar una separación penitenciaria en los internos clasificados en segundo grado por razones de

tratamiento (no una subclasificación) con el fin de lograr un mejor desarrollo de este, dando mayores ventajas en el régimen de vida a aquellos que por razones de tratamiento se requiera. Esta afirmación deriva directamente del art. 99 del RP, donde se establece a las exigencias del tratamiento penitenciario como causa de separación penitenciaria.

Los ejemplos más destacados de separación por exigencias del tratamiento que podemos encontrar en nuestro sistema penitenciario serían: los módulos de respeto y las unidades terapéuticas.

Los **módulos de respeto** se definen como una unidad de separación cuya adhesión a él es de carácter voluntario y lleva aparejada la aceptación de una serie de normas que emanan de 4 fundamentos teóricos: una organización (tanto formal como informal) en el reparto de tareas de autogestión del módulo; el grupo y la adopción de roles de coordinación y liderazgo entre los internos; el aprendizaje de nuevas habilidades y conductas y por último la creación de un clima social o ambiente de convivencia pacífico fundado en la tolerancia mutua.

Las **unidades terapéuticas** son módulos independientes que albergan a internos en que se encuentran en el programa específico de intervención para drogodependientes, del que hablaremos más tarde, recibiendo una atención cuidada durante las horas del día y donde podrán desarrollar la mayor parte de las actividades propias de dicho programa, sean educativas, ocupacionales o de trabajo.

En síntesis, cuando un penado es incluido en alguna de estas figuras, estas actuarán como catalizadores del tratamiento penitenciario, ya que el individuo percibirá fácilmente la mejoría en su régimen de vida y la ausencia de las injerencias (como pueden ser las drogas o las tensiones y rencillas entre internos) que hasta la fecha dificultaban el correcto desarrollo de su personalidad dentro de la prisión; lo que se traduce en una evolución más ágil y palpable en su tratamiento debido a la actitud positiva que se genera en el penado. Nuestras instituciones penitenciarias son conscientes de la anterior afirmación y citamos como ejemplo las evaluaciones semanales de los internos en su programa individualizado de tratamiento por parte del equipo técnico, tal como se establece en el apartado 2.1.6 de la ISGIIPP 18/2011 de 10 de noviembre, texto regulador sobre el desarrollo, funcionamiento y articulación de los niveles de intervención en módulos de respeto.

6.4.3.3. El tratamiento penitenciario en los internos clasificados en tercer grado

Se colocará en este grado de tratamiento a aquellos internos que, por sus circunstancias, estén capacitados para llevar una vida en semilibertad, valorándose en todo caso la concurrencia en el interno de los parámetros recogidos en el 102.2 RP: su personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo; duración de las penas, medio social al que retorne, recursos, facilidades y dificultades y si estamos ante el momento propicio para el buen éxito del tratamiento; siempre que haya concurrido el tiempo suficiente para su estudio y observación.

Recordemos que, gracias al sistema de individualización científica, un interno que posea un pronóstico de reincidencia medio-bajo o muy bajo y no presente factores de inadaptación significativos, puede ser clasificado inicialmente en este grado como señala la Instrucción 9/2007 de 21 de mayo.

La primera realidad a la que nos debemos enfrentar es que el modo de vida del interno va a desarrollarse, al menos en gran parte, fuera de la prisión. El individuo habrá alcanzado llegados a este punto una cuota de libertad considerable, lo que no significa que su tratamiento esté finalizado, al contrario, todavía queda una última misión por conseguir: que el penado sea capaz de vivir en sociedad con plena libertad en el futuro. Por esta razón, un interno para progresar al tercer grado debe estar incluido en un programa que tenga continuidad en el medio comunitario, como se exige en la ya mencionada Instrucción 9/2007, pues de lo contrario el recorrido tratamental que hasta ese momento había estado siguiendo se vería cortado irremediablemente. En la práctica, se tiene muy en cuenta esta afirmación, y se procura en la medida de lo posible que otras circunstancias jurídico-penales no trunquen todos los avances terapéuticos que un interno ha conseguido una vez ha alcanzado el tercer grado; es el supuesto contenido en el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 7 de abril de 2015³². Analizando dicha resolución, la narración de hechos versa así: un sujeto que desde la fecha 23 de enero de 2015 se encontraba disfrutando del tercer grado, el día 17 de febrero de 2015 recibe condena firme por otro delito cometido antes de entrar en prisión, en el año 2009. El tribunal decide mantenerle en tercer grado, pues considera que sería incoherente sostener que existe un riesgo de reiteración delictiva en menos de un mes de diferencia, señalando también que el nuevo delito por el que se le condena (blanqueo de capitales) no es más grave que aquel por el cual ya se encontraba cumpliendo condena (delito contra la salud pública), ni tampoco exige un programa de tratamiento específico. Además, desde que estaba disfrutando del tercer grado cuenta con trabajo estable, pareja y domicilio en Huelva; junto con un elemento que es determinante y clave para el tribunal: dos hijos pequeños de los que debe corresponsabilizarse con la madre en la tarea de su cuidado y atención paterno-filial, lo que para la Audiencia cumple una función de indudable carácter favorecedor de su tratamiento de inserción familiar y social. Dicho de otra manera, y en conexión con los otros argumentos expuestos por el tribunal, si no existe nueva exigencia tratamental específica y concreta ni ninguna otra circunstancia que ponga de manifiesto su peligrosidad o reincidencia, no podremos tirar para atrás todo lo hasta fecha conseguido por el tratamiento que durante años ya se había estado siguiendo.

Los distintos establecimientos en los que el interno va a cumplir la pena en el tercer grado, que pueden ser bien un centro abierto o de inserción social, bien en secciones abiertas dentro de la prisión, bien en unidades dependientes fuera de la prisión o en unidades extrapenitenciarias en las que no existe personal de instituciones penitenciarias; recogidos todos ellos en el art. 80 del RP. Para determinar a cuál de todos ellos va a ser enviado el interno, debemos recurrir una vez

más a lo que determine su programa individualizado de tratamiento; así lo clarifica el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de Junio. Por ejemplo, si un penado ha estado incluido en el programa específico de intervención para la drogodependencia, lo más correcto sería colocarle en una unidad extrapenitenciaria tutelada fundamentalmente por especialistas en deshabitación.

6.4.4. Instrumentos generales de tratamiento penitenciario

Son el trabajo penitenciario, los permisos de salida, educación y formación, grupos de comunidad terapéutica y salidas programadas; explicando antes de nada los sujetos que van a participar en la aplicación del tratamiento. Después veremos los programas de intervención específica, en los que detallaremos el proceso de tratamiento en concreto para ciertos sujetos o grupos.

Estos instrumentos de los que vamos a hablar a continuación tienen su base, o derivan en gran medida, de lo dispuesto en el art. 110 del RP, el cual establece que la Administración Penitenciaria diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades y compensar sus carencias; dicha administración también utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior; y potenciará los contactos del interno con el exterior contando, si es posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción

6.4.4.1. Sujetos encargados de la aplicación del tratamiento penitenciario

Antes de entrar de lleno a desarrollar en profundidad los instrumentos generales de tratamiento, estimamos conveniente explicar el elemento humano del tratamiento, o lo que es lo mismo, los agentes o actores que hacen que su realización sea posible. Ha sido necesario establecer una distribución funcional de las tareas, entre la Junta de Tratamiento, el Equipo Técnico y los sujetos colaboradores o de apoyo.

La **Junta de tratamiento**, arts.111y 273 RP, será la encargada de establecer los programas de tratamiento o los modelos individualizados de ejecución penitenciarios para cada interno del centro, definiendo las actividades a realizar en función de las peculiaridades de su personalidad y del tiempo aproximado de duración de sus condenas.

El **equipo técnico** por su parte se encargará, entre otras tareas, de ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios que se establezcan para cada interno, evaluar los objetivos alcanzados en la ejecución de los programas de tratamiento o de los modelos de intervención penitenciarios informar de los resultados a la Junta de Tratamiento y realizar el asesoramiento pedagógico o psicológico de la formación profesional a los penados; todo ello recogido en el art. 272 del RP. Contando, como bien exige el 111.2 del RP, con

la colaboración del resto de los profesionales del ámbito penitenciario para la adecuada ejecución de estas tareas.

Por último, tenemos los llamados **sujetos colaboradores** que, aun siendo externos a instituciones penitenciarias, tienen prevista su participación en la labor del tratamiento en el art. 69.2 de la LOGP y en los arts. 62 y 182 del RP. Tales preceptos abogan, con el fin de lograr la recuperación social de los penados, por la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos. La intervención de las ONG, asociaciones y demás entidades colaboradoras se establece en la reciente Instrucción de Instituciones Penitenciarias 2/2019 de 7 de febrero de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la cual tiene por objeto, al margen de otras cuestiones formales o procedimentales, potenciar la inclusión de la figura del voluntario, lograr una continuidad más prolongada de las ONG en sus intervenciones y configurar el espacio adecuado en función de la naturaleza del programa de intervención que pretendan desarrollar. Dicho sea de paso, estos programas también son enumerados por la Instrucción 2/2019 y poseen una alta variedad: formativos-educativos, sanitarios y de atención a drogodependientes, de inserción social etc

La aportación que las ONG y demás entidades privadas realizan, encaminadas a favorecer el tratamiento penitenciario es esencial, pues en muchas ocasiones no solamente aportan personal de voluntariado para el desarrollo correcto de las actividades de tratamiento, sino que también ponen a disposición del sistema penitenciario personal cualificado y medios materiales nada despreciables.

6.4.4.2. El trabajo penitenciario

Atrás quedaron aquellos tiempos en los que el trabajo en las prisiones era utilizado como un mecanismo aflictivo, de castigo o de redención anticipada de la pena. Desde la promulgación de la LOGP las bases del trabajo penitenciario tienen otra dimensión, expuestas en el art. 26 de dicha norma, de forma más desarrollada y exhaustiva en los arts. 132 y siguientes del RP; y de cuyo contenido se desprende lo siguiente: el trabajo será un elemento fundamental del tratamiento penitenciario, tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, siempre enfocado a preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre y nunca podrá consistir en una medida de corrección o castigo.

De acuerdo con lo anterior, podría pensarse que el trabajo penitenciario se aplica a todos y cada uno de los internos que están siguiendo un tratamiento, o al menos a una amplia generalidad de ellos; sin embargo, esta afirmación no resulta cierta. La posibilidad de utilizar este mecanismo de tratamiento debe ser estudiada para cada caso concreto, siendo su programa de tratamiento el que determine su idoneidad. A este respecto, se ha determinado que el factor clave para su utilización es que el trabajo vaya a servir a ese interno para corregir o paliar las carencias o circunstancias que, de una forma u otra, le hayan llevado a cometer el hecho delictivo.

El que el trabajo penitenciario contribuya a preparar a los internos para su vida en libertad, dotándoles de capacidades y habilidades indispensables para ejercer un trabajo una vez sean libres, determina dos cosas: de un lado su calificación como relación laboral de carácter especial y de otro, que los motivos de reeducación y tratamiento sean tomadas como circunstancias preferentes para su concesión a un penado.

Ahora bien, vistas las anteriores consideraciones de carácter teórico, nos surgen una serie de dudas: ¿cómo opera en la práctica la relación de los internos hacia el trabajo penitenciario? ¿Qué valoración ofrecen los internos sobre este mecanismo de tratamiento? ¿Puede tener alguna utilidad real para la vida en prisión?: la motivación principal que lleva a un interno a trabajar en la prisión es en la mayoría de los casos económica, nace del deseo de obtener un salario con el que proporcionar un sustento a su familia en el exterior o para satisfacer sus propias necesidades dentro de la prisión. No obstante, los internos son conscientes (concretamente aquellos cuyo nivel de estudios es medio o superior) de la función educativa y de adquisición de pautas y valores vinculados al proceso de resocialización y posterior reinserción, la cual es tremendamente importante para el segmento de internos que en su vida pasada no han podido desarrollarse en el más básico ámbito escolar o carecen de formación laboral alguna. Ciertos internos conciben el trabajo con un carácter ocupacional, es decir, como una forma de pasar el largo tiempo que les resta de condena. Lo que si se revela es que el trabajo penitenciario tiene un factor indudablemente emocional para el recluso, pues mientras se encuentra desempeñando sus tareas consigue evitar las llamadas “horas de patio”, pudiendo así huir de los malos pensamientos, de las malas compañías y de la larga ociosidad, adquiriendo paralelamente un sentimiento de utilidad hacia sí mismo. Como aspecto negativo, se destaca que no existen suficientes puestos de trabajo penitenciario de carácter cualificado o de formación profesional, siendo interesante por tanto que se ampliase su oferta para así cumplir con el verdadero objetivo del trabajo penitenciario, es decir, que adquiera experiencia útil para el futuro y lograr así que tras el cumplimiento de la condena el interno pueda conseguir su reinserción profesional.

En definitiva, entendemos que el trabajo penitenciario es el instrumento de tratamiento que mejor puede servir para adaptar al interno en su vida fuera de prisión, pues resulta de enorme utilidad para que adquiera la conciencia de que existen formas o medios con los que ganarse la vida y obtener ingresos sin necesidad de recurrir al delito, en adición a que en diversas ocasiones podrá seguir una formación laboral que le resulte útil para buscar nuevas opciones en el mercado laboral.

6.4.4.3. Los permisos de salida (Vid. Apartado 6.2)

Antes de entrar en materia, debemos hacer una separación o diferenciación conceptual entre permiso de carácter extraordinario y el ordinario. Los primeros se encuentran regulados en los arts. 47.1 de la LOGP y 155 del RP y tienen como base

para su concesión circunstancias de tipo familiar; el permiso de salida de carácter ordinario regulado en el apartado segundo del art. 47 LOGP y en el art. 154 del RP, tiene como fin la preparación para la vida en libertad del penado y por ende una indudable función tratamental. Entre todos los instrumentos de tratamiento penitenciario, el permiso de salida es sin duda el que mayor alarma o preocupación social genera, por el inconveniente que en sí mismo presenta el hecho de concederlo a un interno: constituye una vía fácil para eludir la custodia, viéndose en peligro, llegado el caso de quebrantamiento, otros bienes o principios tales como el aseguramiento del cumplimiento de la condena, el interés de la sociedad por su seguridad y la necesidad de salvaguardar una vida ordenada en prisión.

No obstante, esta inquietud social no debe empañar las enormes ventajas que para el tratamiento aporta esta institución, pues los delitos graves cometidos durante el disfrute de un permiso se producen puntualmente y el porcentaje de fallos (quebrantamientos de condena) son bajísimos, debiendo pesar más los efectos positivos que reporta: se consigue rebajar la tensión en los centros penitenciarios y sirven claramente al penado para prepararle para su posterior puesta en libertad, ámbito social y familiar al que van a retornar. Estos permisos penitenciarios deben prevalecer ante la contraria opinión social. Los permisos penitenciarios se han convertido en una práctica cada vez más extendida; reduciéndose por su parte casi a niveles insignificantes los casos en los que existe fuga o incumplimiento por parte del individuo.

Los requisitos o criterios de control previos a la concesión del permiso no son los únicos que existen con el fin de asegurar o garantizar su correcto aprovechamiento, pues en la práctica existen medidas de aseguramiento que se ejecutan una vez el preso está disfrutando del permiso o una vez este ha terminado, clarificadas todas ellas en la Instrucción 3/2008 de 6 de marzo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la cual tiene por objeto delimitar la normativa sobre salidas de internos de los centros penitenciarios. De entre todas esas medidas, destacamos la exigencia de una tutela institucional o familiar desde que el prisionero abandona el centro, la prohibición motivada de ir o acudir a determinados lugares (sin perjuicio de lo que en la sentencia condenatoria se ha indicado), la posibilidad de ser sometido a controles analíticos sobre consumo de estupefacientes y otras sustancias durante su estancia en el exterior o a su regreso al centro penitenciario etc. También dispone nuestra Administración Penitenciaria de mecanismos para estudiar la viabilidad o no de la concesión de un permiso a un recluso: las tablas de variables de riesgos (en adelante TVR) y las tablas de concurrencia de circunstancias peculiares (en adelante TCCP). Las TVR aportan al profesional una información clave sobre el grado de peligro que tiene conceder a un recluso un permiso, y se compone de ciertas variables como extranjería, drogodependencia, profesionalidad delictiva, reincidencia, quebrantamientos anteriores, encontrarse clasificado en primer grado, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía y presiones internas a las que

puede estar sometido el interno, teniendo cada uno de estos parámetros un valor asignado en caso de concurrir.

Con el fin de precisar aún más el cálculo de la probabilidad de quebrantamiento, las TCCP valorarán otras circunstancias como son el hecho de que el resultado en TVR sea igual o superior a 65%, el tipo de delito, si existió organización delictiva, su trascendencia social, la fecha hasta llegar a las $\frac{3}{4}$ partes de condena y el trastorno psicopatológico si lo hubiere.

Nuestros tribunales son perfectamente conscientes de la tremenda importancia tratamental que tienen los permisos penitenciarios. Echando un vistazo a nuestra jurisprudencia en la materia, resulta enormemente ejemplificativo el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santander de 27 de enero de 2015. En esta resolución el juzgador deja claro que, para la concesión de un permiso de carácter ordinario, no basta únicamente con el cumplimiento de los diferentes criterios que existen, como son la buena conducta, la correcta adaptación o la ausencia de sanciones. En este supuesto, la negativa del penado a participar en su programa individualizado de tratamiento es lo que echa por tierra su pretensión e impide que le sea concedido, pues el tribunal sostiene firmemente que el hecho de no seguir su programa de tratamiento y darle el permiso sería ir en contra del art. 25 CE, ya que entonces dicho mecanismo no estaría orientado a la reeducación y reinserción.

6.4.4.4. Educación y formación

La educación va a ser otro de los instrumentos sin los cuales el tratamiento nunca podría conseguir sus fines. Esta importancia viene determinada por la ampliación del concepto de tratamiento penitenciario, pues ahora este trasciende más allá del ámbito clínico y por ende, no solo nos encontraremos con actuaciones estrictamente terapéuticas sino que tendremos también actividades asistenciales, formativas y socioculturales.

La educación como mecanismo se encuentra regulada en nuestra LOGP en los arts. 55 a 59, y en el RP en los arts. 118 y siguientes, de cuyo contenido normativo destacamos una importante cantidad de información. En primer lugar, en toda prisión existirá una escuela para la instrucción de los internos, con especial atención a jóvenes y analfabetos. Así pues, la actividad educativa, formativa o cultural que se imparta será ajustada en lo máximo posible a la legislación vigente en materia de educación y formación profesional, con el fin de que los internos puedan obtener la titulación oficial correspondiente. A su vez, la Administración Penitenciaria dará en todo momento facilidades y estímulos a los internos para lograr su interés y continuidad en los estudios. Se garantiza también el acceso a la formación universitaria y a la información a través de bibliotecas, periódicos, revistas de libre circulación etc. No obstante, si por exigencias de su tratamiento individualizado se indica, el interno en concreto podrá ver restringido su acceso a ciertas publicaciones.

En síntesis, la educación en el marco penitenciario tendrá muchas vertientes, pero siempre estará enfocada a corregir esas carencias formativas que el interno

tenía cuando entró y favorecer en la medida de lo posible sus intereses, de tal forma que la actividad educativa que se aplique abarcará desde la formación más básica existente hasta titulaciones universitarias o de formación profesional. Sin embargo, es importante apostillar que, en definitiva, el instrumento de la enseñanza hace que un sujeto sea reinsertable cuando se consigue realizar una educación o reeducación en los valores del interno, y para ello se necesita la participación o implicación activa de la sociedad, pues carecería de sentido educar para una vida en sociedad sin tener a esta en cuenta.

La cultura y el deporte. La primera será útil para complementar las necesidades del tratamiento, ya que mantiene a los internos ocupados con la realización de actividades que enriquecen el espíritu y actualizan sus conocimientos, tomando especial importancia aquellas de carácter participativo (teatro, música, artesanía etc.); el deporte por su parte servirá para fomentar la recreatividad, la emulación y el bienestar físico y mental de los penados.

Tal vez algún día se consiga que la organización de los centros penitenciarios se convierta en un espacio estrictamente socioeducativo, donde cada interno por medio del aprendizaje, la cultura y el conocimiento logre superar las características o problemáticas que le hicieron delinquir.

6.4.4.5. Los grupos de comunidad terapéutica

El art. 115 del RP establece que se podrán organizar en los centros programas basados en el principio de comunidad terapéutica para aquellos conjuntos de internos cuyo tratamiento lo requiera. La comunidad terapéutica es un medio por el cual el interno podrá a dar el paso fundamental de la "dependencia" a la "interdependencia", pues a través de la autogestión y la convivencia, se va a producir en cada individuo la posibilidad de solicitar ayuda del otro y estrechar los lazos de mutua confianza, compartiendo entre todos ellos los mismos objetivos, las mismas normas y, muchas veces, las mismas dificultades.

En su aplicación debe estar presente una metodología correctamente planificada, que debe contener esencialmente estos extremos: el centro o espacio en el que se desarrolle habrá de tener presencia y convivencia permanente de los miembros del equipo técnico; deberá formarse un grupo en el que los sujetos han de poseer un perfil concreto, preestablecido y con número limitado de plazas; estará enfocada siempre a conseguir un aprendizaje social en un contexto de especial densidad en las relaciones interpersonales de los penados, asumiendo estos sujetos crecientes responsabilidades que contribuyan a dinamizar la vida en comunidad y en un ambiente de autoayuda; bajo controles y evaluaciones continuas por parte de los profesionales.

Este mecanismo de tratamiento está pensado, con carácter general, para aquellos internos que padecen problemas de adicciones, aunque no es el único supuesto en nuestra praxis penitenciaria, ya que se permite para aquellos penados que, sin tener problemas de adicciones de ningún tipo, precisan de una intervención

tratamiento específica (algo que ha sido establecido expresamente en el apartado cuarto de la ISGIIPP 9/2014 de 14 de julio, mencionándose como ejemplo a aquellos internos con necesidades de control de impulsos violentos).

El sistema o marco de comunidad terapéutica es considerado, por lo general, de tremenda utilidad y efectividad; aunque por otro lado también se ha planteado el hecho de que en la práctica, optar por este mecanismo, resulte notablemente invasivo debido a que la terapia va a estar presente en todos y cada uno de los momentos de la vida del interno, ya que lo que se está realizando es una intervención ambiental en la que participan ya no solo el equipo especialista sino también todos y cada uno de los penados que forman parte de ese grupo de tratamiento.

6.4.4.6. Las salidas programadas

Las salidas programadas, siendo el último mecanismo de tratamiento que abordaremos en este trabajo, se encuentran reguladas en el art. 114 del RP, precepto a partir del cual podemos entenderlas como una herramienta destinada a la realización de actividades tratamentales específicas en el exterior por parte de internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas. Particularmente, se entiende que estas actividades tendrán carácter o fines culturales, deportivos o de participación en programas educativos o ciudadanos.

El art. 114 del RP también prevé que, en todo caso, los internos serán acompañados por personal del centro penitenciario o de otras instituciones o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos; no siendo la duración de estas salidas, con carácter general, superior a dos días; aplicándose las reglas y requisitos para la concesión de los permisos ordinarios a la hora de realizar la selección de los internos que en dichas salidas serán incluidos.

Dentro de las salidas programadas también cabe incluir lo mencionado en el art. 117.1 del RP, el cual permite, a los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que este sea necesario para su tratamiento y reinserción social.

Las salidas programadas son unos mecanismos de tratamiento de carácter conexo o de apoyo respecto a otro, que tendrá un carácter más principal o primordial. Ahora bien, esta supeditación no implica que quede desprovista de protección por nuestros tribunales, al contrario, se tendrá muy en cuenta su importancia para un correcto desarrollo del programa de tratamiento del interno. El ejemplo más claro de lo que acabamos de afirmar lo encontramos en el AAP de Madrid de 2 de marzo de 2016: el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 5 de Madrid confirma la decisión de la Junta de Tratamiento de denegar a un sujeto la solicitud de acudir 5 días por semana durante 8 meses y medio a la realización de un curso de mecánica. Las razones expuestas para desestimar la pretensión del penado por parte

del juzgador son, de un lado, que la pena que se encuentra cumpliendo es de larga duración (30 años) y no ha agotado aún la mitad de esta; de otro lado, se interpreta que la finalidad para la que se va a conceder la salida programada tiene carácter meramente formativo, sin tener esa naturaleza terapéutica que exige el art. 117 RP. La Audiencia decide estimar el recurso de este interno contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria indicando que, el hecho de que la pena de prisión sea de larga duración no es elemento excluyente para hacer uso de estos mecanismos de tratamiento, pues nada dice la norma al respecto, careciendo de todo sentido realizar una interpretación en contra del interno cuando este ha disfrutado de permisos penitenciarios con total normalidad y sin ningún tipo de incidencia. Tampoco comparte la sala el criterio de que dicho curso de formación carezca de valor o naturaleza terapéutica, dado que el programa específico de intervención de este sujeto (concretamente el programa UTE) tiene por objetivo la adquisición de hábitos formativos y laborales necesarios para la vida en libertad; operando para resolver esta controversia, como bien señala el tribunal, el principio de flexibilidad, ya que la evolución en el tratamiento de este interno aconseja que, dentro del marco de su programa, se le apliquen aspectos característicos de lo que sería el tercer grado (en este caso, mayores cotas de libertad en el exterior).

6.4.5. La aplicación práctica del tratamiento penitenciario: los programas específicos de intervención

Abordaremos ahora cómo se articulan estos instrumentos en función de ciertas circunstancias singulares del sujeto, fruto del principio de diagnóstico de la personalidad en relación con el principio de individualidad. Así pues, nuestro primer objetivo será analizar el concepto de programa individualizado de tratamiento (PIT), para posteriormente entrar de lleno en la figura del programa específico de intervención (PEI), pudiendo a su vez conocer qué relación existe entre ambos y desvirtuar cualquier confusión que pueda suscitarse entre ambas figuras. Finalmente, de entre todos los que existen actualmente en nuestro sistema penitenciario, estudiaremos con detalle el funcionamiento y contenido de tres PEI distintos: programa de intervención para la drogodependencia, agresores sexuales y delincuentes de género.

6.4.5.1. Marco Conceptual

El programa individualizado de tratamiento (PIT) es aquel documento que diseña el *iter* o recorrido a seguir para ese interno concreto con el fin de alcanzar su promoción y crecimiento personal, la mejora de las capacidades y habilidades sociales y laborales, junto con la superación de los factores conductuales o de exclusión que le hicieron delinquir. El programa individualizado de tratamiento contempla y detalla las áreas deficitarias de cada interno, cuáles serán las técnicas que le deberán ser aplicadas y qué actividades concretas habrá de seguir durante su estancia en prisión para corregir esos aspectos que le hicieron delinquir. Podemos afirmar también que el PIT es una concretización de los principios de individualidad, complejidad y programación del art. 62 LOGP.

Es conveniente puntualizar que dentro del PIT para ese interno concreto, a la hora de determinar las actividades que vaya a realizar, se clarifique una distinción entre aquellas que tengan carácter prioritario (aquellas que se enfocan directamente en atajar los factores directamente relacionados con su actividad delictiva o sus carencias formativas básicas) y aquellas que sean consideradas como complementarias (aquellas que por su contenido pretenden ampliar las perspectivas de los sujetos en materia profesional o de calidad de vida); así se deja sentado en la ISGIIPP 12/2006 de 4 de julio sobre la programación, evaluación e incentivación de actividades y programas de tratamiento, concretamente en su apartado segundo.

Ya fuera del ámbito estricto del PIT, podemos definir PEI como los programas ordenados, estructurados y dirigidos a favorecer la evolución positiva de aquellos internos sujetos a condiciones especiales de carácter social, delictivo o penitenciario; con el fin de formar una cultura de intervención más efectiva sobre los factores psicosociales que están detrás de los actos delictivos del penado, fruto de la evaluación global del penado y los resultados que de ella se desprendan.

Puede deducirse que los distintos PEI que existen en nuestro sistema penitenciario constituyen un esfuerzo, por parte de la Administración Penitenciaria, para lograr atajar y dar cobertura a aquellas áreas que por su contenido implican una mayor problemática delictiva o bien una especial necesidad de atención tratamental. Es por ello que la oferta de PEI es notablemente alta, hasta 21 distintos en total: seguridad vial, juego patológico, alcoholismo, población extranjera, resolución dialogada de conflictos, prevención de suicidios etc. Aquí trataremos únicamente tres PEI, quizás los que plantean los mayores retos desde el punto de vista de la realidad criminológica actual: programa de intervención para drogodependientes, agresores sexuales y delincuencia de género.

6.4.5.2. Programa de intervención para drogodependientes

La droga es uno de los fenómenos que más influye ya no solo en el medio carcelario sino también en lo que a la trayectoria delictiva de los penados se refiere, condicionando la vida de muchos de ellos tanto fuera como dentro de la prisión.

El legislador, siendo consciente de la repercusión penológica y penitenciaria que la droga genera, decidió dejar bien en claro en el art. 116 RP que todo interno con dependencia de sustancias psicoactivas tendrá a su alcance, si lo desea, la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabituación, con independencia de su situación procesal y de sus circunstancias penales y penitenciarias. Eso sí, tal como señala el citado precepto, los programas especializados en drogodependencia se desarrollarán dentro del marco establecido en el Plan Nacional sobre Drogas.

El marco de actuación dentro de esta materia lo ha establecido la ISGIIPP 3/2011 de 2 de Marzo, de Intervención General en Materia de Drogas en la Institución Penitenciaria. Los fundamentos o parámetros a seguir en materia tratamental con drogodependientes: habrá de realizarse una intervención sobre la demanda,

consumidores y drogodependientes, que incida o se estructure sobre las áreas de prevención, asistencia y reincorporación; en consonancia con otros esfuerzos tomados en materia de seguridad para evitar la entrada de droga en el establecimiento penitenciario.

Una vez ya conocemos el contexto en el que nos vamos a desenvolver, procedamos a conocer cuáles son los extremos más destacados dentro de este programa

a) La figura del Drogodependiente

Un drogodependiente es aquel individuo que desea de forma irreprimible repetir la toma de una determinada sustancia, aparejada a la paralela necesidad física del organismo de introducir esa sustancia. El drogodependiente puede dar el salto a la delincuencia, fruto de esa adicción a sustancias, por dos vías: una funcional, que implica cometer actos ilícitos para conseguir ingresos para el consumo y otra inducida, que son aquellos actos de la misma clase que se cometen como consecuencia bien de estar bajo los efectos de la droga o por el deterioro cognitivo-volitivo que las sustancias le han generado. Examinemos a continuación ciertos datos estadísticos en relación con el consumidor de drogas, propios del ámbito penitenciario, que no podemos pasar por alto: del total de internos que componen la población penitenciaria, un 71% reconoce haber consumido drogas ilegales alguna vez en su vida, un 54% las han consumido durante el último año que estuvo en libertad, un 49% en el último mes que pasaron fuera del presidio y un 21 % ha tomado dichas sustancias alguna vez durante el último mes dentro de la prisión, siguiendo el tratamiento específico para la drogodependencia un 13,2% del total de los reclusos.

b) Estrategia de intervención tratamental para drogodependientes.

El PEI para drogodependientes persigue dos objetivos: de un lado uno de carácter genérico que busca la normalización e integración social del interno, y de otro lado aquellos de carácter específico, como son prevenir el inicio en el consumo, reducir los riesgos o daños derivados de la droga, conseguir periodos de abstinencia para romper su dependencia y optimizar la reincorporación social del interno.

En primer lugar, si queremos que el tratamiento penitenciario alcance sus objetivos y sus resultados sean los correctos, debe lograrse una ruptura o separación entre el penado y el consumo de sustancias ilegales; para ello tenemos el **programa de abstinencia o deshabitación o “libre de drogas”**, que se lleva a cabo por medio de dos modalidades: primero una intervención, que podrá ser de tipo ambulatoria (es decir se proporciona una atención individual o grupal en dependencias específicas en cada galería o módulo a los drogodependientes) o de tipo centro de día (esto es, las actividades del programa se desarrollan con los internos de diferentes galerías o módulos en una dependencia centralizada, volviendo a sus respectivos destinos una vez finalizada la sesión diaria). El programa de abstinencia o deshabitación, se compone de tres estadios principales: desintoxicación (conseguir frenar el síndrome de abstinencia en su vertiente física, recurriendo incluso al uso de fármacos),

deshabitación en sentido estricto (implica romper con la necesidad psicológica de consumo, a través de técnicas socioeducativas, talleres de habilidad social o de mejora de la capacidad de autocontrol) y la inserción social, que implica trabajar en prevenir las recaídas y mejorar o restablecer sus contactos con la familia, una vez la abstinencia ha sido consolidada.

Completada esta fase, se aplica la variedad del **módulo terapéutico**, en el cual se alberga de forma independiente del resto de la población reclusa, a los internos que están en el programa, aplicándose de forma intensiva el contenido de la terapia, evitando en todo momento el contacto con el resto de los reclusos.

En segundo lugar, una vez ha sido atajado el problema de la dependencia y se ha logrado que el interno se desprenda física y psicológicamente de la droga, debe aplicarse el **programa de reincorporación social**. Dicho programa tiene por objetivo facilitar la adquisición y/o desarrollo de instrumentos, actitudes, habilidades y aprendizajes que les ayuden a mejorar su desenvolvimiento personal, familiar, social y laboral; aplicando ahora por su idoneidad diversos instrumentos de tratamiento como son la formación pre-laboral y laboral, las salidas programadas, la participación en talleres productivos (trabajo penitenciario), la concesión de permisos de salida y su derivación hacia centros de atención especializada al drogodependiente en los casos de progresión al tercer grado.

En tercer y último lugar, otros programas sirven de apoyo a los anteriores. De un lado un **programa de mantenimiento con metadona**, tremendamente útil cuando el interno se encuentra en proceso de deshabitación, enfocado en la mayoría de los casos a individuos cronificados en la adicción, fruto del abuso de opiáceos. De otro lado, también jugará un papel fundamental para evitar nuevos consumos el **programa de prevención de educación para la salud**, con el fin de proteger a aquellos internos que aún no han caído en el mundo de la drogadicción pero que, por su dificultosa situación, son un grupo de riesgo; para ello se realizan actividades de todo tipo: formación para la salud, talleres de manejo de estrés o de mejora de las habilidades de resolución de conflictos.

c) Valoración sobre el tratamiento para drogodependientes

Existen diversos obstáculos a los que el tratamiento para drogodependientes, propios de la prisión y la subcultura carcelaria (como ejemplo, las habituales rencillas o internos que introducen droga en los módulos); con lo que sería interesante plantear de cara al futuro una reducción de la represión penal en esta materia, instaurándose la aplicación de los tratamientos que hemos observado en el exterior, sin tener que recurrir a la aplicación de penas privativas libertad para estos sujetos.

No obstante, existen otros mecanismos que pueden ayudar a mejorar la aplicación del programa para drogodependientes. Estos son tres:

- en primer lugar, hacer un mayor uso de la vía del **art.182 RP**, el cual permite al centro autorizar a los internos clasificados en tercer grado para ser encuadrados en unidades extrapenitenciarias para la continuación del tratamiento de deshabitación;
- en segundo lugar, utilizando el **art. 90.2 CP**, que permite al juez de Vigilancia Penitenciaria imponer el internamiento de estos sujetos en centros de deshabitación cuando se encuentren en libertad condicional (como un paso intermedio para evitar recaídas una vez se encuentren fuera del medio penitenciario);
- y en tercer y último lugar, potenciar la aplicación del principio de flexibilidad del **art. 100.2 RP**, permitiendo a internos clasificados en segundo grado acudir a centros de deshabitación para el cumplimiento de la pena.

6.4.5.3. Programa de Intervención para agresores sexuales

Los delitos contra la libertad sexual general una indudable alarma social que preocupa prácticamente a la totalidad de la opinión pública, incluso más que delitos de cualquier otra tipología. Por ello, desde Instituciones Penitenciarias, se ha decidido aplicar un programa específico de intervención para delincuentes sexuales varones que hayan actuado sobre mujeres o menores, con el objetivo de aumentar las probabilidades de no reincidencia en el delito, favorecer un análisis realista de las propias actividades delictivas y mejorar las capacidades de relación personal entre los sujetos. Además, el art. 116.4. RP establece específicamente que la Administración Penitenciaria podrá diseñar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo.

a) La figura del agresor sexual

Reproducir cuál es la personalidad de un agresor sexual es una tarea inviable, pues esta es particular e individual para cada uno de los sujetos; no obstante, vamos a reproducir una serie de variables que, a través de nuestra práctica forense, se ha delimitado que se cumplen o coinciden en la mayoría de individuos. Así pues, actuarán como indicadores comunes los siguientes: baja autoestima, estados emocionales negativos (ansiedad, soledad, resentimiento, frustración), proceso de socialización deficiente por familia desestructurada, violencia física o psíquica por parte de los progenitores, problemas de aprendizaje o fracaso escolar, dificultades de relación interpersonal, problemas de relación de pareja, concepción distorsionada acerca del género femenino, frecuente negacionismo del delito con conductas auto-exculpatorias en conjunción con un marcado asilamiento o desconfianza hacia los demás reclusos, pero con una correcta adaptación a la normativa penitenciaria.

No obstante, debe destacarse que abunda la normalidad emocional externa entre estos internos, la cual debe ser superada y derribada por parte de los profesionales en todo caso, penetrando de forma directa en el conjunto de experiencias traumáticas y deficiencias personales que les afectan y abordándolas

desde un punto de vista terapéutico, pues de lo contrario, la probabilidad de reincidencia se mantendrá intacta.

b) Estrategia de intervención tratamental para agresores sexuales

Desde el año 2004, se está aplicando en nuestro sistema penitenciario PEI para agresores sexuales. Pues bien, este programa de tratamiento se articula en dos fases claramente diferenciadas por las que el interno habrá de verse incluido: el tratamiento A o fase de toma de conciencia y el tratamiento B o fase de toma de control. El denominado tratamiento A o de toma de conciencia, tiene por objetivo la asimilación por parte del sujeto de los contenidos explicativos o razones de su conducta violenta, de forma que se propicie la disminución del nivel de resistencia que pueda presentar el sujeto hacia la admisión o reconocimiento del propio comportamiento criminógeno; esto se consigue a través de cinco actuaciones concretas:

- análisis de la historia personal, es decir, que el sujeto conozca su propia vida y vivencias;
- introducción a distorsiones cognitivas, o lo que es lo mismo, tratar de lograr que el sujeto conozca la relación que explica por qué ciertas emociones o pensamientos anteriores han sido los causantes de la realización de su conducta lesiva;
- desarrollo de la conciencia emocional, lo que permitirá al sujeto interpretar sus emociones y aceptar o normalizar la existencia de estas;
- estudio de los comportamientos violentos, para que así el interno estudie las consecuencias de sus acciones dañinas y así poder reconducir las conductas violentas, y por último, desvirtuación de los mecanismos de defensa del delincuente, con el fin de que ceda, reconozca y/o asuma el delito.

El tratamiento B. o tratamiento para la toma de control se centra en la prevención de recaídas, es decir, lograr que a los sujetos superen y se sobrepongan a aquellos factores que pueden conducir al acercamiento a una víctima y disminuir su autocontrol, siendo conveniente señalar que en este punto los internos ya han logrado asumir su responsabilidad en el delito y se encuentran suficientemente motivados para emprender un cambio en su forma de enfrentarse a los problemas de la vida cotidiana una vez se encuentren en libertad. Actuaciones concretas:

- generar en el individuo una relación de empatía con la víctima, como una suerte de identificación emocional;
- desarrollo de una reestructuración cognitiva que permita corregir las desviaciones o errores de pensamiento que hasta ese momento habían integrado su personalidad;

- inculcación de un estilo de vida positivo a través del deporte y la inclusión en talleres de trabajo productivo;
- asimilación de una educación sexual que les permita conocer el sexo desde la veracidad y la ciencia, al margen de las erróneas concepciones que hasta ese momento ha tenido, que les permita asumir que el sexo debe partir de un proceso de comunicación y respeto;
- por último, una modificación del impulso sexual, que le permita tener el pleno dominio y capacidad de reprimir sus instintos.

c) Valoración acerca del programa de intervención para agresores sexuales

Qué aspectos positivos se desprenden del mismo y que dificultades, límites o carencias deben ser mejoradas.

La cuestión **positiva** que destaca de este programa es su efectividad, algo que solo puede medirse de una manera: a través de las estadísticas de reincidencia. Los sujetos que han sido penados por un delito de agresión sexual que han sido sometidos al programa reinciden en una proporción muy pequeña: el 81,50 % de ellos no vuelve a cometer ningún delito durante su vida en libertad frente a un 18,50 % restante que sí reincide, pero solamente un 5,80 % del total de los agresores excarcelados lo han hecho cometiendo un delito sexual. ¿Por qué podemos afirmar que estos números son realmente positivos? Porque si son comparados con la denominada tasa general de reincidencia, observamos que esta es notablemente superior: el 30,20% del total de los excarcelados en España reincidieron.

De otro lado, sí que existen **aspectos necesitados de mejora**, como es el caso de los requisitos para acceder y ser incluido en el programa, ya que el interno debe cumplir, entre otras, unas condiciones que a nuestro juicio indican un nivel de exigencia alto: estar próximo al tercer grado penitenciario, o a la libertad condicional, o, excepcionalmente, en espera de poder disfrutar permisos de salida frecuentes. Esto retrasa enormemente su aplicación y por ende, deja sin cubrir sus necesidades terapéuticas durante un tiempo que en muchas ocasiones puede ser prolongado, especialmente en las penas de larga duración.

6.4.5.4. Programa de intervención en materia de violencia de género

La violencia de género es uno de las principales lacras sociales de nuestra sociedad por lo que no es de extrañar que Instituciones Penitenciarias tenga establecido un programa de intervención para aquellos sujetos que han cometido delitos de violencia de género en el ámbito familiar, es decir, contra sus parejas y ex parejas; con el objetivo de disminuir la probabilidad de reincidencia en actos de violencia de género por parte de estos sujetos, reconducir las actitudes sexistas y desarrollar pautas de conducta que respeten la igualdad de género.

a) La figura del delincuente de género

Resulta igualmente inviable realizar una delimitación de la personalidad de un delincuente de género, ahora bien, existe una serie de elementos o

características que resultan comunes en gran medida a todos estos sujetos: han sido víctimas o testigos de malos tratos; lo que hace que entiendan el maltrato como forma normal de comportamiento y relación en la familia, baja autoestima, presencia de celopatías obsesivas, autorrepresión emocional y en especial, aspiración al dominio absoluto y poder sobre su pareja, no solo en lo físico sino en pensamientos y sentimientos. De otro lado, ya más dentro del ámbito penal-penitenciario, se presenta una serie de elementos específicos: La circunstancia más básica es que existen dos tipos de delincuentes de género, el más predominante (en torno a un 76% de estos delincuentes) son aquellos que única y exclusivamente cometen delitos violentos, contra sus parejas o ex parejas; al contrario de los llamados delincuentes antisociales, quienes aparte de ejercer lo anterior descrito, cometen otra serie de delitos que nada tienen que ver con la violencia machista. Otros datos: predomina el grupo de internos cuya condena es inferior a tres años (en torno a un 56%), el arco de edad donde más abunda la población penitenciaria que tiene estas características es en el tramo de entre los 31 a los 40 años (los cuales representan un 34,05% de la muestra), siendo importante destacar que como regla general presentan una correcta y buena adaptación a la prisión, llegando hasta un 39,2% de ellos a solicitar voluntariamente ser incluidos dentro del programa específico de intervención.

b) Estrategia de intervención tratamental para delincuentes de género

El programa de intervención para agresores (PRIA), se estructura en dos bloques claramente diferenciados y que obedecen a funciones distintas: la primera, está enfocada a trabajar aquellas variables clínicas que el participante debe conocer y manejar antes de pasar a la segunda, en la cual se abordan las diferentes manifestaciones de la violencia de género.

El primer bloque, con un enfoque más emocional y preparatorio como se ha señalado arriba, se compone de las siguientes 5 unidades:

- preparación y motivación para el tratamiento, con el fin de que el interno se integre en el programa y sus actividades de forma positiva;
- identificación y expresión de emociones, eliminando su represión hacia el interior, evitándose de cara al futuro situaciones de desbordamiento que desencadenarían en una agresión;
- trabajar sobre las distorsiones cognitivas y creencias irracionales del sujeto, con el fin de lograr la eliminación y sustitución de esquemas disfuncionales causantes del mal propio y ajeno, concretamente, aquellas ideas estereotipadas de roles preconcebidos de varón-mujer, de pertenencia y de posesión que le hacen justificar el uso de su violencia;
- asunción de la responsabilidad y derribo de los mecanismos de defensa que le hacen negar su acción e incluso culpabilizar a la víctima; empatía con la víctima, haciendo que el interno tome

conocimiento de las consecuencias negativas que para la mujer y otros individuos implican sus acciones, consiguiendo que logre ponerse en el lugar del otro.

El segundo de los bloques se compone de 6 unidades ya más relacionadas con sus estrictos comportamientos o acciones, entrándose de lleno en su naturaleza y peculiaridades:

- eliminación de la violencia física y control de la ira, ya que esta violencia se desarrolla de forma progresiva o piramidal, es decir, el sujeto comienza a realizarla a través de pequeños actos insignificantes (un pellizco) hasta alcanzar el máximo nivel con el tiempo (muerte o lesiones graves), este aumento paulatino se explica debido a los episodios cada vez más frecuentes de ira que experimenta, los cuales al no poder ser controlados por el sujeto, desencadenan una situación de violencia;
- desvirtuación de la agresión y coerción sexual, debido a que muchos maltratadores interpretan el sexo como una obligación de la esposa, lo que da como resultado situaciones de comportamiento sexualmente agresivo o coercitivo hacia ellas, siendo la llave para evitarlo la enseñanza y adquisición de un estilo de relación sexual equilibrado centrado en la afectividad con la pareja;
- erradicación de la violencia psicológica, la cual implica una serie de conductas que atentan contra la integridad emocional de la mujer de forma continua y sistemática, esto se conseguirá haciendo que el sujeto conozca y sepa identificar los distintos tipos de violencia psíquica, sustituyéndolos por otros que fomenten la asertividad y la negociación;
- extinguir las actitudes de abuso e instrumentalización de los hijos, ya que estos resultan objeto de daño para las madres (Síndrome de Alienación Parental), esto solo se consigue si se logra hacer ver al penado que el interés superior del menor y su bienestar están por encima de cualquier otra cuestión que se derive de su relación conyugal;
- profundización en materia de género y su violencia, haciendo que el interno tenga capacidad en el futuro para detectar y analizar situaciones de discriminación y desigualdad hacia la mujer, y desde su perspectiva histórica, que aprenda adquirir nuevos roles dentro del hogar;
- prevención de recaídas, intentando que el interno sepa identificar conductas o decisiones que, pudiendo ser irrelevantes, impliquen un potencial riesgo.

Otros programas para aplicar una vez alcanzada su puesta en libertad, aunque limitados a su ámbito geográfico, son dos: El Programa Galicia y el Programa

Contexto. El primero de ellos, aplicable en dicha Comunidad Autónoma, guarda relación y sigue la estela del programa de intervención, ya explicado, para delincuentes de género en prisión, aunque con especial hincapié en que el individuo tome conciencia de los derechos de la mujer en relación con las obligaciones de los hombres, junto con el aprendizaje de nuevas habilidades y destrezas. El segundo de ellos, desarrollado para la Comunidad Valenciana, consiste en que, a través de diversos niveles que comienzan desde la esfera personal del delincuente, se realice una intervención en el ámbito o entorno social en el que dicho sujeto va a desenvolverse y en el que pueden existir o no condicionantes que favorezcan su recaída.

c) Valoración acerca del programa de intervención para delincuentes de género

Aunque este programa es interpretado como un notable progreso en materia tratamental, existen una serie de problemas que restringen el objetivo rehabilitador: dada la exigencia para participar en el programa de tener una condena superior a 12 meses y que el tiempo para la finalización de esta no sea superior a dicha cifra, muchos internos que necesitan esta intervención terapéutica se ven vetados para participar en él, ya sean sus penas de corta o de larga duración como consecuencia de delitos más graves. Por otro lado, un refuerzo positivo que puede citarse es que el programa ayuda a reducir la reincidencia en lo que a delitos contra la pareja se refiere de un 50%, que sería la media de los casos delincuentes que no se encuentran incluidos, a un 15%. Una solución a estudiar en la materia sería la incorporación de medidas alternativas al ingreso en prisión, como por ejemplo el uso de programas comunitarios voluntarios.

Tema 7. Tutela judicial en la ejecución de las penas y medidas de seguridad: tribunal sentenciador y juez de vigilancia penitenciaria

7.1. Introducción.

La creación del juez de vigilancia penitenciaria en la LOGP supuso la salvaguarda de los derechos de los internos corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento del ordenamiento jurídico. La aparición de ese tipo de juzgados permitió hacer realidad el mandato contenido en el artículo 117.3 de la Constitución española de 1978, en el sentido que la potestad jurisdiccional, no sólo comprende el juzgar, sino también el hacer ejecutar lo juzgado.

De esa forma se judicializaba el control de la ejecución de la pena privativa de libertad y se superaba el viejo sistema existente en el régimen anterior, en el que el Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo, era el encargado de controlar ese tipo de condenas. Se trataba de un órgano complejo que presidía el Director General de Prisiones y del que formaban parte miembros de la Acción Católica y de diversas cofradías asistenciales. Dicho Patronato tenía delegaciones locales en cada municipio, siendo presidido por el alcalde, el párroco y una mujer de «reconocida caridad y celo» vinculada generalmente a Acción Católica. Como puede observarse, la ejecución de la pena de prisión, en aquella época quedaba al margen del control judicial.

Pocas figuras como la del Juez de Vigilancia Penitenciaria tienen en España una trayectoria histórica tan peculiar, su evolución hubiera sido más propia de los países anglosajones. La parquedad normativa que la vino a crear se ha ido completando con normas posteriores y con los criterios de actuación que han ido aprobando los jueces de vigilancia penitenciaria en las sucesivas reuniones que han celebrado y que, con mayor o peor fortuna, han permitido acotar, precisar y desarrollar el ámbito de su actuación jurisdiccional.

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como juez que controla la ejecución penal, ya era conocida en otros regímenes jurídicos, pero era absolutamente extraña al entonces vigente sistema judicial español. Eran conocidos los antecedentes de Brasil (primer Estado que instituye esta función jurisdiccional) así como la existencia de figuras similares en países de nuestro entorno socio-cultural, como era el caso de Portugal, Francia e Italia, pero ninguna de esas figuras tenía su equivalencia en el derecho español, tampoco el modelo de cada uno de estos sistemas judiciales de referencia era similar entre sí, por lo que el legislador español optó por un modelo mixto que combina elementos del sistema francés e italiano.

La naturaleza jurídica de ese tipo de jueces es híbrida, ya que en sus atribuciones confluyen competencias de distinto origen y contenido, así por ejemplo tienen funciones netamente jurisdiccionales en materia penal cuando resuelve sobre la concesión o no de una libertad condicional (arts. 90 y 91 CP) o cuando deciden sobre el abono de un periodo de tiempo pasado en prisión provisional (art. 58 CP) o sustituyen una pena por una medida de seguridad (art. 60 CP).

Por otra parte, son jueces revisores de decisiones administrativas, similares a los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando resuelven los recursos que presentan los internos contra los actos de la Administración penitenciaria en los que se deniegan permisos de salida o no concede una progresión de grado (art. 76 2 letras i y f LOGP).

Pero también son órganos con funciones consultivas, cuando elevan propuestas a los tribunales sentenciadores (art. 98 CP) para que se sustituya, cese o se suspendan las medidas de seguridad, o cuando al amparo del art 206 RP informa acerca de la concesión o no de los indultos que proponen las juntas de tratamiento de los centros penitenciarios.

Y, por último, son una especie de Defensor del Pueblo del interno, cuando al amparo del art 76.2 letra g LOGP, resuelven las quejas o peticiones de los internos cuando se ven afectados derechos fundamentales e incluso al igual que dicha Institución pueden llegar a realizar propuestas (art. 77 LOGP) en relación con la organización, desarrollo y ordenación de la convivencia y las actividades en el interior de los centros penitenciarios.

La labor que realizan los jueces de vigilancia penitenciaria junto con las competencias que también tienen encomendadas los tribunales sentenciadores, suponen un control judicial auténtico de la ejecución penal, llenándose de esa forma esa parte del proceso. En la actualidad existe una consolidada jurisprudencia proclamada por el Tribunal Constitucional y a la que sin duda también han contribuido los diferentes pronunciamientos que día a día realizan los jueces de vigilancia penitenciaria, en relación con los derechos fundamentales de los internos, en materias tales como las exploraciones radiológicas en prisión, la alimentación forzosa, la utilización de medios coercitivos sobre los internos, los registros en las celdas, los cacheos corporales, el régimen de comunicaciones orales, escritas y telefónicas con el exterior, etc.

El marco jurídico que regula las competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria es disperso, confuso e incompleto. Los arts 76, 77 y 78 LOGP que se refieren a esos juzgados no contienen normas orgánicas ni ninguna regulación procesal que indique cómo tiene que transcurrir su actividad. Fue necesario que el Tribunal Supremo en el año 1981, unos días antes de que empezaran a funcionar, dictara unas «prevenciones» para indicar cuáles debían ser los trámites a seguir por esa clase de juzgados. Incluso ese vacío normativo dio lugar a que el propio Tribunal Constitucional en diferentes sentencias (Sentencias de 30/7/1983 y 21/1/1987) reconociera plenamente el carácter jurisdiccional de la actividad de los juzgados de vigilancia penitenciaria incardinando su función dentro de la ejecución penal y al mismo tiempo, proclamara que esos órganos velan por las situaciones que afectan a los derechos y libertades de los presos condenados, también garantizan la individualización penitenciaria y judicial de la pena y garantizan el principio de legalidad de la pena en todas sus dimensiones incluida la ejecución.

Además de los tres artículos mencionados dentro de la LOGP, existen un número de disposiciones dispersas a lo largo de diferentes leyes y reglamentos que completan el régimen jurídico de los juzgados de vigilancia penitenciaria. Esas disposiciones son las siguientes:

— Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 94, 95 y Disposición Adicional 5.^a, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio).

— Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (art. 45).

— Código Penal (arts. 36, 49, 58, 60, 78, 90, 91, 92, 98, 105 y 106).

— Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 991 a 994, así como todos los artículos relativos a cuestiones procesales y recursos).

— Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales de la Unión Europea (arts. 64, 65, 72, 74, 75, 76, 86 y 90).

— Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (art. 13).

— Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956.

— Reglamento General penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

— Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

— Reglamento de Trabajos penitenciarios, aprobado por Real Decreto 782/2001, de 6 de julio.

Ese maremágnum normativo genera en la práctica unas veces disposiciones contradictorias, otras veces situaciones confusas, y en otros casos, conflictos de competencias entre los jueces de vigilancia penitenciaria y los tribunales sentenciadores o con otros tribunales de la jurisdicción penal. Al mismo tiempo la falta de una normativa procesal sistematizada y coherente, ha dado lugar a un hecho insólito en la Administración de Justicia, los propios jueces de vigilancia penitenciaria se convierten periódicamente en una especie de «poder legislativo» al ir actualizando sus criterios de actuación.

7.2. Disposición Adicional 5.^a. 2 LOPJ y el art 82.1 5.º LOPJ.

Como ejemplo evidente de disposiciones contradictorias se puede mencionar la Disposición Adicional 5.^a.2 LOPJ, que regula de forma distinta a como lo hace el art 82.1.5º LOPJ, respecto a qué tribunal es el competente para resolver los recursos de apelación, cuando afectan a la clasificación de los penados. Por ese motivo, los jueces de vigilancia penitenciaria realizaron una propuesta de procedimiento que aparece como criterio de actuación n.º 128 9, y acordaron por unanimidad que «será competente para el conocimiento y resolución del recurso de apelación la Audiencia Provincial correspondiente al territorio donde el juez de vigilancia penitenciaria ejerza su jurisdicción, salvo que el Tribunal sentenciador sea un Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo, en cuyo caso corresponderá conocer a éstos. En el supuesto de que la resolución hubiese sido dictada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, corresponderá conocer del recurso de apelación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional».

Hay que tener en cuenta que ese pronunciamiento de los jueces de vigilancia penitenciaria se enmarca dentro de una propuesta que realizan dichos jueces respecto a la necesidad de contar con una ley procesal nueva, en la que estiman necesario que el recurso de apelación se regule en la forma indicada. El marco jurídico actual es diferente, según se trate de una materia de ejecución o de régimen, así se

deduce de los puntos 2 y 3 de la DA 5.^a LOPJ. El órgano *ad quem* será el tribunal sentenciador cuando se trate de una materia de ejecución y clasificación y será la audiencia provincial de la que dependa el juzgado de vigilancia penitenciaria cuando se trate de cuestiones de régimen y demás materias.

El contenido de la DA 5.^a.2 LOPJ entra en contradicción con lo dispuesto en el art 82.1 5.º LOPJ. Este artículo dispone que las audiencias provinciales conocerán en el orden penal de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria, cuando la competencia no corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Los jueces de vigilancia penitenciaria en sus criterios de actuación dieron prioridad a lo que disponía el art 82 LOPJ respecto de lo que establecía la DA 5.^a.2. Sin embargo, el Tribunal Supremo acordó por mayoría que la competencia para conocer de las apelaciones (en materia de clasificación) correspondía al tribunal sentenciador.

Un Auto de 5 de abril de 2003 de la citada Sala ha ampliado no sólo la clasificación sino también todas las materias de ejecución, entre ellas, la libertad condicional. Con ese Auto se resolvió un conflicto negativo de competencia entre la Audiencia Provincial de Madrid y la Audiencia Provincial de Burgos y se decidió que la competencia correspondía a la Audiencia Provincial de Burgos por ser el tribunal sentenciador que impuso la pena mayor.

Con la reforma realizada a través de la Ley Orgánica 5/2003, se precisa que cuando el penado cumple varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

Si una de esas condenas la impuso la Audiencia Nacional, la competencia para conocer del recurso corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya que su competencia es excluyente (art. 94.4.2.º LOPJ). Al mencionar la DA 5.^a LOPJ en su punto 2 que el tribunal competente para resolver los recursos de apelación contra las decisiones de los jueces de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas es el «tribunal sentenciador», habilita la posibilidad que un juez de lo penal revise las decisiones de un juzgado de vigilancia penitenciaria.

En definitiva, un órgano unipersonal supervisa a otro órgano unipersonal, alterando o desvirtuando el carácter devolutivo del recurso de apelación.

7.3. Disposición Adicional 5.^a. 3 LOPJ.

Una de las situaciones confusas es la creada por la Disposición Adicional 5.^a apartado 3 LOPJ. La interpretación de esta norma no genera dudas respecto a la posibilidad de recurrir en apelación la no autorización por el juez de vigilancia penitenciaria de una propuesta favorable de permiso por la Junta de Tratamiento (art 161 RP). Sin embargo, existen algunas Audiencias Provinciales y algunos jueces de vigilancia penitenciaria que consideran que no es susceptible de recurso de apelación la resolución del juez cuando resuelve la queja del interno frente a una decisión de la Junta de Tratamiento en la que se le deniega un permiso de salida (art. 162 RP).

Esa cuestión fue llevada al Tribunal Constitucional, el cual en sentencia n.º 167/20036 consideró que no se producía ninguna vulneración constitucional, ya que se trata de una materia de interpretación de la legalidad ordinaria.

En la práctica, esa libertad de interpretación está produciendo que los internos, en función de la provincia en la que se encuentren cumpliendo la condena, tengan la posibilidad o no de poder recurrir en apelación los autos que dicten los jueces de vigilancia penitenciaria cuando resuelven las quejas que remiten al mismo respecto de las denegaciones de permiso de salida por las juntas de tratamiento.

7.4. Juez competente para expedir una orden de busca y captura en un quebrantamiento de condena.

En el supuesto de producirse el quebrantamiento de condena tras la salida de un permiso de salida, según ATS 5/3/2009, resolviendo un conflicto de competencias entre un juzgado de vigilancia penitenciaria y un juzgado de lo penal, el competente para dictar la orden de busca y captura es el tribunal sentenciador, mientras que el legislador no lleve a cabo con mayor precisión la distribución de competencias. La decisión adoptada por el Tribunal Supremo parece razonable, ya que el juez de vigilancia penitenciaria desconoce las incidencias y la duración de la condena, la cual puede verse afectada por indultos o por la prescripción de la misma. El juez de vigilancia penitenciaria recuperará su competencia cuando de nuevo el interno sea ingresado en prisión.

Hay que tener en cuenta que la decisión de ingresar en prisión corresponde al tribunal sentenciador, que además es el que aprueba la liquidación de condena y el licenciamiento definitivo. Ese auto del Tribunal Supremo permite diferenciar las competencias entre el tribunal sentenciador y el juez de vigilancia. Al primero le corresponderían las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad y al segundo se le asigna todo lo que tuviera que ver con la forma de ejecución de la pena.

A pesar de ese pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la práctica pueden aparecer problemas, cuando el penado que quebranta la condena se encuentre cumpliendo por diferentes responsabilidades. Esta situación es un ejemplo más de lo conveniente que sería el unificar en un solo órgano judicial las competencias que respecto de la ejecución penal, actualmente desarrollan los jueces de vigilancia y los tribunales sentenciadores.

En el supuesto de existir más de un tribunal sentenciador, también pueden aparecer dudas acerca de cuál de ellos sería el competente para expedir la orden de busca y captura, o si todos deben acordarla cuando el penado quebranta las condenas que está cumpliendo. Existe también la posibilidad de que la orden de busca y captura tenga que ser expedida cuando el penado se encuentra en libertad condicional y la misma tenga que ser revocada. En estos casos, dada la naturaleza jurisdiccional de la decisión del juez de vigilancia penitenciaria revocando la libertad condicional, parece razonable que esa orden de busca y captura, si es necesario emitirla, lo haga el juez de vigilancia penitenciaria.

Así lo han considerado por unanimidad los jueces de vigilancia penitenciaria al aprobar en mayo 2018 el criterio de actuación n.º 103. Dicho criterio se refiere al supuesto en el que la revocación de la libertad condicional sea de un ciudadano

europeo y sea necesario emitir una Orden Europea de Detención (OEDE). La justificación para asumir dicha competencia se encuentra en el art 35 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales de la Unión Europea, aunque la referencia de ese artículo es genérica, al mencionar al «juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes», hay que tener en cuenta que es el juez de vigilancia penitenciaria el que conoce las causas en las que se acuerda la revocación de la libertad condicional.

7.5. Competencias coincidentes entre el juez de vigilancia penitenciaria y el juez de Instrucción.

En otros casos, las incidencias o conflictos se producen entre los jueces de vigilancia penitenciaria y los jueces de instrucción.

En el primero de los supuestos, las dudas aparecen sobre cuál de los dos es el competente para autorizar una **prueba radiológica a un interno que se encuentra en prisión**. El artículo 68.4 del Reglamento Penitenciario establece que «si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad Judicial competente, la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados».

La realización de ese tipo de pruebas ha sido validada por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 35/1996, de 11 de marzo, siempre que concurren una serie de circunstancias y se realice con determinadas garantías. La determinación de la competencia a favor del juez de instrucción vendría determinada por los arts 14.2, 339 y 478.1.º LECr, y en cuanto al juez de vigilancia penitenciaria el artículo que legitimaría su intervención sería el art 76.1 y 2 g) LOGP.

En definitiva, la competencia de uno u otro juez dependerá de los indicios que se tengan acerca de la naturaleza del objeto que se quiera identificar en el interior del cuerpo del interno, diferenciando si es un objeto prohibido o no en el centro penitenciario. Si se tienen indicios sobre el objeto que se quiere introducir en el centro penitenciario y el mismo es un objeto prohibido por la norma penitenciaria y sin ninguna incidencia en el Código Penal, el competente sería el juez de vigilancia penitenciaria. En los casos de que se trate de sustancias estupefacientes, la cantidad que se presume pueda llevar en su cuerpo el interno determinará qué órgano judicial es el competente. Si la solicitud se pide fuera de las horas de audiencia el competente sería el juez de guardia.

El otro punto de conflicto entre esa clase de jueces se refiere a quién es el competente para decidir sobre la **intervención, suspensión, restricción o prohibición de las comunicaciones orales y escritas de los internos, ingresados como detenidos o presos preventivos cuando se encuentran en un centro penitenciario**. Cuando tales medidas se adoptan al amparo de lo previsto en el art 51 LOGP, el competente es el juez de vigilancia penitenciaria y no el juez de instrucción o tribunal a cuya disposición se encuentre. Así ha sido declarado por el Tribunal Supremo en los autos de 16 de noviembre y 10 de diciembre de 1999 y 29 de marzo de 2000 y por auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 1998. Para que la intervención de las comunicaciones de un interno pueda ser realizada por un juez de instrucción, los motivos de tal decisión tienen que ser distintos de las razones que aparecen en el art 51 LOGP.

Las dos cuestiones expuestas han sido objeto de estudio en la reunión de jueces de vigilancia penitenciaria de mayo 2018, habiéndose aprobado el criterio de actuación n.º 6 en los términos que han quedado expuestos anteriormente.

7.6. Valoración y control del pago de la responsabilidad civil por el juez de vigilancia penitenciaria y por el tribunal sentenciador.

El art. 72 apartados 5 y 6 LOGP exige la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito cuando se clasifica o se progresa a tercer grado al penado. Así fue regulado por la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio. De igual forma, el art. 90 CP, al regular la libertad condicional (ahora suspensión de la ejecución), introduce también el pago de las responsabilidades civiles para acordar la suspensión de la ejecución.

El control de las incidencias que puedan aparecer en el pago o no de la responsabilidad civil corresponde al tribunal sentenciador, el cual, al amparo de lo dispuesto en el art. 125 CP, puede acordar el fraccionamiento de su pago según su prudente arbitrio, teniendo en cuenta para ello las necesidades del perjudicado y las posibilidades económicas del responsable.

Por un lado, el tribunal sentenciador está obligado a controlar y a ejecutar la satisfacción de la responsabilidad civil del condenado y por otra parte el juez de vigilancia penitenciaria a la hora de clasificar, de progresar a tercer grado o de conceder la libertad condicional tiene que conocer un aspecto de la ejecución que no le corresponde y una vez conocido, decidir sobre esa clasificación, progresión a tercer grado o concesión o no de la libertad condicional.

El punto de conflicto entre los dos órganos judiciales es evidente, prueba de ello es que los jueces de vigilancia penitenciaria en su reunión de mayo 2018 aprobaron 4 criterios (del 27 al 30) de actuación en relación con el pago de la responsabilidad civil. Dentro de esos criterios se acordó, entre otras cuestiones, que el juez de vigilancia penitenciaria puede adoptar garantías para asegurar el pago futuro de la responsabilidad civil o que puede valorar si el penado tiene voluntad inequívoca de reparar el daño. Todo ello al margen de las decisiones que haya podido adoptar el tribunal sentenciador.

En la práctica se ha producido alguna situación en la que, habiendo concedido el juez de vigilancia penitenciaria una libertad condicional con la obligación de pagar periódicamente la responsabilidad civil según las posibilidades económicas del penado, el tribunal sentenciador (Audiencia Provincial) no ha admitido los pagos parciales y ha acordado la devolución de lo pagado. Puede que esta situación sea de las más determinantes para creer que resulta muy conveniente unir en un solo órgano las competencias que hoy tienen los jueces de vigilancia penitenciaria y los tribunales sentenciadores.

7.7. Problemas competenciales en las medidas de seguridad.

7.7.1. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador cuando la medida de seguridad no es privativa de libertad.

En la práctica surgen dudas sobre si el juez de vigilancia penitenciaria tiene competencias de control de una medida de seguridad cuando la misma no es privativa de libertad. En principio, de lo dispuesto en el art 97 CP no se deduce que las propuestas que tiene que realizar el juzgado de vigilancia

penitenciaria aparezcan condicionadas por la naturaleza y el lugar de ejecución de la medida.

Para aclarar tal cuestión existen argumentos en uno y otro sentido, sin que de forma concluyente se pueda llegar a una solución clara. Posiblemente la falta de claridad de la normativa actual ha dado lugar a un debate que conduce a ninguna parte.

El art 97 CP se encuentra ubicado dentro del capítulo dedicado a las medidas de seguridad en general, por lo que podría pensarse que su contenido afecta tanto a las privativas de libertad como a las no privativas. Por otro lado, el último inciso del art 105 CP, al referirse a las medidas no privativas de libertad, especifica que en esos casos el juzgado de vigilancia penitenciaria o los servicios de la Administración correspondientes informarán al juez o tribunal sentenciador. La mención que hace ese artículo al juez de vigilancia penitenciaria crea confusión, ya que el mismo se encuentra ubicado dentro del epígrafe «De las medidas no privativas de libertad».

Un argumento para negar la intervención del juzgado de vigilancia en las medidas de seguridad no privativas de libertad es el que se refiere a la naturaleza no penitenciaria de las mismas, de tal forma que, al no intervenir la Administración penitenciaria, nada tiene que supervisar el juzgado de vigilancia penitenciaria a esa Administración.

Hay que tener en cuenta en este punto, tal y como ya se ha señalado, que el art 105 CP permite que al juez o tribunal sentenciador le informen «los servicios de la Administración correspondiente». Buena parte de las medidas que se mencionan en ese artículo se identifican claramente con medidas privativas de derechos, tales como la privación de licencia de conducir vehículos de motor o ciclomotores, o bien de licencia de caza. Respecto a los pronunciamientos que en esta materia han realizado las audiencias provinciales, aunque no son coincidentes, por su claridad se cita a continuación el que realizó la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15.^a) en su auto de 21 de febrero de 2007. En esa Resolución se enumeran las siguientes conclusiones:

«1) La competencia para las decisiones relativas a la instauración, modificación, sustitución y cese de la medida de seguridad la tiene siempre el órgano judicial sentenciador.

2) El Código Penal parece estar refiriéndose en su regulación a la competencia y procedimiento relativo a las medidas de seguridad privativas de libertad, y sólo parece preocuparle la competencia y el régimen de ejecución de las medidas no privativas de libertad como medidas complementarias a las medidas de privativas de libertad.

3) El único precepto que parece referirse al régimen de ejecución de las medidas no privativas de libertad impuestas de forma autónoma y exclusiva es el artículo 106. Y en este caso no da intervención de forma expresa al juez de Vigilancia Penitenciaria.

4) El legislador parece ser que ha partido de la base de dar entrada a la intervención del juez de Vigilancia Penitenciaria sólo en los casos relativos a las medidas privativas de libertad, ya sea como medidas de seguridad únicas, ya sea acompañadas de otras no privativas de libertad. Es más pudiera inferirse de la normativa del Código

Penal que tiende sólo a imponer la intervención de los jueces de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos de personas privadas de libertad, ya sea en centros penitenciarios (cuando se trata de una persona peligrosa debido a los padecimientos psiquiátricos) o en centros de otra índole (peligrosos drogodependientes y peligrosos con limitaciones que hagan preciso un régimen educativo especial; ver al respecto los arts. 182 y ss. RP).

5) Por consiguiente, en las medidas privativas de libertad siempre tendrá que intervenir el juez de Vigilancia Penitenciaria para exigir, recibir y controlar los informes pertinentes sobre el penado sometido a la medida, y formular después las propuestas para la alteración, mantenimiento o cese de la medida impuesta, pues así lo ordena el art 97 CP.

En cambio, cuando se trata de medidas no privativas de libertad, entendemos que el juez de Vigilancia Penitenciaria sólo ha de intervenir en los casos en que se ejecuten acumuladamente con otra medida de seguridad privativa de libertad, o cuando se ejecuten junto con una pena privativa de libertad, en los supuestos en que el penado esté cumpliendo una pena de prisión en un centro penitenciario y al mismo tiempo tenga que cumplir una medida de seguridad no privativa de libertad. En estos casos, resulta razonable que el examen de los informes y las propuestas de resolución las emita el juez de Vigilancia Penitenciaria, tanto para las medidas privativas de libertad como para las no privativas de libertad.

6) Cuando se ejecuten medidas no privativas de libertad de forma autónoma y única sobre personas que no estén privadas de libertad no ha de intervenir el juez de Vigilancia Penitenciaria, y por tanto la exigencia, la recepción y el control de los informes serán competencia del órgano judicial sentenciador. Este criterio aparece corroborado o reafirmado por el hecho de que, al tratar las medidas complementarias que el órgano judicial sentenciador puede decretar con motivo de la suspensión de condena, tampoco se da intervención alguna en el control de su cumplimiento al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Así lo especifica el apartado 2 del art 83 CP, al disponer que los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al juez o tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

Al margen de lo anterior, también ha de sopesarse que, según ha destacado la doctrina, existe una amplia coincidencia entre las medidas de seguridad no privativas de libertad y las penas privativas de derechos. Siendo ello así, y al ponderar que las penas privativas de derechos son ejecutadas directamente por el órgano judicial sentenciador, parece que lo más coherente y razonable es que salvo las excepciones que se prevean en la ley, sea también ese órgano judicial el que ejecute directamente las medidas no privativas de libertad como norma general, sin intermediación o intromisión alguna por tanto de los juzgados de vigilancia penitenciaria, que están pensados y planificados funcionalmente para el control y supervisión de las penas privativas de libertad».

Los argumentos utilizados por el AAP de Madrid de 21 de febrero de 2007 se ven confirmados también por lo dispuesto en el art. 98.2 CP. En dicho precepto de forma clara se determina que «cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativas y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado».

En otras resoluciones se han introducido matices que, lejos de clarificar esta cuestión, la enturbian todavía más. Así, por ejemplo, el AAP de Madrid, de 21 de noviembre de 2006, declaró: «... que cuando el reo se halle internado, en centro penitenciario o de internamiento cerrado, será competente para la ejecución de la medida de seguridad no privativa de libertad el juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin embargo, cuando el reo no se halle internado en centro alguno, la competencia corresponderá al Juzgado o Tribunal sentenciador»

7.7.2. Especial referencia a la competencia del juez de vigilancia penitenciaria en la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria.

La libertad vigilada aparece calificada como medida no privativa de libertad en los arts 96.3.3.^a y 105 apartados 1 y 2 CP. A pesar de ser definida como una medida de seguridad no privativa de libertad, sin embargo, expresamente el art 105 y el 106 mencionan al juez de vigilancia penitenciaria a la hora de cumplir esa medida. En definitiva, esa medida de seguridad puede ser impuesta como el resto de medidas de seguridad a inimputables y semiimputables (art. 106.2 CP).

Desde un punto de vista competencial, la medida de libertad vigilada postpenitenciaria (art. 106.2 CP) presenta tres momentos diferentes. Primero, la imposición corresponde al tribunal sentenciador en la sentencia, el cual deja para un momento posterior la concreción de las obligaciones o prohibiciones.

Segundo, la concreción del contenido de la medida. La libertad vigilada postpenitenciaria se cumplirá cuando finaliza la condena. Por ello (art. 106.2 CP), al menos dos meses antes de que se cumpla dicha condena, el juez de vigilancia penitenciaria tiene que elevar la oportuna propuesta al juez o tribunal sentenciador, concretando el contenido de esa medida. La propuesta del juez de vigilancia va precedida de un informe técnico que sobre la evolución del penado elabora la junta de tratamiento del centro penitenciario en el que se encuentre. En ese informe se realizará un juicio pronóstico de peligrosidad del condenado. A la hora de concretar esa medida intervienen tres protagonistas diferentes: Administración Penitenciaria, juez de vigilancia penitenciaria y juez o tribunal sentenciador.

Tercero, cumplimiento y seguimiento de la medida. Es en esta fase en donde se producen disfunciones. Una vez concretada la medida, el penado deberá cumplir determinadas obligaciones o respetar las prohibiciones que se le indiquen. Según los casos, habrá un simple seguimiento o bien será precisa una determinada actividad de ejecución. El control de esa medida, según se deduce de los arts 98.1 y 106 CP, corresponderá al juez o tribunal sentenciador, colaborando en esa labor el juez de vigilancia penitenciaria. Es el tribunal el que decide sobre el mantenimiento de la medida, su cese, su sustitución o su suspensión. También es el tribunal sentenciador el que, ante un incumplimiento reiterado o grave, deducirá testimonio por un posible delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP).

Aunque es una medida no privativa de libertad, el Código Penal (art. 98.1) ha introducido de forma expresa la intervención del juez de vigilancia penitenciaria, para que supervise su cumplimiento, debiendo para ello elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión. Para hacer esa

propuesta, el citado órgano judicial necesitará de un personal adecuado y especializado que pueda informar al juez. No existe en la normativa actual ninguna previsión sobre quién debe facilitar los informes al juez de vigilancia penitenciaria en esta libertad vigilada postpenitenciaria. Se ha generado un vacío legal sobre quiénes deben ser los responsables de las tareas de supervisión y control. A ello hay que unir que las medidas que contempla el art 106.1.º CP son muy heterogéneas, motivo por el cual la suspensión y el control de las mismas requiere personas y formas diferentes.

Ante la situación descrita, en la última reunión de jueces de vigilancia penitenciaria (mayo de 2018) se aprobaron los criterios de actuación n.º 119 y 121, en los que primero se consideró necesario que en esta medida intervengan los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas para que el juez de vigilancia penitenciaria pueda desarrollar de manera eficaz la competencia que tiene atribuida, y en segundo lugar se acordó instar al Consejo General del Poder Judicial que dirija consulta al Ministerio de Justicia para que se informe a quién corresponde la vigilancia del penado en la libertad vigilada postpenitenciaria en relación con las medidas del art 106 CP.

La situación descrita pone de manifiesto lo conveniente que resultaría la existencia de un solo tribunal interviniendo en la ejecución de las medidas de seguridad.

7.7.3. Concurrencia de medidas y de medidas y penas, en los supuestos de afectar a personas inimputables o semiinimputables.

La concurrencia de medidas o de medidas y penas también produce en la práctica disfunciones, precisamente, por intervenir en la ejecución de las mismas dos órganos jurisdiccionales diferentes, especialmente cuando esas medidas y penas se han impuesto en distintos procedimientos a personas inimputables o semiinimputables.

Debe señalarse que el supuesto que ahora se aborda es distinto del que contempla el art 99 CP. Ese artículo resuelve la concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad cuando solo existe un tribunal sentenciador. El supuesto que aquí se plantea es qué sucede cuando la pena y la medida han sido impuestas por tribunales diferentes.

Con la Ley Orgánica 15/2003 se dio una nueva redacción al art 105 CP, contemplándose en el mismo la posibilidad de imponer, además de la medida privativa de libertad, las medidas no privativas de libertad que se enumeran en ese artículo. De esa forma, se regula el caso en el que, por un mismo hecho, una persona sea condenada a cumplir medidas de seguridad privativas de libertad con medidas de seguridad no privativas de libertad. Esa posibilidad será en muchas ocasiones incompatible, ya que si la persona está internada no podrá seguir su tratamiento externo.

Como no existe una normativa concreta referida al cumplimiento simultáneo de las medidas de seguridad, se aplicarán los arts. 73 y ss CP para resolver los supuestos de conflictos, de tal forma que las medidas privativas de libertad priman

sobre las no privativas en el caso de que el cumplimiento simultáneo sea imposible. Dentro de las privativas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo (art. 75 CP).

Si concurre una pena con una medida privativa de libertad, impuestas en distintos procedimientos se ejecuta primero la medida de seguridad y al finalizar esta se ejecutaría la pena, salvo que se aplique lo dispuesto en el art 60 CP.

En los casos de condenados en diferentes procedimientos a medidas de seguridad y penas de forma sucesiva (medida-pena-medida-pena), el juez de vigilancia penitenciaria, para poder ejecutar primero las medidas de seguridad, tiene que contar inevitablemente con la colaboración del tribunal sentenciador, sobre todo cuando éste ya ha ordenado el cumplimiento de una pena, cuya suspensión únicamente corresponde decidirla a él. Por esta razón, sería deseable que el juez de vigilancia o en su caso el futuro juez de ejecución penal, asumiera todas las competencias para evitar que dos órganos jurisdiccionales distintos, estén interviniendo sobre una misma realidad.

7.7.4. Modificación, sustitución, mantenimiento o cese de una medida de seguridad acordada por el juez de vigilancia penitenciaria aplicando el art 60 CP.

Un supuesto especial de aplicación de una medida de seguridad es el que se contempla en el art 60 CP. Es una competencia que se asignó a los jueces de vigilancia penitenciaria en la Ley Orgánica 15/2003 por la que se modificó el Código Penal. Según ese artículo, el juez de vigilancia penitenciaria puede acordar la suspensión de la ejecución de la pena cuando aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena.

Si el juez constatará esa situación, puede acordar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa. Para ello podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, que en ningún caso sería más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena no privativa de libertad, la misma puede ser sustituida por la medida de seguridad que se estime necesaria.

Se trata, por tanto, de una medida de seguridad impuesta por el juez de vigilancia penitenciaria, de forma diferente al sistema general de imposición de medidas de seguridad que se contempla en el art 97 CP. Claramente, la Ley Orgánica 15/2003 quiso potenciar de manera importante las competencias del juez de vigilancia penitenciaria a pesar de que el informe del Consejo General del Poder Judicial se mostró crítico por asignar esa decisión a esa clase de jueces. Tal objeción se centró en que el juez de vigilancia penitenciaria no debía asumir funciones que no le eran propias en la fase de ejecución.

La única previsión que contempla el art 60 respecto a qué sucede con el seguimiento y control de la medida de seguridad impuesta, se refiere al supuesto en el que el penado restablezca su salud mental, en cuyo caso el juez o tribunal (cabe deducir que sería el sentenciador) por razones de equidad puede dar por extinguida

la condena o reducir su duración, si el cumplimiento de la pena resulta innecesario o contraproducente.

Nada se dice sobre el caso en el que la persona a la que se le ha cambiado la pena privativa de libertad por una medida de seguridad privativa de libertad, no recupere su salud mental y sea necesario mantener, sustituir o modificar esa medida. El dilema que se plantea es quién decide sobre ese mantenimiento, sustitución o modificación, el juez de vigilancia que impuso la medida al amparo del art 60 CP o el tribunal sentenciador que inicialmente impuso la pena. Aunque puede alegarse que quien puede lo más (el juez de vigilancia fue quien impuso la medida) podrá realizar lo menos (modificar, sustituir o suspender) lo cierto es que esa competencia no aparece atribuida al juez de vigilancia penitenciaria en ninguna disposición y el ATS de 31 de marzo de 2000 al resolver un conflicto de competencia que afectaba a un tribunal sentenciador y a un juez de vigilancia penitenciaria, declaró que la competencia no puede ser objeto de interpretación extensiva.

Sobre esta cuestión los jueces de vigilancia penitenciaria en la reunión de mayo de 2018 aprobaron un criterio de actuación, el 112.2.º, en el que acordaron que el seguimiento y control de la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico impuesta como consecuencia de la aplicación del art 60 CP será el juez de vigilancia penitenciaria que acordó la sustitución de la prisión e impuso la medida de seguridad con independencia del lugar de internamiento. También es el competente para resolver, en caso de restablecimiento de la salud mental, sobre el cumplimiento de la sentencia si la pena no hubiera prescrito, sin perjuicio de que el juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

La motivación para adoptar ese acuerdo se fundamentó en que era lógico que se mantuviera la competencia del juez de vigilancia penitenciaria durante toda la duración del cumplimiento de la medida de seguridad.

Además, se aprobó el criterio de actuación 113, en el que se dispuso que en los casos de haber aplicado el art 60 CP, no será necesario realizar las propuestas que contempla el art 98 CP, sino que se resolverá directamente y con la periodicidad máxima establecida en dicho precepto sobre la modificación, sustitución o cese de la medida a la vista de los informes técnicos, de lo que se dará cuenta al tribunal sentenciador.

A la hora de motivar ese criterio de actuación n.º 113, los jueces de vigilancia penitenciaria entran en el fondo del problema. La función jurisdiccional consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE), por ello resulta incorrecta e injustificable la postura del Código Penal, que, en materia de medidas de seguridad, otorga la competencia para la ejecución a los jueces y tribunales sentenciadores y convierte a los jueces de vigilancia penitenciaria en órganos dependientes que se limitan a enviar informes y propuestas a aquellos. Los jueces de vigilancia penitenciaria parece que se han convertido en órgano consultivo de los tribunales sentenciadores.

Sobre esta cuestión han sido constantes los pronunciamientos de los jueces de vigilancia penitenciaria. En las reuniones celebradas en 1996 (reunión n.º IX) y 1997 (reunión X) se rechazó la competencia de esos juzgados para formular propuestas de cese, sustitución o suspensión de medidas de seguridad no privativas de seguridad. En la reunión n.º XIII, se pidió «la reforma con urgencia de los artículos del vigente Código Penal relativos a las medidas de seguridad, con el fin de que los jueces sean también los ejecutores de dichas medidas, como lo son de las penas, estableciendo así lo dispuesto en la LOPJ, no debiéndose limitar a ser simples órganos de informe y propuesta de otros órganos judiciales de la jurisdicción penal».

En definitiva, las disfunciones apuntadas se producen por estar resolviendo en la misma fase del proceso (fase de ejecución) dos órganos jurisdiccionales diferentes. La refundición en un solo órgano (tribunal de ejecución) de las competencias que hoy desarrollan esos dos, harían desaparecer las disfunciones y los conflictos de competencias señalados.

7.8. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador en la pena de prisión permanente revisable.

La pena de prisión permanente revisable ha venido a alterar el régimen competencial que respecto del resto de penas privativas de libertad se había regulado en el CP y la LOGP a la hora de referirse a las diferentes decisiones que se van adoptando (libertad condicional, clasificación, etc.). Esa alteración se realiza sin criterios lógicos que puedan justificar ese cambio competencial.

En el caso de las clasificaciones en tercer grado de los condenados a una pena de prisión permanente revisable (art. 36.1.º CP), en lugar de seguir el régimen establecido para las otras penas privativas de libertad, es decir, la clasificación en tercer grado la acuerda o la deniega la Administración Penitenciaria, y en caso de recurso lo resuelve el juez de vigilancia penitenciaria, en este supuesto el tercer grado debe ser autorizado por el tribunal (se entiende tribunal sentenciador) previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Ninguna intervención tiene en este tipo de clasificaciones el juez de vigilancia penitenciaria.

El apartado 3.º del art 36 rompe el criterio marcado en el apartado 1.º de ese mismo artículo y otorga competencias tanto al tribunal sentenciador como al juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, para acordar previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes (en el apartado 1.º del art 36 no se requiere oír a las demás partes) la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad.

En definitiva, en estos casos podrán decidir tanto el tribunal sentenciador como el juez de vigilancia penitenciaria, pues el artículo atribuye competencia a ambos. La regulación se introdujo por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo y aunque hizo una nueva redacción del art 36 CP, no modificó el artículo 76.2.º f de la LOGP en el que se asigna al juez de vigilancia penitenciaria la competencia para resolver los recursos sobre clasificación de grados.

Respecto a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, el art 92.1.ºCP atribuye esa decisión al Tribunal (debe entenderse sentenciador). También se asigna al juez o Tribunal (debe entenderse sentenciador, ya que cuando quiere mencionar al juez de vigilancia penitenciaria, expresamente le menciona) la posible modificación de las prohibiciones deberes o prestaciones que se imponen en estos casos (art 83 CP). Sin embargo, la revocación de la suspensión de la ejecución (art 92.3.º último párrafo CP) la tiene que acordar el juez de vigilancia penitenciaria.

En el momento en el que la Ley Orgánica 1/2015, redactó el art 92 CP, debería haber modificado también el art 76.2.b LOGP, ya que en tal precepto se asigna al juez de vigilancia penitenciaria la concesión de la libertad condicional.

En relación con estas cuestiones los jueces de vigilancia penitenciaria en la última reunión celebrada en mayo de 2018, acordaron en el criterio de actuación n.º 98-3 una propuesta instando al legislador a que la revocación de la revocación de la prisión permanente revisable fuese competencia del tribunal sentenciador por ser éste el que concede e impone los deberes o prohibiciones. También se acordó instar al legislador para que la progresión del primer al segundo grado en la pena de prisión permanente revisable fuese competencia del tribunal sentenciador que es el que tiene la competencia para la concesión del tercer grado (criterio de actuación 98-4).

7.9. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

El Estatuto de la Víctima, que regula la Ley 4/2015, de 27 de abril, desarrollado por el Reglamento (Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre), le da a la víctima del delito un protagonismo activo dentro de la fase de la ejecución penal. Ese protagonismo complementa el que ya le dio la Ley Orgánica 7/2003 de reforma del Código Penal, al modificar el art 72.5 y 6 LOGP, al exigir la reparación del daño causado para acceder al tercer grado y la libertad condicional.

La ley 4/2015, introduce para la víctima un doble derecho:

1. El derecho a obtener información sobre cuestiones de la ejecución penal, que tienen que ver con su seguridad personal.
2. En algunos casos, el derecho a recurrir determinadas decisiones judiciales de los jueces de vigilancia penitenciaria.

El derecho a la información que tiene la víctima está reconocido en el art 3 de la Ley 4/2015 y de forma concreta desarrollado en los artículos 5 y 7 de dicha ley. En cuanto al derecho que tiene la víctima de recurrir, el mismo se refiere a resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria dictadas en determinados delitos seleccionados en atención a su especial gravedad (homicidios, delitos de aborto del art 144 CP, delitos de lesiones, delitos contra la libertad, delitos de tortura y contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos de robo cometidos con violencia o intimidación, delitos de terrorismo y delitos de trata de seres humanos). Así aparece en el art 13 de la Ley 4/2015.

Las resoluciones susceptibles de recurso por las víctimas son tres:

— El auto que alza el periodo de seguridad por el que se posibilita la clasificación del penado en tercer grado antes de extinción de la mitad de la condena del art 36.2 CP (que se refiere solo a la posibilidad de recurso por parte de la víctima al auto que alza el periodo de seguridad a efectos de clasificación en tercer grado, no a la clasificación en tercer grado que solo sería recurrible por el Ministerio Fiscal).

— El auto que resuelve conforme el art 78.3 CP que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo por la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena y no a la suma de las penas impuestas.

— El auto de suspensión de la condena para la concesión de la libertad condicional (actualmente es la suspensión de condena).

El art 13 enumera las resoluciones que tienen que ser notificadas, las cuales son dictadas por el juez de vigilancia penitenciaria. Sin embargo, en los criterios de actuación de sus jueces, aparece el n.º 150 de los aprobados en la reunión de mayo de 2018, en el que literalmente se acordó: «No corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria la función de informar personalmente a la víctima del derecho a recibir información contemplado en el art 5.1-m) y 2 del Estatuto en relación con las resoluciones a que se refieren los apartados e) y f) del artículo 7 del referido Estatuto. Entendemos que corresponde al tribunal sentenciador comunicar al centro penitenciario si la víctima ha ejercitado el derecho a recibir información».

Este criterio de actuación cuenta con la siguiente motivación. Se estima que no corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria la función de notificar a las víctimas los nuevos derechos que les concede la Ley 4/2015, pues interpretarlo de otro modo supondría que la participación de la víctima en la fase de ejecución penal se convierte en un obstáculo para los fines de reinserción social a que están orientadas por mandato constitucional las penas privativas de libertad. Dejar la notificación para el momento en el que el juez de vigilancia penitenciaria se plantea la concesión de algún beneficio penitenciario puede suponer la ineffectividad del mandato constitucional a la reinserción, sobre todo en el caso de pluralidad de víctimas y proximidad de las fechas de licenciamiento, cuando además el juzgado de vigilancia carece de información sobre las víctimas, especialmente en el caso de las víctimas indirectas (art. 2.1.º y 2.º del EV) teniendo que realizar una labor de búsqueda a la que no puede supeditarse la concesión de los beneficios penitenciarios a riesgo de hacerlos ineffectivos. Debe tenerse en cuenta que el sistema competencial vigente para ejecutar una sentencia penal está distribuido entre el tribunal sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria.

En lo relativo a las comunicaciones con la víctima, es el tribunal sentenciador el que conoce y tiene a su disposición los datos de las víctimas y al que correspondería comunicar al centro penitenciario la solicitud presentada por la víctima para que esa comunicación conste en el expediente personal del interno. Por esos motivos, los jueces de vigilancia penitenciaria decidieron (criterio de actuación n.º 150) que la obligación de informar (art. 5.2 de la ley 4/2015) no es del juez de vigilancia penitenciaria sino del tribunal sentenciador. E

Este criterio interpretativo que mantienen los jueces de vigilancia penitenciaria acerca de qué tribunal es el que tiene que informar a la víctima no existiría si en la fase de ejecución solo interviniera un órgano judicial.

Además, las sucesivas reformas que se han ido produciendo en el Código Penal, han provocado a veces una falta de coherencia entre unos y otros artículos. Así ha sucedido con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, al introducir la prisión permanente revisable. En concreto el art 92 CP atribuye la competencia para otorgar la suspensión de la pena al tribunal sentenciador. Por ello de conformidad con lo dispuesto en el art 13 de la Ley 4/2015, la víctima no estaría legitimada para recurrir el auto otorgando el beneficio, al no haber sido dictado por el juez de vigilancia penitenciaria, a esta conclusión llegaron los jueces de vigilancia penitenciaria (criterio de actuación n.º 157).