

Una novedad que merece ser destacada estriba en la introducción de un nuevo capítulo dedicado a la ejecución de la pena de arresto de fin de semana, aspecto que escapa del estricto terreno del Derecho penitenciario pero que constituye un nuevo espacio de desarrollo normativo en el que se producen situaciones problemáticas que presentan importantes puntos de conexión con las propias del cumplimiento de la pena de prisión y que necesitan ser examinadas con la necesaria atención y con una perspectiva político-criminal global, sin que la relativa ampliación del objeto de estudio que ello supone pueda ser entendida como un intento de los autores de convertir la obra en un Manual de Ejecución penal. Entendemos que el modelo legislativo español, a diferencia del de otros Ordenamientos europeos, ofrece una mayor base para una sistematización del Derecho penitenciario que de un Derecho de Ejecución Penal.

Sin perjuicio de la necesaria coordinación entre los distintos apartados, los capítulos 1, 2, 3, 11 y 14 han sido elaborados por Josep M^a Tamarit Sumalla; los reseñados con los números 9, 10, 13 y 15, por Ramón García Albero; los números 4, 5, 6, 7, 8 y 12 han sido efectuados conjuntamente por Francisco Sapena Grau y M^a José Rodríguez Puerta, y el apartado 6 del tema 3 ha sido redactado íntegramente por esta última autora.

Lleida / Barcelona, 22 de diciembre de 2000

Los coordinadores

Tema 1

El derecho penitenciario: concepto y fuentes

SUMARIO: 1. Concepto de Derecho penitenciario. 2. Evolución de la legislación penitenciaria.

BIBLIOGRAFÍA: CUELLO CALÓN, *Penología*, Madrid 1920; CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, Barcelona 1958; GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución Penal*, Valencia 2004; GARCÍA VALDÉS, «Introducción al Derecho penitenciario español: notas sistemáticas», en la obra colectiva *Comentarios a la Legislación penal*, Edersa, Madrid 1986, t. VI, v. 1. GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, Madrid 1985; HINOJOSA SEGOVIA, en la obra colectiva *Derecho procesal penal*, Madrid 1993; GARRIDO GUZMAN, *Comentario de ciencia penitenciaria*, Valencia 1976; JIMÉNEZ DE ASUA (vid. *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, Buenos Aires 1950; KELLENS, *Précis de pénologie et de Droit des sanctions pénales*, Liège 1991; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid 1993; MIR PUIG, *Derecho penal - parte general*, Barcelona 1990; NOVELLI, «L'autonomia del Diritto penitenziario», en *Rivista di Diritto penitenziario*, 1933; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1989; RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Granada 1997; TELLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid 1998.

1. CONCEPTO DE DERECHO PENITENCIARIO

El Derecho penitenciario puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad¹. El Derecho penitenciario es esencialmente —es decir, salvo lo que más adelante se indicará respecto a la prisión preventiva— una

¹ Vid. GARCÍA VALDÉS, *Introducción al Derecho penitenciario español: notas sistemáticas*, en la obra colectiva *Comentarios a la Legislación penal*, Edersa, Madrid 1986, t. VI, vol. I, p. 4.

parte del Derecho de la ejecución penal que ha alcanzado una sustantividad propia a causa del carácter preeminente que ocupan las penas privativas de libertad en el sistema de penas vigente y, especialmente, de la expansión y dispersión normativa producida en la materia. En la doctrina española, como también, por ejemplo, en la doctrina italiana, se ha impuesto la expresión «Derecho penitenciario», a diferencia de otros usos de la doctrina comparada, como es el caso de Alemania, en que se utiliza la expresión «Derecho de ejecución penal», aunque su contenido se reduce también a la ejecución de las sanciones criminales privativas de libertad².

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, que tiene como hecho más relevante en el ámbito internacional la elaboración de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. La sumisión al Derecho de la ejecución de las penas privativas de libertad, con el consiguiente aumento del volumen de la producción normativa existente en la materia, ha provocado que actualmente el Derecho penitenciario haya desplazado de hecho la *penología* o estudio de la pena.

La expresión *penología* fue utilizada por primera vez por el escritor Francis LIEBER el año 1838, que la definió como aquella rama de la ciencia criminal que se ocupa del castigo del delincuente³. La *penología* pertenece a las ciencias que recurren al método causal-explicativo o criminológicas⁴ y no debe causar extrañeza que esta disciplina ocupara un lugar importante en el conjunto de las ciencias penales durante los

² Vid. KAISER, G., en los comentarios introductorios de la *Strafvollzugsgesetz*, ed. Beck, ed. 11^a, p. IX.

³ Vid. en este sentido KAISER, G., *Was wissen wir von der Strafe? Zu den Aufgaben und Grenzen pönologischer Forschung heute*, en *Festschrift für P. Bockelmann*, München 1979, p. 924, según el cual el uso de dicho término había aparecido en la obra de Lieber «A popular Essay on Subjects of Penal Law and on Uninterrupted Solitary Confinement» (Philadelphia 1838, p. 6, 61-67). Sin embargo, JIMÉNEZ DE ASUA (vid. *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, Buenos Aires 1950, p. 136) fija la aparición de tal expresión en el año 1834 en una carta privada. Sigue dicho criterio GARRIDO GUZMAN, en *Compendio de ciencia penitenciaria*, Valencia 1976, p. 1-2.

⁴ Vid. KAISER, *Was wissen wir...*, ob. loc. cit., y GARRIDO GUZMAN, op. loc. cit. Vid. sobre la relación entre la *penología* y la criminología, KELLENS, G., *Précis de pénologie et de Droit des sanctions pénales*, Liège 1991, p. 15.

años en los que el positivismo naturalista dominaba el pensamiento jurídico-doctrinal⁵.

El carácter central que las penas privativas de libertad pasaron a ocupar en el sistema de penas ya en el siglo XIX provocó el desarrollo de la *ciencia penitenciaria*, lo que, sobretudo en el ámbito de la doctrina francesa, ha pasado a tener un carácter preeminente. Algunos autores siguen todavía esta orientación, como es el caso de GARRIDO GUZMAN, quien define la ciencia penitenciaria como «la parte de la *penología* que se ocupa del estudio de las penas privativas de libertad, de su organización y su aplicación, con la finalidad de reintegrar, profesionalmente y socialmente, a los condenados»⁶. La expresión *ciencia penitenciaria* puede resultar adecuada para reunir el conjunto de conocimientos tanto de tipo normativo como empírico (sociológico, psicológico, antropológico o de otras ciencias sociales), relativos a las penas y medidas privativas de libertad⁷; pero en este caso no cabe calificarla, según lo efectuado por el autor anteriormente citado, como «rama del Derecho Penal»⁸. El concepto *Derecho penitenciario* permite referirse de manera más precisa a la dimensión normativa contenida en la ciencia penitenciaria.

Un sector de la doctrina ha planteado el problema de la *autonomía científica del Derecho penitenciario*⁹. Según GARCÍA VALDÉS, esta tesis, que tiene como fundamento la autonomía jurisdiccional, de las fuentes y del objeto científico de conocimiento, se ha visto reforzada por la aparición de la Ley Orgánica General Penitenciaria¹⁰. Ciertamente,

⁵ Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado*, t. I, cit., p. 81 y ss. El autor rechaza que la *penología* merezca el calificativo de ciencia, puesto que carece de autonomía respecto a la sociología y al Derecho penitenciario, por lo que critica con dureza el rango que a la misma había concedido CUELLO CALÓN al integrarla dentro del Derecho Penal, lo que, en opinión de JIMÉNEZ DE ASUA, daba lugar a un sistema «inorgánico y anticientífico». Vid. como expresión de esta tendencia las obras de CUELLO CALÓN, *Penología* (Madrid 1920) y *La moderna penología* (Barcelona 1958). En esta última obra, de mayor extensión, el autor defiende la *penología* como rama de las ciencias penales frente a las expresiones *ciencia penitenciaria* y *derecho penitenciario*, propias de la doctrina francesa e italiana respectivamente, al tiempo que niega al Derecho penitenciario naturaleza de ciencia autónoma (vid. p. 9-12).

⁶ Cfr. GARRIDO GUZMAN, L., ob. cit., p. 3-4.

⁷ Vid. sobre este aspecto Supra I, 1.

⁸ Vid. GARRIDO GUZMAN, ob. cit., p. 4.

⁹ El planteamiento proviene de NOVELLI (vid. *L'autonomia del Diritto penitenziario*, en la «Rivista di Diritto penitenziario», 1933, p. 7).

¹⁰ Vid. GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, Madrid 1985, p. 90. Vid. en otro sentido, GARRIDO GUZMAN (ob. loc. ult. cit.), quien, como ya hemos visto, considera lo que él denomina «ciencia penitenciaria» como una rama del Derecho penal.

si se atiende a la evolución que ha vivido últimamente, puede afirmarse la autonomía del Derecho penitenciario. Una vez ya se ha aclarado la naturaleza normativa de esta disciplina, ya no debe resultar problemática su independencia de la criminología (la posición doctrinal dominante en algunos países anglosajones que las vincula debe considerarse inviable entre nosotros). Sin embargo, la tesis de la autonomía del Derecho penitenciario hay que justificarla mejor en lo que atañe a su relación con el Derecho penal y procesal penal y con el Derecho administrativo.

El Derecho penitenciario tiene por objeto central la ejecución penal, pero las particularidades y la complejidad de la regulación de la misma no pueden ser despreciadas. El protagonismo de la Administración penitenciaria en la conducción de la ejecución penal impide considerarlo como un mero apéndice del Derecho penal. No obstante, la diferencia entre las normas penales y las normas penitenciarias no se encuentra en el hecho que las primeras son «jerarquizadas, con una función imperativa y motivadora», mientras que las segundas «son participativas y consiguen su validez no tanto por su formalización positiva como por su aceptación por la comunidad de la prisión»¹¹; dado que, como resulta obvio, el carácter imperativo es propio de todas las normas del Derecho público, entre las que se encuentra el Derecho penitenciario.

También presenta el Derecho penitenciario elementos, además de los que se acaban de referir, que impiden su subordinación al *Derecho procesal penal*. Por una parte, la Administración penitenciaria tiene atribuidas importantes competencias respecto a la ejecución de las penas privativas de libertad, de modo que ésta escapa al control del directo de los Juzgados y Tribunales del orden penal. Por otra parte, entre las funciones de los Jueces de Vigilancia penitenciaria se entremezclan algunas de naturaleza jurisdiccional consistentes en hacer ejecutar lo juzgado (en los términos de lo previsto en el art. 117-3 CE y el art. 2-1 LOPJ, y teniendo en cuenta que se trata de un órgano especializado dentro del orden penal de la jurisdicción ordinaria que forma parte de la Planta judicial) con otras de control de la potestad disciplinaria de la Administración, de amparo de derechos y beneficios de los internos e incluso de organización penitenciaria. A partir de este carácter híbrido de la figura del Juez de Vigilancia y del significado

¹¹ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. - TERRADILLOS BASOCO, J.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid 1993, p. 99.

administrativo de las competencias de las Instituciones penitenciarias, la doctrina procesalista ha reconocido de alguna manera la naturaleza *sui generis* de la ejecución de las penas privativas de libertad. Así, por ejemplo, HINOJOSA SEGOVIA ha afirmado que «la naturaleza jurídica de la ejecución penal tiene carácter mixto jurisdiccional-administrativo, con un predominio claro de lo jurisdiccional»¹².

La afirmación de la autonomía del Derecho penitenciario supone la superación del debate sobre si las normas de ejecución penal pertenecen al Derecho penal material o al Derecho procesal penal. De hecho se ha atribuido a este debate una trascendencia práctica que supera la de una discusión académica: así, de la resolución del dilema planteado dependería la aplicación o no de la prohibición de la retroactividad, tan sólo referida, según la mayor parte de la doctrina, a las normas penales materiales¹³. El carácter autónomo del Derecho penitenciario obliga a plantearse esta cuestión en cada caso prescindiendo de cualquier apriorismo sobre su naturaleza sustantiva o formal, atendiendo a la norma concreta a aplicar. Según este criterio y de acuerdo con lo establecido en los artículos 9-3 y 25 C.E., no serán susceptibles de aplicación retroactiva las normas que tienen carácter sancionador —las que tipifiquen infracciones, establezcan sanciones o los presupuestos para su imposición— y las restrictivas o limitativas de derechos —ya sean derechos fundamentales o meramente «penitenciarios»—. En cuanto a las normas de carácter procedimental o de otra naturaleza —de organización interna o de atribución de competencias, por ejemplo— regirá el principio *tempus regit actum*.

La delimitación respecto del *Derecho administrativo* arranca de que la legislación penitenciaria nace de una condena penal —o de la existencia de un proceso penal en el caso de la prisión preventiva— y el Derecho penitenciario es la regulación jurídica de la forma de cumplimiento de la misma. Además, el proceso de judicialización de la ejecución penal aleja más todavía el Derecho penitenciario del Derecho administrativo. EL referido proceso ha tenido en diversas legislaciones europeas como principal elemento la introducción de la figura de un Juez específico de

¹² Vid. en este sentido HINOJOSA SEGOVIA, R., en la obra colectiva *Derecho procesal penal*, Madrid 1993, p. 754-755, haciéndose eco de las opiniones que han calificado a los Jueces de Vigilancia penitenciaria como «figura híbrida».

¹³ Vid. sobre este debate en la doctrina alemana KAISER, en la introducción a la StVG, cit., p. XI.

vigilancia o control de la ejecución penitenciaria, a quien no sólo se confía el conocimiento por vía de recurso de los acuerdos de la Administración penitenciaria, sino también la competencia para tomar en primera instancia determinadas decisiones relativas a la concesión o limitación de libertades de los presos. Y todavía, en última instancia, no debe olvidarse que, aun teniendo como destinatarios a sujetos ya privados de su libertad —o precisamente por esta razón—, la aplicación de las normas penitenciarias tiene unos efectos sobre la libertad concreta de los sujetos mucho más intensos que los que puedan derivarse de otras normas de carácter administrativo.

Pese a todo ello, la afirmación de la autonomía no debe ser exagerada. No sólo porque en definitiva el Derecho penitenciario pertenece a lo que se ha calificado como «Enciclopedia de las ciencias penales»¹⁴, sino también porque, en tanto que instrumento de la política criminal, converge en un espacio común con el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. Por este motivo resulta acertado hablar de una «autonomía integradora»¹⁵. En la doctrina alemana se ha formulado la «teoría de los tres pilares», que viene a destacar las particularidades del régimen jurídico de las tres fases que conforman el *iter* de la pena —la amenaza penal, la imposición y la ejecución de la sanción—, cada una de las cuales tiene su misión propia y autónoma en el «sistema global del Derecho penal»¹⁶.

Una de las manifestaciones de esta imbricación se encuentra en la posibilidad de entroncar el Derecho penitenciario con la determinación e individualización de la pena. Según ha destacado MIR PUIG, «de la concreción del cumplimiento penitenciario depende el contenido y la duración de la pena realmente impuesta». Añade este autor que «no se trata meramente de una individualización administrativa, contrapuesta a la individualización legal y la individualización judicial, sino de un

¹⁴ Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, ob. cit., p. 87.

¹⁵ Vid. MAPELLI-TERRADILLOS, ob. cit., p. 99: «Actualmente la doctrina tiende a considerar el Derecho penal como un Derecho material y autónomo distinto del Derecho penal y procesal, dado que cada uno tiene su propio contenido, pero que, sin embargo, junto a ellos forma el sistema jurídico-penal guardando entre sí una relación inmediata».

¹⁶ Vid. KAISER, ob. cit., p. X-XI. El autor destaca la autonomía y especificidad del Derecho de ejecución penal pese a su vinculación con el Derecho penal material y el Derecho procesal penal.

proceso de concreción que parte, como la sentencia, de un marco legal y debe controlarse judicialmente»¹⁷.

La vinculación del Derecho penitenciario con las otras disciplinas jurídico-penales se manifiesta también, en el aspecto formal, en la proclamación del principio de legalidad en materia penitenciaria. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se añade un último contenido del principio de legalidad, la garantía de ejecución, que establece el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal y completa la Ley General Penitenciaria. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 C.P. «no se podrá ejecutar ninguna pena ni medida de seguridad de otra forma que la prescrita por la ley y los reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto»¹⁸. Según el art. 2 LOGP, «la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales».

Queda todavía una última precisión conceptual. La definición del Derecho penitenciario que hemos introducido al principio, de modo diverso a otros enfoques doctrinales¹⁹, comprende tanto las penas como las medidas privativas de libertad. Esta concepción relativamente amplia²⁰ del alcance de la disciplina se justifica por la existencia de un proceso de incorporación de las garantías inherentes al principio de legalidad a las medidas de seguridad, proceso que se hace extensivo hasta la fase ejecutiva. Además de las transformaciones producidas en la legislación penal, hay que destacar que la Ley penitenciaria contempla de manera conjunta en su art. 1-1 «penas y medidas penales privativas de libertad»²¹. El nuevo Código Penal de 1995 ahonda en este

¹⁷ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal - parte general*, Barcelona 1990, p. 835-836.

¹⁸ La inclusión de esta cláusula, unicada en el art. 81 del Código anterior, en el Título preliminar junto al resto de garantías penales básicas, refuerza la referida vinculación.

¹⁹ Vid. por ejemplo GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, cit., p. 89), quien solamente se refiere a las penas privativas de libertad.

²⁰ Una concepción aún más amplia comprendería también dentro del Derecho penitenciario la ejecución de las penas no privativas de libertad, lo cual supondría ya una confusión entre éste y el Derecho de ejecución penal. Una tal concepción es, tal como advierten MAPELLI y TERRADILLOS (vid. ob. cit., p. 97), más propia de la ciencia penitenciaria anglosajona, caracterizada por un menor desarrollo legislativo y doctrinal.

²¹ Vid. otras referencias a la ejecución de las medidas de seguridad en los artículos 8 y 11 LOGP.

proceso al otorgar un protagonismo decisivo en la ejecución de las medidas privativas de libertad al Juez de Vigilancia penitenciaria (art. 97 y 98 C.P.).

2. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA

La normativa penitenciaria anterior a la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria se caracterizaba por su dispersión y por la proliferación de normas de rango inferior a la ley. Por otra parte, la evolución histórica española pone de manifiesto, a lo largo del siglo XIX y del actual, una importante producción normativa que ha impedido la consolidación de un cuerpo de normas coherente durante un período de tiempo significativo. De forma esquemática damos cuenta seguidamente de los hechos más relevantes, orillando modificaciones parciales o reglamentaciones de menor interés²²:

- Real Ordenanza de Presidios y Arsenales de 20 de mayo de 1804.
- Ordenanza General de Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834.
- Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849.
- Real Decreto de 10 de mayo de 1902.
- Real Decreto de 3 de junio de 1903.
- Real Decreto de 5 de mayo de 1913.
- Reglamento de los servicios de prisiones de 14 de noviembre de 1930.
- Reglamento de los servicios de prisiones de 2 de febrero de 1956, reformado en los años 1968 y 1977.

La aprobación de la *Ley Orgánica 1/1979 General penitenciaria* de 26 de septiembre ha sido considerada como la consagración del Derecho penitenciario español. En realidad, no cabe duda que supone un paso definitivo en la incorporación de la legislación española al movimiento internacional de reforma penitenciaria y que se hace eco de las tenden-

²² Vid. una información más detallada en GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, cit., p. 96-105.

cias más modernas de la política criminal y penitenciaria²³. Sin embargo, no parece merecedora del calificativo de «Código penitenciario español», al haber quedado fuera aspectos muy importantes de la ejecución que han sido abordados mediante desarrollo reglamentario, hasta el punto de cuestionarse el cumplimiento estricto del principio de legalidad²⁴.

En la práctica, la normativa penitenciaria se ha materializado inicialmente en el Reglamento penitenciario aprobado por el RD n.º 120/1981 de 8 de mayo y reformado por el RD n.º 787/1984 de 28 de marzo, hasta su sustitución por el actual Reglamento, aprobado por RD 190/96, de 9 de febrero. Lejos de procederse a una reforma de la LOGP que cubriera definitivamente sus muchas lagunas y recortara el excesivo protagonismo que asume la regulación reglamentaria, el nuevo Reglamento muestra hasta que punto sigue por desgracia subsistiendo una concepción patrimonialista, por parte del Poder Ejecutivo, de la ejecución de las penas privativas de libertad. Y no podría ser de otra forma cuando el nuevo Reglamento, en su preámbulo, invoca las poderosas y múltiples razones que exigían una «reforma completa de la normativa reglamentaria penitenciaria de 1981»; razones que parecen no alcanzar, sorprendentemente, a la propia ley, siendo que tan «obsoleta» normativa no hace sino desarrollar —o al menos así debería ser en puridad de principios— la propia Ley penitenciaria de 1979.

La referencia a las fuentes debe completarse con la Ley Orgánica del Poder Judicial (reformada por L.O. 4/1987, de 15 de julio y L.O. 7/1988 de 28 de diciembre) y la Ley de Demarcación y Planta Judicial, además de las disposiciones en materia de ejecución que mantiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es importante 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 existentes²⁵.

²³ Vid. una exposición del proceso legislativo por parte del principal redactor de la Ley, GARCÍA VALDÉS, en el prólogo a la *Ley penitenciaria*, ed. Tecnos, Madrid 1985.

²⁴ Asimismo, la remisión, anteriormente destacada, que los artículos 37 y 49 del nuevo Código Penal hacen a la normativa penitenciaria se concreta en «lo que se establezca reglamentariamente», lo cual puede reforzar aún la importancia del Reglamento.

²⁵ 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

La aprobación del Código Penal de 1995 ha contribuido a clarificar en parte el sistema de fuentes y a conceder a la Ley penitenciaria la centralidad que le corresponde. Con el nuevo Código desaparecen las normas sobre ejecución anteriores a la Ley de 1979 y se derogan los artículos 65 a 73 del Reglamento de servicios de prisiones de 1956, como consecuencia de la supresión de la redención de penas por trabajo, que constituían un elemento extraño a la ley y el reglamento penitenciario. Con todo, la posterior pretensión de reformar algunos aspectos por vía reglamentaria, a la que nos hemos ya referido, plasmada en el RD de 1996, sigue manteniendo las incertidumbres comentadas.

Por otra parte, se detecta una creciente tendencia, iniciada con el CP1995, a abordar aspectos relativos a la ejecución y al cumplimiento en el propio código, ya sea en lo relativo a las medidas de seguridad, a las nuevas penas o a las diversas reformas de espíritu revisionista (vid. art. 37-3, 49-2, 78-3, 90-2, 91-2, 93, 97, 105-2), con abundante y progresiva encomienda de funciones a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Al margen de otros comentarios de fondo que ello merecería, cabe sugerir, como culminación lógica de esta tendencia y de la necesidad de abordar legislativamente la regulación del cumplimiento de las penas y medidas no privativas de libertad la elaboración de una ley de ejecución penal que suponga a la vez la necesaria actualización de contenidos de la LOGP.

unificación de criterios a través de las 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. Vid. una amplia y actualizada recopilación de las conclusiones de las citadas reuniones, así como de las fuentes referidas, en «Normativa penitenciaria», ed. Aranzadi, Pamplona 1998.

Tema 2

Contenido de la pena de prisión. Sistema de cumplimiento

SUMARIO: 1. Evolución histórica de la pena privativa de libertad. 2. Evolución de los sistemas de cumplimiento: a) Sistema filadélfico, b) Sistema de Auburn, c) Sistema progresivo, d) Sistema reformador, e) Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. 3. El sistema de la Ley Orgánica Penitenciaria. 4. La finalidad de las instituciones penitenciarias: 4.1. El principio de resocialización y su consagración en el art. 25.2º C.E. 4.2. El «fin primordial» de la resocialización en el Derecho penitenciario y la flexibilidad de la ejecución. 5. Las penas privativas de libertad en el sistema de sanciones del Código Penal de 1995. La cuestión de las alternativas a la prisión.

BIBLIOGRAFÍA: ANCEL, *La nueva defensa social, movimiento de política criminal humanista*, 1954; BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, en *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova 1964; BURILLO ALBACETE, F. J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Madrid 1999; CANEPA-MERLO, *Manuale di Diritto penitenziario*, Milano 1993; FLANAGAN, T., Y OTROS (EDIT.), *Incarcerating Criminals: Prisons and Jails in Social and organizational context*, New York-Oxford, 1998; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar - Nacimiento de la prisión*, Madrid 1976; FOUCAULT, M., *Estrategias de poder*, Barcelona 1999; FRAILE, *Un espacio para castigar*, Barcelona 1987; GARCÍA ARAN/DE SOLAS DUENAS, *Legislación penitenciaria europea comparada*, Barcelona 1991; GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, Madrid, 1985; GARCÍA VALDÉS, C. (dir.), *Historia de la prisión - Teorías economicistas - Crítica*, Madrid 1997; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Funciones y fines de las instituciones penitenciarias», en la obra colectiva *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I; GARCÍA-PABLOS, A., *Derecho Penal - Introducción*, Madrid 1995; GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, *Principios de Criminología*, Valencia 1999; GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER/RIFA ROS, *Introducción al Dret penitenciari - Teoria i pràctica*, Barcelona 1992; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia 1993; LEMIRE, G., *Anatomie de la prison*, Montréal 1994; MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», a *Libro homenaje a Anton Oneca*, Salamanca 1982; NEUMAN/IRURZUN, *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires, 1990; ORTMANN, «Zur Evaluation der Sozialtherapie», en *ZStW*, nº 106, 1994; PAVARINI/MELOSSI, *Cárcel y fábrica*, Madrid 1980; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal - parte general*, Pamplona, 1998; SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*, Madrid 2000; SEVERINO, E., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano 1988; STRATENWERTH, «Strafrecht und Sozialtherapie», en *Festschrift für P. Bockelmann*, München 1979; TAMARIT SUMALLA, J.M., «La

introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?, en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.º 1, 2004; TAMARIT SUMALLA, J.M., «El sistema sanzionario nel Codice penale spagnolo del 1995», en *L'Indice Penale*, 1998, n.º 3; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid 1998; VON HIRSCH, A. / ASHWORTH, A., *Principled sentencing - Readings on Theory and policy*, Oxford 1998; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Madrid 1998.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Antes de proceder a un mayor desarrollo, debemos indicar que el Derecho penitenciario tiene como objeto la regulación formalizada de las relaciones de poder en el seno de las instituciones penitenciarias. Una aproximación desde el punto de vista sociológico a la prisión nos lleva ante todo a definirla como una «institución total». La persona que ingresa en la institución se ve sometida a una situación en el 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 vital¹. No es éste el lugar adecuado para desarrollar estas cuestiones². Mayor interés puede tener una referencia breve al proceso histórico de aparición y consolidación de esta institución.

La posición central que ocupa la pena de privación de libertad 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 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. Este es el caso de las

¹ Por otra parte, FOUCAULT, M. (vid. *Vigilar y castigar*, p. 300 ss.) se ha referido al surgimiento de un nuevo saber, que tiene por objeto científico el conocimiento y la ordenación jurídica de la administración del suplemento punitivo penitenciario.

² Vid. en general datos referidos al sistema penitenciario, desde una perspectiva criminológica, en GARRIDO / STANGELAND / REDONDO, *Principios de Criminología*, Valencia 1999, p. 752 ss.

denominadas «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 emergente³. 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 de trabajo.

A pesar de todo, las casas de trabajo o de corrección no pasaron nunca a dominar la práctica penal en los diversos Estados en las que fueron implantadas⁴. 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 Régim* 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 sólo 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 ilegalismos 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. En tal contexto, cobra especial significado la propuesta efectuada por BECCARIA de unas penas más dulces y 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.

³ Vid. PAVARINI/MELOSSI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Madrid 1980.

⁴ Vid. STRATENWERTH, G., *Strafrecht und Sozialtherapie*, en *Festschrift für P. Bockelmann*, München 1979, p. 903. El autor sale al paso de las opiniones de signo relativizador que han venido a explicar el afán de mejorar al delincuente como algo que siempre ha estado presente en la política penitenciaria, advirtiendo que las casas de trabajo de Amsterdam (tan a menudo citadas como precedente) no estaban destinadas a acoger a delincuentes, sino a otros grupos sociales, entre ellos incluso menores abandonados, según se desprendería del examen de las ordenanzas dictadas en la citada ciudad durante el período comprendido entre los años 1599 y 1603. En España, donde no se hace presente la experiencia de las casas de trabajo, alcanza una gran importancia en los siglos XVI y XVII la pena de galeras, que de hecho tiene una cierta analogía con aquéllas.

Si el siglo XVIII todavía había estado en su mayor parte dominado 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 alcanzó 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 la columna vertebral del nuevo régimen punitivo. Incluso lo que queda de las antiguas penas, esencialmente 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) se corresponde con el carácter preeminente alcanzado por el valor de 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) coincide con la construcción de un sistema público capaz de asumir la organización de unas instituciones penitenciarias permanentes y con la consolidación del Derecho penal como Derecho de carácter 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 total⁵.

c) responde al ideal 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.

⁵ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht und Sozialtherapie*, cit., p. 905. Vid. sobretudo FOUCAULT (*Vigilar y castigar*, cit., p. 137 ss), quien estudia las transformaciones producidas en la organización del ejército, los manicomios y los centros de enseñanza en el período en que se empiezan a construir los primeros centros penitenciarios.

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 los referidos factores ha sido objeto de una intensa polémica doctrinal. La tesis de FOUCAULT, que 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 doctrina⁶. Según este planteamiento, lo que expresaría el nacimiento de las prisiones 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 cómo 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 verdugo⁷. La prisión, a diferencia de otros aspectos del Derecho penal contemporáneo, 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 sistema⁸.

En la doctrina española, GARCÍA VALDÉS se ha mostrado crítico ante este planteamiento y en general respecto a los que explican el nacimiento de la prisión en clave básicamente economicista (entre los

⁶ Vid. FOUCAULT, ob. cit., p. 185 y 282-285.

⁷ Las siguientes palabras de BENTHAM pueden considerarse por sí mismas suficiente indicativas: «Estas ejecuciones sanguinarias y las narraciones horribles que se divulgan son el verdadero principio de esta sorda antipatía que se forma contra las leyes y sus ministros; antipatía que tiende a la multiplicación de los crímenes, favoreciendo la impunidad de los culpables (Vid. BENTHAM, citado por FRAILE, P., *Un espacio para castigar*, Barcelona 1987, p. 49).

⁸ Vid. *La verdad y las formas jurídicas*, en *Estrategias de poder*, Barcelona 1999, p. 236 ss. Un antecedente más inmediato de la prisión, según esta teoría, se encontraría, al menos en Francia, en la práctica de las *lettres de cachet*, manifestación del poder absoluto del soberano que se traducían en el encarcelamiento de personas.

que destaca, según se ha visto, la posición de PAVARINI y MELOSSI). El citado autor considera determinante el ideal, de raíz cristiana, de forzar el arrepentimiento y la corrección del culpable a través del encierro y del propio esfuerzo, impulsado por el calvinismo y ciertos grupos puritanos anglosajones (aspecto que, por cierto, no puede decirse que resulte menospreciado por FOUCAULT) y se desmarca de las tentativas de explicar el encarcelamiento en términos funcionales respecto a los intereses del sistema capitalista, poniendo de relieve el carácter secundario que en realidad siempre tuvo el trabajo penitenciario⁹.

Hoy se habla de la crisis de la prisión. Sin embargo, puede constatarse que, aún 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. Más 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 sustitutivos¹⁰. 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 sancionador¹¹.

⁹ Vid. GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, Madrid 1985, p. 77: «La idea del trabajo y del esfuerzo redentor del alma, por el sacrificado arrepentimiento del culpable, han irrumpido con fuerza en el terreno del Derecho Penal, y en unión de la contrita meditación solitaria dejan una estela que llegará, siglos después, hasta las tesis correccionalistas de ROEDER. (...) Ignorar lo mencionado conduce a hacer una historia de la prisión sin Derecho penitenciario». Vid. asimismo en *Historia de la prisión - Teorías economicistas: Crítica*, Madrid 1997, p. 413-414, en que explica el proceso de implantación de la prisión a partir de la experiencia holandesa de las casas de trabajo y del espíritu calvinista.

¹⁰ Vid. un mayor desarrollo de esta cuestión *Infra*, I-5.

¹¹ Destacan también el carácter de la pena privativa de libertad como *ultima ratio* del sistema sancionador DÜNKEL/RÖSSNER/SCHÜLER-SPRINGORUM, *ob. cit.*, p. 9. Precisamente estos autores aportan datos que revelan la transformación producida en el sistema sancionatorio alemán, en el que la pena privativa de libertad ha pasado a ocupar un lugar «estadísticamente» secundario, dado que el 83% de penas impuestas son de carácter pecuniario y del resto tan sólo un 6% son penas privativas

2. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO

En la obra de los pensadores y reformadores del siglo XVIII no estuvo ausente una preocupación por la organización de las prisiones. No podemos dejar de referirnos a BECCARIA, quien, en un planteamiento esencialmente utilitarista, hizo ver a muchos de sus contemporáneos que era preferible al rigor de las penas la certeza de su efectivo cumplimiento, y que eran más útiles los estímulos duraderos aunque menor intensidad. Sin embargo, no se ocupó de esta pena y desconoció el desarrollo que iba a tener. La figura más destacada por su aportación a los aspectos penitenciarios fue HOWARD, contemporáneo del marqués italiano, que en su famoso informe *The state of the prisons in England and Wales* (1777) puso de manifiesto las múltiples deficiencias observadas en sus visitas a centros penitenciarios de su país. Este hombre de espíritu filantrópico que murió víctima de su propia vocación al haberse contagiado de una enfermedad propia de las prisiones de la época, denunció el amontonamiento progresivo de presos en poco espacio, la ociosidad, las deficientes condiciones higiénicas y los efectos perniciosos de la mezcla de jóvenes y mayores, hombres y mujeres, delincuentes habituales con infractores noveles, y enfermos con sanos¹².

Como respuesta a las necesidades de organización de las nuevas instituciones surgieron los diversos sistemas penitenciarios, los primeros de los cuales se van a implantar en las colonias inglesas de Norteamérica y fueron adoptados con algunas variaciones en los países europeos. Cabe constatar que los sistemas que se han implantado efectivamente no obedecen en general a un determinado diseño teórico, como sería el caso del *Panóptico* de BENTHAM, el cual, pese a la influencia que las ideas del filósofo inglés ejercieron en aspectos como las construcciones penitenciarias de tipo radial, no ha sido llevado a la práctica. A continuación destacaremos los sistemas más relevantes desde el punto de vista de su incidencia real, haciendo hincapié más en

de libertad que llegan efectivamente a ser ejecutadas, tal reducción de las penas ejecutadas, ciertamente encomiable y ejemplar en comparación con la situación existente en España, no debe hacernos perder de vista que la auténtica virtualidad de la pena privativa de libertad radica en su fuerza disuasoria, de modo que la citada cifra revela sólo la parte visible del poder sancionador que le es inherente.

¹² Vid. FREEMAN, J., *Prisons past and future. In commemoration of the bicentenary of John Howard's The State of the Prisons*, London 1978.

los elementos diferenciales que en aspectos comunes, tales como la idea de clasificación¹³, que serán objeto de atención con posterioridad.

a) Sistema filadélfico

Conocido como sistema celular o bien pensilvánico o filadélfico (por el lugar donde se implantó en primer lugar), surge ya en el siglo XVIII bajo la influencia de los cuáqueros, grupo religioso de tendencias puritanas que predicaba la no violencia, y pretende evitar los vicios que dominaban la vida en las prisiones inglesas. Sus rasgos más característicos eran el aislamiento total del interno y la orientación penitencial religiosa. El preso pasaba día y noche encerrado en una celda, sin visitas ni trabajo o actividad que pudiera impedir un ambiente propicio para la meditación. La única lectura permitida era la Biblia.

El sistema supuso una primera fórmula para racionalizar el cumplimiento, con la introducción de criterios posteriormente consolidados en la evolución de la ciencia penitenciaria, como el de la separación de los reclusos, y la necesidad de mantener unas condiciones mínimas de higiene dentro del establecimiento. Así mismo, los efectos destructivos del aislamiento absoluto sobre la salud psíquica de los condenados no tardaron en hacerse evidentes, y así se habló de la «locura penitenciaria» para describir el resultado del sistema. FERRI calificó el sistema celular «como una de las aberraciones del siglo XIX»¹⁴.

Aún siendo abandonado en los Estados Unidos de América, el sistema filadélfico fue exportado a Europa, donde se mantuvo en muchos establecimientos penitenciarios, preferentemente de los países nórdicos, durante todo el siglo XIX. En España no se adoptó, porque, además de ser un sistema costoso, resultaba poco adecuado para los habitantes de los países más meridionales, más acostumbrados a la vida en común y al aire libre.

¹³ Dejamos de lado la exposición de modelos teóricos, como sería el del «Panóptico» diseñado por BENTHAM, que, salvo algunos intentos aislados y de la influencia de alguna de sus propuestas en materia de arquitectura penitenciaria, de hecho no triunfaron como sistema de cumplimiento.

¹⁴ Vid. FERRI, E., *Sociología criminal*, II, Madrid, p. 317.

b) Sistema de Auburn

Se conoce por el nombre de la ciudad del Estado de Nueva York donde se ubicó el año 1818 una prisión que, pensada inicialmente para un régimen de tipo filadélfico, el cual dio lugar a un sistema diferente. Las características del nuevo sistema son: mantenimiento del aislamiento celular nocturno, pero combinado con vida en común y trabajo durante el día; disciplina severa (con castigos corporales frecuentes) y silencio absoluto. A diferencia del celular, el sistema auburniano se implantó de manera generalizada en los Estados Unidos y tuvo poca incidencia en Europa.

c) Sistema progresivo

Se trata de un modelo que se fue forjando en Europa durante la primera mitad del siglo XIX, que obedecía a la preocupación para alcanzar un sistema más dinámico y orientado hacia una finalidad reformadora o correctiva. La idea básica consiste en la división del periodo total de cumplimiento en diversas etapas, cada una de las cuales supone una mayor distensión de la disciplina y más libertad para el interno. Las etapas van desde el aislamiento celular del sujeto hasta la libertad condicional, y la progresión no se produce de manera automática sino a medida que evoluciona favorablemente la conducta del preso y su rendimiento en el trabajo. El hecho de que el sistema ofrezca un incentivo al recluso para su adaptación al nuevo medio es una de las claves de su éxito.

El sistema progresivo tiene en realidad diversos modelos en los diferentes estados donde se implantó. La experiencia española obedece más a la evolución de la práctica que al diseño de un modelo teórico. El sistema progresivo fue desarrollado sobretudo por el Coronel Montesinos, a consecuencia de su experiencia como Comandante de la Prisión de Valencia, cargo del que fue nombrado en el año 1834. Montesinos, con una idea de carácter correccional, puso en marcha un sistema que preveía los periodos, «de hierros», «de trabajo» y de «libertad intermedia».

El desarrollo de esta idea ha dado como resultado el sistema que ha pasado a llamarse la práctica penitenciaria durante la mayor parte de los siglos XIX y XX. El Código penal ha establecido hasta fechas recientes en su artículo 84 que «las penas de reclusión mayor, menor, y prisiones se cumplirán según el sistema progresivo». A través de diversas normas

dictadas durante este siglo, el sistema ha vivido un constante proceso de flexibilización. Desde el año 1968, es posible la clasificación de un interno directamente en segundo grado, sin necesidad de haber pasado antes por el primer grado.

d) Sistema reformador

Ya en la segunda mitad del siglo XIX surgió en Norteamérica un movimiento penitenciario preocupado por la reforma de los delincuentes jóvenes. El primer centro penitenciario tipo «reformatorio» empezó a funcionar el año 1876 en Elmira bajo la dirección de BROCKWAY. Las condiciones de acceso al centro eran: personas entre los 16 y 30 años, y sentencia indeterminada, con un mínimo y un máximo que permitía concretar el tiempo efectivo de la internamiento de acuerdo con la evolución de cada sujeto. El sistema tenía elementos comunes con el progresivo, previendo una clasificación inicial de los presos, después de la cual se podía acordar una regresión o progresión según el grado de confianza de que se hiciera merecedor el interno.

El sistema iniciado en Elmira supone un antecedente de los ideales de rehabilitación del condenado mediante un tratamiento. Los métodos que se hacían servir se basaban en una serie de actividades de carácter físico, de instrucción, enseñanza religiosa y trabajo. Entre las críticas que ha recibido el sistema hay que mencionar la rigidez excesiva del régimen disciplinario y la falta de adecuación del modelo arquitectónico (propio de un establecimiento de alta seguridad) a la finalidad reformadora.

Las características del sistema reformador, que mantiene una sintonía evidente con las nuevas doctrinas de signo positivista y que interesó a algunos correccionalistas españoles como DORADO MONTERO¹⁵, se trasladaron después a la legislación de menores, de manera que el tratamiento de la delincuencia juvenil, mediante una jurisdicción especial, adoptó un carácter tutelar que se mantiene vivo todavía en el ordenamiento positivo hoy vigente, que es en buena parte el contenido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

e) Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos

Después de la Segunda Guerra Mundial se inicia una evolución que da lugar a una transformación profunda de los sistemas penitenciarios

contemporáneos, que se corresponde con la influencia de nuevas aportaciones teóricas —como la de la doctrina de la Nueva Defensa Social de Marc Ancel¹⁶— y que tiene como hecho más significativo la elaboración de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, redactadas en el año 1955 en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra, y aprobadas por el Consejo de las Naciones Unidas en Resolución 663 C I (XXIV) de 31 de julio de 1957¹⁷.

Es necesario advertir que propiamente no se puede hablar de un nuevo sistema penitenciario, ya que, tal y como indican sus Observaciones preliminares, el objeto de las Reglas no es «describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino establecer únicamente, inspirándonos en conceptos generalmente admitidos en la actualidad y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos». Con todo, conviene aclarar que las Reglas mínimas suponen un punto de inflexión en la evolución y transformación profunda de las formas de cumplimiento de la pena.

La primera parte de las Reglas hace referencia a la administración general de los establecimientos penitenciarios y es aplicable a todo tipo de reclusos. Establece como principio fundamental la no discriminación por razón de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Entre las normas más relevantes cabe destacar las que establecen criterios de separación de categorías, reglas sobre higiene, servicios médicos, con-

¹⁵ Vid. GARCÍA VALDÉS (dir.), *Historia de la prisión...*, cit., p. 17, en que se aporta un trabajo inédito del ilustre penalista sobre el reformatorio de Elmira.

¹⁶ Vid. ANCEL, M., *La nueva defensa social, movimiento de política criminal humanista*, 1954. En la concepción a la vez humanitaria y defensora de Ancel, el tratamiento resocializador, basado en una investigación científica del delincuente, es expresión de una nueva actitud ante el infractor y las necesidades de la sociedad en su lucha contra el crimen. El acento que pone la doctrina de la nueva defensa social en el respeto a la personalidad del sujeto evita que el planteamiento defensor lleve a los excesos del positivismo criminológico.

¹⁷ El texto ha sufrido algunas modificaciones posteriores que no han afectado su contenido básico. Vid. la Resolución 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Vid. el contenido íntegro del texto en la colección coordinada y comentada por GARCÍA ARAN/DE SOLAS DUEÑAS, *Legislación penitenciaria europea comparada*, Barcelona 1991, p. 91 i ss.

tactos con el mundo exterior, religión, alimentación espacio destinado a los reclusos y medios coactivos. Algunas de estas normas suponen una importante modificación de la fisonomía tradicional de la prisión, como la prohibición de que la ropa que se facilite al interno tenga carácter humillante o degradante o de hacer uso de cadenas y grilletes como medio de coerción. Por otro lado, si en algunos aspectos las reglas han sido superadas por posteriores textos jurídico—internacionales o por la legislación y la práctica penitenciaria de muchos países —por ejemplo, en el reconocimiento del encarcelamiento por deudas, que no fue prohibido hasta el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 1966—, hay cuestiones en las que la realidad, al menos la más cercana, se encuentra todavía lejos de los ideales proclamados en las Reglas mínimas, como la previsión de las celdas individuales.

Con respecto al régimen disciplinario y sancionatorio, la aprobación de las Reglas mínimas supone un importante paso en la humanización de las prisiones y en la incorporación de garantías jurídicas al ámbito penitenciario. En el capítulo de garantías, el documento exige la tipificación de la infracción —mediante ley o reglamento—, la determinación de la sanción y de la autoridad competente para imponerla. También recoge la prohibición de sancionar dos veces «la misma infracción» y de imponer sanciones corporales, crueles, inhumanas o degradantes, previendo la sumisión del aislamiento a control médico.

La segunda parte contiene las reglas aplicables a las diferentes categorías de reclusos. Con respecto a los condenados, el texto empieza reconociendo el carácter afflictivo de la prisión y las otras medidas que privan de libertad al individuo, pero a la vez exhorta a aprovechar el periodo de privación de libertad para conseguir, en la medida de lo posible, que el delincuente una vez liberado quiera respetar la ley y sea capaz de hacerlo. En la previsión de los medios con los que se tendría que asumir este objetivo aparecen las ideas del «tratamiento individual» y del «retorno progresivo a la vida en sociedad». El tratamiento de los penados «debe tener como objeto, siempre que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir de acuerdo con la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crearles la aptitud para hacerlo». Las Reglas señalan que para alcanzar este objetivo se tendría que recurrir, «en particular a la asistencia religiosa, en los países donde sea posible, a la instrucción, a la orientación y a la formación profesional, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al trabajo, al desarrollo físico y a la educación de carácter moral, de acuerdo con las necesidades individuales de cada recluso». En algunos

aspectos, las Reglas habían introducido criterios que después han sido cuestionados en la medida que han podido favorecer «abusos en el tratamiento». Particularmente preocupante resultaba en este sentido el mandato de aplicar «cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se crea necesario» para tratar «todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyan un obstáculo para la readaptación del recluso».

Uno de los principios inspiradores de las Reglas mínimas es la idea de individualización. En este sentido, se exige un estudio de la personalidad y un programa de tratamiento individual y se prevé que la clasificación se atienda a las necesidades de separación de los reclusos y al favorecimiento de su tratamiento.

Los principios básicos de las Reglas Mínimas inspiran también la Recomendación núm. (87)3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre reglas penitenciarias europeas¹⁸. Las reglas europeas concretan y desarrollan aspectos en los que las Reglas mínimas se habían mantenido en un ámbito de declaraciones más genéricas, hecho que no debe extrañar teniendo en cuenta la mayor afinidad cultural y política de los Estados a los que se dirige la Recomendación. El mismo Preámbulo indica que el texto no contiene unas normas tipo y constata que algunos servicios penitenciarios europeos ya han ido más allá del contenido de las propias reglas.

En algunos temas las Reglas Europeas superan las Reglas Mínimas. En los principios fundamentales se hace referencia a la «legalidad en la ejecución de las penas» —en el régimen disciplinario se admite que la tipificación de las infracciones pueda hacerse por vía reglamentaria— y al control ejercido «por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los internos y que no pertenezca a la Administración penitenciaria». En materia de relaciones con el mundo exterior, se recomienda la adopción de un «sistema de permisos penitenciarios compatibles con los objetivos del tratamiento». Por otro lado, las Reglas europeas desarrollan las previsiones relativas al tratamiento, no contemplan los medios médicos o quirúrgicos y definen el trabajo penitenciario esencialmente como «un elemento positivo del tratamiento», a la vez que permiten —ya no imponen, como hacían las

¹⁸ Vid. el contenido del documento, adoptado por el Comité de Ministros el 12 de febrero de 1987, en *Legislació penitenciària europea comparada*, cit., p. 119 y ss.

Reglas mínimas— la sumisión a los internos condenados a la obligación del trabajo.

En el capítulo de las declaraciones internacionales, es necesario comentar finalmente el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966¹⁹, que constituye Derecho vigente en la medida que sea ratificado por los Estados, además de la eficacia hermenéutica, en el Ordenamiento español, derivada del art. 10-2 CE. En materia de ejecución deviene particularmente relevante la prohibición de las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes y la realización de experimentos médicos o científicos sin consentimiento (art. 7). También se establece la separación entre condenados y procesados y entre menores y adultos, al tiempo que se consagra el carácter central del tratamiento: «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados» (art. 10-3).

En una dirección reformista que incide en los principios de las declaraciones internacionales hasta ahora examinadas, se han producido modificaciones legislativas importantes en los países de nuestro entorno más cercano. Podemos señalar sobretodo, teniendo en cuenta también su proximidad temporal con la reforma penitenciaria española, la Ley italiana de 26 de julio de 1975²⁰ y la Ley alemana de ejecución penal de 16 de marzo de 1976²¹.

3. EL SISTEMA DE LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

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 ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales

¹⁹ La declaración fue aprobada en Nueva-York en fecha 19 de diciembre de 1966.

²⁰ La Ley ha sufrido modificaciones posteriores, la más importante de las cuales es la de 10-10-1986.

²¹ La Ley ha sido objeto de reformas parciales. Las últimas más destacables han sido las de 31-8-1990 y de 18-12-1989 (entrada en vigor el 1-1-1992).

será el de libertad condicional, de acuerdo con lo que determina el Código Penal». Pese a ello, durante un tiempo se ha planteado la duda de si podía hablarse todavía de sistema progresivo, de acuerdo con la referencia expresa que hacía el art. 84 del anterior Código Penal, el cual a continuación remitía a la legislación penitenciaria a los efectos de fijar «el régimen, grados, ascensos, trabajo, enseñanza y visitas». La aprobación del Código Penal de 1995 ha supuesto la eliminación de toda alusión explícita al sistema progresivo en el Ordenamiento vigente.

Pero en realidad, el sistema de la LOGP es heredero directo del sistema progresivo, en la medida que se vertebra sobre la separación en grados. Esta es de hecho la característica que diferencia el sistema español del sistema de planificación y individualización subjetiva²². La idea de grado, muy enraizada en la tradición penitenciaria española basada en la progresión objetiva, no aparece en los sistemas definidos en otras legislaciones europeas. La Ley de ejecución alemana, por ejemplo, prevé la adopción de un plan individualizado de tratamiento que se deberá mantener según la propia evolución del recluso y el estudio de su personalidad, sin que tal evolución determine de manera automática una modificación del régimen o la destinación a un centro diferente.

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 (art. 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, que más adelante serán objeto de análisis.

Por otro lado, 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

²² Vid. GARCÍA ARAN/DE SOLA, ob. ult. cit., p. 35.

²³ Vid. C.F. von WEISZÄCKER, *Die Wissenschaft und die moderne Welt*, Berlin 1986, p. 56. Vid. asimismo FEYERABEND, R., *El mito de la ciencia y su papel en la sociedad*, Valencia 1979, p. 15.

con más insistencia que en otros textos de Derecho comparado — especialmente significativo en este sentido resulta el art. 62 LOGP—. La nueva definición es expresión del nuevo rol que ha pasado a desempeñar la ciencia en las sociedades contemporáneas como instrumento de legitimación. Tal como ha señalado WEISZÄCKER, la ciencia parece expresar de una forma general la esencia y el destino de nuestro tiempo²³. O, para decirlo con palabras de SEVERINO, «las estructuras conceptuales y operativas de tipo 'filosófico' (...) están 'destinadas' a transformarse en estructuras conceptuales y operativas de tipo científico»²⁴.

Lo que acabamos de decir 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 de la LOGP. A este tema dedicamos un nuevo capítulo.

4. EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN Y SU CONSAGRACIÓN EN EL ART. 25-2 C.E

4.1. La finalidad de las instituciones penitenciarias

El art. 1 de la LOGP resulta fiel al art 25-2 de la Constitución española, que establece que las penas y medidas de seguridad se orientarán a la reeducación y la reinserción social. Con la consagración de este principio en el apartado relativo a los derechos fundamentales, la Constitución 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 el centro de Europa, donde las ideas de rehabilitación y terapia social habían sustituido los antiguos conceptos provistos de connotaciones más punitivas²⁵.

²⁴ Vid. SEVERINO, E., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano 1988. p. 151.

²⁵ Tales ideas son vistas generalmente como expresión de una nueva tendencia humanitaria —al margen de que en algunas de las realizaciones de las misma ello haya podido ser cuestionado—: Vid. STRATENWERTH, G., *Strafrecht und Sozialtherapie*, cit., p. 919, quien ve en la terapia social el punto de encuentro entre la política criminal y las exigencias de solidaridad humana.

El ideal de regeneración del delincuente no es una mera consecuencia de la mayor conciencia respecto a los derechos humanos adquirida por la humanidad después de la segunda guerra mundial. De alguna manera el comentado ideal es inherente a la pena privativa de libertad y se ha hecho presente desde las primeras manifestaciones de ésta, aunque con otras formulaciones o con un contenido religioso-penitencial. Digna de especial comentario resulta la aportación del correccionalismo, corriente doctrinal que se desarrolla desde la segunda mitad del siglo XIX a partir de la obra de los alemanes KRAUSE o RÖDER y que en España da importantes frutos, con SILVELA, CONCEPCION ARENAL o DORADO MONTERO como figuras más destacadas²⁶. Por otro lado, no se pueden menospreciar las realizaciones en el aspecto legislativo a partir de los años veinte, especialmente bajo la influencia de la doctrina positivista de la Defensa Social.

Pero 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 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 del fenómeno criminal—, 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

Vid. por otra parte recientemente, ORTMANN, R., *Zur Evaluation der Sozialtherapie*, en ZStW, n° 106, 1994, p. 782 ss.

²⁶ Vid. con mayor detalle, QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal —parte general*, Pamplona 1998, p. 217-222; y GARCÍA-PABLOS, A., *Derecho Penal —Introducción*, Madrid 1995, p. 423-429.

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. La criminología ha utilizado la expresión «subcultura penitenciaria» para referirse a 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 —con base en el cual se reprimen conductas como ciertas agresiones sexuales— y que se hace evidente en aspectos como las variaciones introducidas en el lenguaje²⁷. Por ello se ha advertido que la resocialización es más un *desideratum* que una realidad²⁸ o que el ideal rehabilitador ha pasado a ocupar, en una evolución que se inicia ya en los años setenta en los países anglosajones y del área germánica, un rol periférico en la Administración de justicia penal²⁹. Incluso los experimentos más costosos —por ejemplo, los denominados centros de «terapia social»— en países más ricos y en momentos económicamente pujantes han estado lejos de alcanzar resultados espectaculares.

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. La afirmación establecida en el art. 25-2 C.E. sobre la orientación de las penas privativas de libertad no responde a la pregunta sobre su fundamento. 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. Según ha declarado el Tribunal Constitucional, la reeducación o la reinserción social del penado no constituye un derecho fundamental de

²⁷ Vid. CANEPA-MERLO, *Manuale di Diritto penitenziario*, Milano 1993, p. 104; NEUMAN / IRURZUN, *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires, 1990, p. 113-117.

Vid. por otra parte, respecto al efecto de «prisonización» y a la reincidencia de los encarcelados, GARRIDO / STANGELAND / REDONDO, ob. cit. P. 757-758, quienes aportan datos de investigaciones efectuadas en España.

²⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*, a «Libro homenaje a Anton Oneca», Salamanca 1982, p. 387 i ss.

La idea de la resocialización como mito había sido apuntada, sin embargo, ya por BETTIOL en 1964 (vid. *Il mito della rieducazione*, en «Sul problema della rieducazione del condannato», Padova 1964).

²⁹ Así, en ASHWORTH / VON HIRSCH, *Principled Sentencing*, Oxford 1998, p. 34 y p. 14 ss.

la persona, «sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal i 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»³⁰. Por eso no resulta admisible la anulación de una condena o una sanción penitenciaria porque el penado se encuentre ya reinsertado³¹.

Para comprender en sus justos términos la previsión introducida en el art. 25-2 ha de tener presentes los aspectos siguientes:

a) La Constitución establece un derecho fundamental que debe ser interpretado como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10-1), lo cual contradice una concepción de la resocialización como inculturación 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 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 Estado³². 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.

b) El fin de la reeducación y reintegración social se refiere a las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, no a todas las sanciones penales —a diferencia de otras constituciones, como la italia-

³⁰ Vid. STC 2/1987, de 21 de enero, STC 119/1996, de 8 de julio, o auto n° 486/1985 de 10 de julio.

³¹ Además de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que aplican esta doctrina en relación con las sanciones penales, también puede encontrarse alguna referencia a las sanciones penitenciarias. Vid. en este sentido, la STC n° 190/1987, de 1 de diciembre: «Respecto a la alegación relativa a la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas, es obvio que esta es la del sistema penitenciario en su conjunto y no se puede predicar de una sanción administrativa como la recurrida».

³² Vid. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal - parte general*, Madrid 1989, p. 74.

na, que extiende la idea de la 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.

c) Pero el art. 25-2 C.E. contiene también un criterio de política 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 perpétua e incluso de las penas privativas de libertad demasiado largas, con efectos destructivos de la personalidad. La importante reforma del sistema de sanciones que ha supuesto el Código Penal de 1995, al reducir el alcance de la pena de prisión y dejar paso a medidas alternativas, encuentra en este precepto constitucional su punto de arranque.

4.2. El «fin primordial» de la resocialización en el Derecho penitenciario y la flexibilidad de la ejecución

El art. 1 de la 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 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». Más allá de que, como ya hemos explicado anteriormente, una tal afirmación no se corresponde ya con el actual estadio de evolución de la doctrina, debe advertirse que subraya solamente el aspecto positivo de la prevención especial, cuando precisamente la redacción del artículo primero de la Ley destaca a la vez la dimensión positiva y la negativa, concretada ésta en la finalidad de custodia y retención, referida también a los penados.

El peso de los aspectos preventivo-especiales en la legislación penitenciaria suscita algunas reflexiones, en la medida que parece confirmar las teorías mixtas que acentúan la dimensión preventivo-general de la pena en el momento de la conminación penal o incluso de la aplicación

judicial de la pena y otorgan a la ejecución un sentido primordialmente preventivo-especial. Más allá de las críticas que en el ámbito doctrinal han recibido estas teorías pueden introducirse nuevas consideraciones relativas a algunos factores distorsionantes que se producen en la realidad. 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.

Esta situación pone de manifiesto una «relación atormentada» — según palabras de MUÑOZ CONDE³³— entre Derecho penal y Derecho penitenciario, que la naturaleza de las cosas hace difícilmente evitable pero que debe motivar una seria reflexión. En el capítulo dedicado a las definiciones teóricas hemos puesto de manifiesto la convergencia del Derecho penitenciario con el Derecho Penal material y procesal en el ámbito de la política criminal. Sin embargo, la realidad española ha mostrado como la reforma penitenciaria no ha formado parte de una política criminal global coherente, de manera que hasta fechas recientes no ha ido acompañada de la anhelada reforma de un sistema de penas decimonónico y sigue sin conocer una modificación satisfactoria del régimen legal de la prisión preventiva.

La crítica a la flexibilidad de la ejecución de la pena ha tenido un importante eco en la doctrina comparada. Así, en Italia se ha reprochado al «reformismo penitenciario», que tiene como idea central la flexibilidad, atentatoria 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. La flexibilidad ha sido defendida de tal género de críticas con el argumento de que la misma debe ser considerada inherente a la dinámica ejecutiva propia del sistema constitucional³⁴.

³³ Vid. HASSEMER- MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, València 199

³⁴ Vid. MARGARA, A., *Controllo di razionalità ed esecuzione penale*, en *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Padova, 1998, p. 266 ss. El autor

El Código Penal de 1995 resuelve en buena medida las contradicciones de la situación denunciada. Esta venía definida por el contraste entre, por un lado, unas leyes penales caracterizadas hasta el momento por una rigidez en la fijación de los marcos penales y en la regulación de la determinación de la pena propia del liberalismo decimonónico y nada ajustada al actual grado de evolución de la política criminal —sin olvidar la severidad, tan a menudo denunciada³⁵, con la que ha sido sancionado un buen número de delitos— y, por otro lado, la proliferación de múltiples fórmulas de relajación, previstas en las leyes y reglamentos y aplicadas en la práctica penitenciaria de manera muchas veces inmoderada. Basta con pensar en la libertad condicional, la remisión de las penas por trabajo y los beneficios penitenciarios extraordinarios, soluciones que, aplicadas con un excesivo automatismo y de manera simultánea, han dado lugar a situaciones grotescas. No hay duda de que una política penal y penitenciaria que admita objetivos de prevención especial relativos a la resocialización del condenado debe buscar soluciones que permitan la adaptación del sistema de cumplimiento a la evolución del sujeto, sin perjuicio de que necesidades evidentes de orden aconsejen imaginar todo tipo de incentivos para los presos. Pero si se quiere evitar ahondar en la crisis de confianza en el sistema penal, se impone un acercamiento entre la pena teórica y la pena real. Esta preocupación ha estado presente en el debate legislativo sobre el Proyecto de Código Penal y se ha reflejado sobretodo en la supresión de la redención de penas por trabajo, hace tiempo propuesta por la doctrina dominante, acompañada de una no siempre consecuente reducción de la duración máxima del encarcelamiento³⁶ y de una atenuación de las penas más graves previstas para algunos delitos³⁷.

opone la «racionalidad constitucional» derivada de los artículos 3,2 y 27 de la Constitución italiana (alusivos, respectivamente, al mandato de remover los obstáculos para la vigencia real de los derechos y a la resocialización del condenado) a la racionalidad del carácter intocable de la sentencia.

³⁵ Vid. Vid. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER/RIFA ROS, *Introducció al Dret penitenciari - Teoria i pràctica*, Barcelona 1992, p. 22.

³⁶ Vid. la importante novedad que supone, como expresión de la preocupación reflejada en el debate parlamentario sobre el cumplimiento íntegro de las penas, el art. 78 C.P. respecto al cómputo del tiempo de cumplimiento a efectos de los beneficios penitenciarios y la libertad condicional

³⁷ Más discutibles resultan otras propuestas surgidas en la doctrina comparada, como la consistente en prever la determinación de un mínimo y un máximo de duración efectiva de la privación de libertad en la sentencia.

Centrándonos ya en la fórmula adoptada por la Ley penitenciaria española a la hora de determinar la finalidad de las instituciones penitenciarias, cabe apuntar que constituye una exageración del contenido de las Reglas mínimas y de hecho va más allá de lo que es habitual en el Derecho comparado³⁸. En cualquier caso, hay que entender que la pretensión del art. 1 LOGP no es la de resolver la *vexata quaestio* de los fines de la pena. La referencia a las «instituciones penitenciarias» es en esto del todo significativa. En este sentido ha advertido GARCÍA PABLOS que no se ha de buscar en la citada definición más que «criterios y normas positivas que regulan el funcionamiento y actuación de determinadas instituciones a las que corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad»³⁹.

Con respecto al contenido de la definición, GARCÍA PABLOS se ha manifestado en sentido crítico con la utilización de la expresión «reeducación»: según la opinión del referido autor, «atribuir a la ejecución penal —a la «cirugía penal»— una finalidad reeducadora es un despropósito lamentable, que pugna con los conocimientos actuales de la criminología, de la ciencia penitenciaria, de les ciencias de la conducta y de la propia política criminal»⁴⁰. La objeción arranca de la constatación de la existencia de grupos de infractores con importantes déficits de educación y socialización, que más que «reeducados» necesitarían ser «educados», y por otro lado, de la presencia de otros delincuentes que han sido objeto de una inculturación y socialización normalizada y han tenido posibilidad de interiorizar los valores comunitarios; o, finalmente de los penados en otros momentos denominados «incorregibles», aquellos que rechazan una terapia reeducadora⁴¹.

La LOGP no olvida que las instituciones penitenciarias tienen también por objeto la retención y custodia de los presos preventivos y de los

³⁸ La mayoría de los ordenamientos penitenciarios no contemplan un precepto introductorio en el que se defina la finalidad de las instituciones penitenciarias. La Ley de ejecución alemana, que es en este aspecto la más cercana a la española, establece un «objetivo del cumplimiento», concretado en el ideal de convertir el preso en un individuo «capaz de llevar en el futuro una vida con responsabilidad social sin condenas», e inmediatamente declara que «el cumplimiento de la pena privativa de libertad sirve también para proteger a la colectividad de nuevos delitos».

³⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Funciones y fines de las instituciones penitenciarias*, en la obra colectiva «Comentarios a la legislación penal», t. VI, vol. 1, cit., p. 27.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ob. cit., p. 30.

⁴¹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ob. cit., p. 30-31.

detenidos que hayan pasado a disposición judicial (art. 1). En el art. 5 establece que el régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener el interno a disposición de la autoridad judicial, y que la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos. Este tipo de declaraciones genéricas difícilmente puede esconder que en buena medida los presos preventivos de hecho son de peor condición que los condenados, en la medida que, al no haber sido sentenciados, no pueden ser clasificados ni «tratados» (sino tan solo «observados»), de manera que no pueden disfrutar de algunos de los beneficios que la legislación penitenciaria vincula a la evolución del tratamiento. Posteriormente se desarrollarán los aspectos relativos a la prisión preventiva y los establecimientos para esta clase de internos.

Por último, la finalidad resocializadora, proclamada con carácter general para la pena privativa de libertad (en sentido material, según acabamos de ver), permite formular un principio operativo, cual es el de *unidad de ejecución*. Según este principio, el cumplimiento tiende a efectuarse en relación con el penado de modo unitario, con independencia de las penas que le han sido impuestas. Por ello la Ley parte de que a cada sujeto le corresponde la programación de un tratamiento personalizado, conforme se desarrolla posteriormente en lo relativo a este tema. A la efectividad de dicho principio sirven soluciones legales como la refundición de condenas (prevista en el art. 76 del Código Penal)⁴².

5. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL SISTEMA DE SANCIONES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. LA CUESTIÓN DE LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN.

Una de las principales expectativas creadas ante la reforma penal ha sido siempre la relativa a las alternativas a la pena de prisión. El Código penal hoy vigente satisface parcialmente las demandas de la moderna política criminal, que en los últimos tiempos viene buscando otras formas sancionatorias, impulsada por razones no sólo de carácter

⁴² La idea de unidad de ejecución viene confirmada en el art. 78 C.P. cuando se condiciona a la evolución del tratamiento el régimen excepcional para el cómputo de los beneficios previsto en el referido precepto.

humanitario sino también pragmático y económico, ante la crisis de la ideología del tratamiento y la necesidad de abaratar los costes de la ejecución y de agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia.

En cuanto a la supresión de las penas cortas, El CP95 consagra el criterio de raíz lisztiana hoy dominante en la doctrina penal y criminológica de hacer desaparecer la pena consistente en un encierro permanente por breves periodos de tiempo en un centro carcelario, hasta el punto de superar lo previsto en otros Ordenamientos. Tal innovación, sin embargo, no se traduce en una disminución de la presión punitiva, por las razones que a continuación se exponen. En términos generales cabría hablar de las penas de arresto de fin de semana y de multa e, indirectamente, de los trabajos en beneficio de la comunidad, como las alternativas legales a las penas cortas de prisión. Pero descendiendo al examen de las tipologías concretas se comprueba como en realidad muchos de los delitos para los que el Código anterior preveía pena de arresto mayor tienen ahora asignada una penalidad superior a los seis meses (cabe destacar, como ejemplos significativos, el delito de coacciones y el tipo básico del hurto y la estafa de los artículos 172, 234 y 249, respectivamente).

En cuanto a las alternativas a la prisión hay luces y sombras, aunque justo es reconocer que éste es uno de los aspectos más positivos del nuevo Código. La implantación del sistema de días-multa constituye una innovadora y atractiva decisión, si bien un examen conjunto de la parte general y especial permite cuestionar que el legislador haya puesto su confianza en esta pena pecuniaria como alternativa a la prisión, por lo que el recurso a la misma por parte de los Tribunales vendrá fundamentalmente determinado por el uso que se haga de la facultad de sustitución prevista en el art. 88. La clave del éxito de la alternativa radicará pues de hecho en que los aplicadores del Derecho puedan y sepan sustraerse a la inercia evitando caer en el automatismo y asumiendo la responsabilidad que el nuevo Código exige. Sabido es que resulta vana toda pretensión de una reforma que se limite a modificaciones estructurales y no aspire a hacer posible un cambio de actitudes por parte de aquellos de quienes depende su éxito. No pueden olvidarse, con todo, las necesarias medidas que faciliten la dotación de instrumentos para conocer el patrimonio real de los imputados por parte de la Administración de Justicia y la colaboración entre los Poderes del Estado con los referidos fines.

Un comentario especial merecen las penas de nuevo cuño. El arresto de fin de semana ha sido justificado como medio de control intermitente, con un efecto «shock» sobre el condenado carente del poder desocializador inherente al encierro continuado, al permitir conservar el trabajo habitual y el contacto con el medio familiar y social, aunque ha sido considerada por algunos más como una variación que como una auténtica alternativa a la privación de libertad (algo predicable de muchas otras «alternativas», que sin embargo no deben ser desautorizadas con este simple argumento en tanto que representan intentos de mejorar lo existente). El balance de los primeros años de aplicación de la nueva pena de arresto arroja resultados decepcionantes, tal como ha revelado un Informe del Consejo General del Poder Judicial. No sería justo culpar de ello a quienes incluyeron esta pena en el Código Penal, cuando por parte de las Administraciones competentes raramente se han hecho los esfuerzos necesarios para garantizar su eficacia. Sin embargo, la LO 15/2003 ha suprimido esta pena, lo cual tiene la triste consecuencia de extender el alcance de las penas cortas de prisión, que resurgen, con un límite mínimo de tres meses de duración.

El trabajo en beneficio de la comunidad ha sido introducido por primera vez en el Derecho español por medio del Código de 1995. Además de tardía en comparación con otros Ordenamientos (no sólo del ámbito anglosajón o germánico, sino incluso con Portugal, Italia o Francia), la inclusión de esta pena al sistema de sanciones ha sido más bien tímida (quizás para algunos cabría decir cauta o prudente, dada la poca operatividad previsible de la gestión administrativa de su implantación y posterior ejecución) y ocupa claramente una posición secundaria. No se le concedió carácter de pena autónoma y desempeña un rol marginal incluso como sustitutivo de la responsabilidad personas subsidiaria en la multa (vid. artículos 88-2 y 55-1 CP). la reforma introducida por la LO 15/2003 le concede un relativo mayor protagonismo, al permitir la sustitución de la pena de prisión por trabajos, dotar a la redacción del art. 49 CP de nuevos contenidos de carácter reparador y preverla, aunque tímidamente, como pena principal en algunas infracciones.

Pese al avance producido, el sistema de sanciones del Derecho penal español se encuentra lejos del grado de diversidad propio de otros sistemas, como los anglosajones. Tampoco se ha dado en España un debate comparable al vivido en otros países en situaciones de reforma legislativa de tal magnitud, ni se han desarrollado estudios criminológicos acompañados de planes experimentales ni se han encargado simultá-

neamente a las nuevas medidas estudios de evaluación. En las diversas intervenciones legislativas, se ha desaprovechado la ocasión de replantear otras posibles alternativas. Como campo de prueba puede servir lo previsto en el Reglamento penitenciario de 1996, que permite que el condenado que se encuentre cumpliendo en régimen abierto pueda aceptar pernoctar fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos acedados proporcionados por la Administración penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente⁴³. En esta dirección, debería esperarse un mayor desarrollo de formas de semidetención. Así, atendiendo una vez más al hecho que el Derecho penitenciario puede desempeñar un cierto papel de campo de pruebas, cabe pensar, por ejemplo, en la previsión del arresto nocturno como una modalidad alternativa al arresto de tiempo libre o al arresto domiciliario. La introducción de la pena de localización permanente limitada sólo a las faltas, en la reforma de noviembre de 2003, ha representado un paso insuficiente.

El debate sobre las alternativas a la prisión se encuentra presidido en el ámbito político-criminal por la tensión entre dos clases de exigencias. La primera de ellas, la de hacer un máximo esfuerzo de imaginación y la consiguiente disposición a aportar los medios necesarios para introducir sistemas punitivos que no tengan los gravosos costes sociales y humanos que unánimemente se reconocen a la cárcel y que permitan satisfacer razonablemente las necesidades preventivas de la pena⁴⁴, lo cual probablemente lleva a excluir del debate a la criminalidad grave y violenta. La otra, evitar otros efectos perniciosos o el efecto de «extensión de la red»: con esta expresión se ha designado el fenómeno consistente en que la implantación de instrumentos nacidos como alternativos a la prisión tiene como efecto secundario la extensión del control al propiciarse la imposición de sanciones o medios de control en casos en los que, de no existir tales teóricas alternativas, no se habría llegado a su imposición. A ello se une la circunstancia de que según aumenta el número de penas

⁴³ Vid. art. 86-4 RP 96).

⁴⁴ Vid. las posibilidades de un enfoque del debate sobre las alternativas a la prisión desde una perspectiva economicista o de eficiencia en la línea del Análisis Económico del Derecho, en la doctrina española, MONTERO SOLER / TORRES LÓPEZ, *La economía del delito y de las penas - Un análisis crítico*, Granada 1998. Vid. asimismo SILVA SÁNCHEZ, *Eficiencia y Derecho penal*, en ADPCP, 1996-I, p. 11-112 y 120-127. Vid., como estudio criminológico de interés, REDONDO y otros, *El cost de la Justicia penal - Privació de llibertat i alternatives*, Barcelona 1997. P. 63 ss y 119 ss.

alternativas impuestas se incrementa el riesgo de un fracaso de las mismas que tenga como consecuencia la imposición y ejecución de una pena de prisión o privación de libertad en términos equivalentes (un buen ejemplo de ello se encuentra en las penas de arresto). Por lo tanto, es posible que la plasmación en un Código de alternativas a la prisión no vaya seguida de una efectiva disminución de la población reclusa, sino incluso lo contrario, de lo cual hay ejemplos concretos en el ámbito comparado⁴⁵. De todas formas, una cosa es ser conscientes de los peligros de tal efecto y prestarle la debida atención y otra muy distinta construir a partir de tal toma de conciencia un discurso de rechazo de las alternativas (o una exagerada crítica de los defectos de cada una de ellas) que acaba teniendo un efecto totalmente conservador, de consolidación de la pena de prisión.

Desde otra perspectiva, se ha llamado también la atención sobre los efectos negativos que puede tener la previsión de un catálogo excesivamente amplio de penas, llegándose a establecer incluso una posible correlación entre aumento de las tipologías de las sanciones alternativas y disminución de las posibilidades de un uso real y adecuado de cada una de ellas, que tendría como efecto la consolidación del monopolio de la cárcel⁴⁶. Cuanto menos ello debe servir para tomar conciencia de los efectos perversos en esta materia de una reforma legal que no vaya acompañada de un consenso entre las Administraciones responsables de la aplicación, ejecución, gestión y financiación del sistema penal y penitenciario respecto a las exigencias de un programa de alternativas a la prisión.

No debe olvidarse que las principales decisiones en materia de penas (sobre todo las de mayor trascendencia) son las que se plasman en la Parte especial del Código. Ahí es donde debe acometerse una cuidadosa comprobación de hasta que punto el legislador ha confiado en las alternativas. Por una parte, ya hemos destacado la existencia de importantes tipos delictivos en los que se ha producido el efecto perverso

⁴⁵ Vid. CID / LARRAURI, *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona 1997, p. 16 ss, siguiendo el denominado «modelo proporcionalista» inspirado en las tesis del *just desert* de VON HIRSCH.

⁴⁶ Vid. PALIERO, C.E., *Per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, RIDPP, 1992, II, p. 556, quien formula tal regla a modo de «teorema maltusiano» y apuesta por un modelo sancionatorio de «oligotipo» frente al de «politipo», en una propuesta orientada hacia un «minimalismo realista».

de agravar la pena de prisión para evitar tener que recurrir a una pena de menor gravedad, dada la renuncia a las penas de prisión de duración inferior a los seis meses. Por otra parte, cabe constatar que no han aumentado, respecto al Código anterior, los supuestos en los que la pena de prisión aparece prevista, según la técnica de la pena alternativa, junto a penas de otra naturaleza, al tiempo que se sigue acudiendo en muchas ocasiones a las penas principales acumulativas, técnica en términos generales poco aconsejable.

En lo que atañe a las penas largas, la frustración de las expectativas de reforma, en la dirección de la desaparición de los encierros largos con un alto potencial desocializador y destructor de la personalidad, ha sido aún más intensa. Es evidente que no es en el ámbito de la criminalidad más grave donde se plantea, según se ha advertido ya, el debate sobre las alternativas a la pena de privación de libertad. Pero junto a esta constatación debe afirmarse que un Derecho penal respetuoso con la dignidad humana no puede cerrar el paso a la posibilidad de que la privación de libertad sirva al objetivo de la resocialización del condenado, algo que obligaba a moderar el rigor punitivo que caracterizaba al anterior Código. La eliminación de las penas de mayor duración quedó ya en 1995 finalmente en una mera declaración teórica, plasmada en el art. 76-1, que establecía un límite máximo de veinte años, límite que resultaba contradicho a renglón seguido al admitirse que la pena de prisión pueda ser de hasta 25 y de hasta 30 años. A ello hay que añadir el efecto de la supresión de la anacrónica institución de la redención de penas por trabajo. Tal endurecimiento se ha visto favorecido por una corriente de opinión preocupada por el cumplimiento efectivo de las penas, ante el uso acumulado y desmesurado de los beneficios penitenciarios. Consecuencia directa de esta preocupación es la LO 7/2003, que modifica determinados artículos del CP en el afán de alcanzar el «cumplimiento íntegro» de las penas, auténtica agresión al sistema penitenciario emandado de la LOPG e inspirado en el art. 25-2 CE⁴⁷.

Los anteriores factores permiten en líneas generales pronosticar que la población reclusa seguirá su evolución ascendente, cuestión que no puede dejar de preocupar si se tiene en cuenta que la tasa de población encarcelada por habitante supera en España la media europea, pese a

⁴⁷ Vid. en general sobre la LO 7/2003 GARCÍA TAMARIT, «La reforma de la ejecución penal», Valencia 2004, «passim».

los progresos que se han conseguido en los últimos años en relación con los presos preventivos⁴⁸.

Tema 3

La relación jurídico penitenciaria

SUMARIO: 1. Nacimiento. 2. Suspensión de la ejecución. 3. Modificación. 4. Extinción: a) El cumplimiento de la pena. b) El indulto. c) Prescripción de la pena. 5. Contenido de la relación de ejecución: 5.1. Organos de ejecución. 5.2. El condenado: sujeto activo y sujeto pasivo. 5.3. Derechos y deberes del interno: a) Derechos. b) Deberes. 5.4. La relación de sujeción especial. 5.5. Responsabilidad penal en el seno de la Administración penitenciaria derivada de la posición de garante de los funcionarios y responsabilidad patrimonial de la Administración. 5.6. Derecho a la intimidad: especial protección de los datos de carácter personal a disposición de la administración penitenciaria.

BIBLIOGRAFÍA: ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano 1990; CANEPA, M./MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 1993; DÍEZ RIPOLLÉS, *Huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, CPC 1987; GARCÍA VALDÉS, *Introducción al Derecho penitenciario español: notas sistematizadas*, en la obra colectiva *Comentarios a la Legislación penal*, Edersa, Madrid, 1986; GREVI, *L'Ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Padova 1988; HINOJOSA SEGOVIA, en la obra colectiva *Derecho procesal penal*, Madrid, 1993; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal - parte general*, 4ª ed. trad. Manzanera Samaniego; LAMARCA PÉREZ, «Régimen penitenciario y derechos fundamentales», en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993; LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid 1994; LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad e intervención medica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre. Intentos de suicidio y de autolesión» en *REP*, nº 238, 1987; MAPELLI CAFFARENA, *Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario*, en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela; MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona 1983; PASTRANA ICART, L.I., *La responsabilidad penal del funcionario de presons: Aspectes ommissius*, Barcelona 1998; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal*, Pamplona 2004; SILVA SÁNCHEZ, *El SIDA en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal*, en la obra colectiva *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona 1993; *Ibidem.*, «Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario: ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la Administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?», en *ADPCP* 1991-II.

⁴⁸ A finales de 2004 se ha alcanzado ya la poco honrosa primera posición en la tasa e población penitenciaria por habitante de los países de la Unión Europea, excluidos los de nueva incorporación. Vid. con mayor detalle sobre el rearme punitivo actual, TAMARIT, «La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, nº 1, 2004.

El número de paquetes que pueden recibir los internos es de dos al mes, con las excepciones que establece el R.P., y su peso no será superior a cuatro kilogramos, de cuyo cómputo se excluirán los libros y publicaciones, así como la ropa.

Se entienden como artículos u objetos no autorizados todos aquellos que pueden suponer un peligro para la seguridad, la ordenada convivencia o la salud, así como las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas salvo prescripción facultativa³³. También quedan excluidos del tráfico los objetos que contienen alcohol, los productos alimentarios, los que exigen para su control una manipulación que implica un riesgo de deterioro y los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del Establecimiento.

³³ Si se ocupan drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se remitirán a la autoridad sanitaria y se pondrá en conocimiento de la Autoridad Judicial tal circunstancia.

Tema 8

Beneficios penitenciarios

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y clases de beneficios penitenciarios. 3. La libertad condicional anticipada. 4. El indulto particular. 5. Breve referencia a la redención de penas por el trabajo: supuestos en los que resulta aplicable. 6. Recompensas.

BIBLIOGRAFÍA: ALARCÓN BRAVO, *Sobre la naturaleza jurídica de la redención de penas*, Universidad de Madrid, 1963; Asociación Profesional de la Magistratura, «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre la normativa penitenciaria vigente», en *Actualidad Penal*, 23, 7-13 de junio de 1993; AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Aranzadi, 1997; BELLO LANDROVE, «La redención de penas y otros incentivos de trabajo penitenciario ante el futuro», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1979; BUENO ARÚS, «El trabajo penitenciario. La Redención de Penas por el Trabajo», *Vigilancia Penitenciaria, Consejo General del Poder Judicial*, 1994. *Ibidem*, «Aspectos sustantivos y procesales de la Redención de penas por el trabajo», *Poder Judicial* n° 8, Madrid, 1983; Colegio de Abogados de Bilbao, «Resumen de las Conclusiones de las Segundas Jornadas Jurídicas sobre la Condición penitenciaria celebradas los días 26 y 27 de junio de 1987», en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 36, mayo-junio de 1987; CUELLO CALÓN, *La moderna Penología*, ed. Bosch, Barcelona, 1958; GARCÍA ALBERTO, R./TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GRACIA MARTÍN/BOLDOBA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, 1998; GARCÍA ARAN, «Los nuevos beneficios penitenciarios: Una reforma inadvertida», en *Revista Jurídica de Cataluña* n° 1, Barcelona, 1983; GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, ed. Civitas, Madrid, 1982; GARCÍA VALDÉS, *Del presidio a la prisión modular*, ed. Opera Prima, 1998; GARRIDO GUZMÁN, *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1984; GONZÁLEZ PASTOR, C. M., «Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, "de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas". Examen de su constitucionalidad», *Actualidad Penal*, XXXIX, 2004; JUANATEY DORADO, «Criterios reguladores de la concesión y pérdida de la redención de penas por el trabajo», *Vigilancia penitenciaria, Poder Judicial*, número especial, quinta ponencia, 1986; MANZANARES SAMANIEGO, «La redención de penas por el trabajo y su aplicación por los Jueces de Vigilancia», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, número 236, 1986; *Ibidem*, «El cumplimiento íntegro de las penas», *Actualidad Penal*, VII, 2003; MAPELLI CAFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983; MAPELLI CAFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 1996; RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspec-*

tiva judicial, Dykinson, 1999; RÍOS MARTÍN, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Colex, 1998; RODRÍGUEZ ALONSO, *Lecciones de Derecho penitenciario. Adaptadas a la normativa legal vigente*, ed. Comares, Granada, 1997.

1. INTRODUCCIÓN

La legislación penitenciaria prevé la concesión de determinados beneficios penitenciarios que suponen un efectivo acortamiento de la condena, reduciéndose así el tiempo de privación de libertad impuesto en la sentencia¹.

Antes de abordar este importante tema debe tenerse en cuenta que el ordenamiento penitenciario se vio substancialmente modificado con la entrada en vigor del nuevo Código penal que suprimió el beneficio penitenciario más importante y con más tradición en España: la redención ordinaria de la pena por razón de trabajo.

La supresión de la institución de la redención de penas por el trabajo responde esencialmente a la pretensión del legislador de *acercar el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena al «quantum» de pena realmente impuesto*². Este lógico deseo resultaba, conforme al anterior régimen de beneficios, si no imposible, difícil de obtener, puesto que de forma «automática» (por aplicación de lo dispuesto en el art. 100 anterior CP) se recortaba la condena en un tercio. Aunque para obtener el beneficio de la redención de penas por trabajo era necesario llevar a cabo trabajo en el ámbito penitenciario, en la práctica, con independencia de que efectivamente el interno desempeñara trabajo alguno en el Establecimiento, por cada dos días de trabajo se descontaba (se abonaba) uno de prisión, lo que generaba una absoluta discrepancia, casi siempre, entre el tiempo de prisión impuesto en la sentencia y el efectivamente cumplido por el recluso. Esta automático recorte de la pena se veía en no pocas ocasiones ampliado cuando se reconocía la posibilidad al interno de redimir de forma *extraordinaria*. En este último caso podía llegarse

¹ Se muestra crítico con la denominación de «beneficios penitenciarios» F. RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario* ...; ob. cit., pág. 219 CP, quien prefiere referirse a ellos como derechos subjetivos o beneficios-derechos.

² Publicada en la obra de LUÍS FERNÁNDEZ ARÉVALO y BORJA MAPELLI CAFFARENA, en su obra *Práctica forense penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

a redimir un día de prisión por cada día de trabajo, hasta un máximo de 175 días.

Esta situación, que había sido criticada reiteradamente por la doctrina se vio definitivamente truncada con la entrada en vigor del nuevo Código penal y la aprobación del Reglamento penitenciario hoy vigente. En la actualidad los beneficios penitenciarios han quedado reducidos a dos: 1) el adelantamiento de la libertad condicional³ y 2) la solicitud de indulto particular (arts. 202 a 206 RP).

En relación a esta cuestión, la reciente reforma del CP (L 7/2003, de 30 de junio) introduce también algunas novedades, que si bien no afectan al sustrato de esta institución, sí suponen la incorporación de restricciones en su aplicación. En este sentido debe señalarse que, según lo dispuesto en el art. 78 CP, para la concesión de beneficios penitenciarios, en los supuestos del art. 76 a), b), c) y d) CP, cuando la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el computo para la conversión de la libertad condicional anticipada deberá realizarse tomando en consideración la suma total de las penas impuestas. Además, en el citado precepto —art. 78 CP— se excluye de forma definitiva la posibilidad de otorgar beneficios penitenciarios en los supuestos de terrorismo o de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

2. CONCEPTO Y CLASES DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Los beneficios penitenciarios son un elemento de vital importancia para el recluso, dado que implican un acortamiento de la condena. Ello induce al interno a cumplir los requisitos que faciliten la consecución de la libertad en un periodo de tiempo más corto. Pero además de ese modo se logra también de forma indirecta la conducta del interno se adecue al régimen penitenciario que le corresponde, facilitándose de ese modo una mejor y más fácil convivencia en el Centro.

³ Las normas relativas a la libertad condicional, en general (art. 90 CP) y a la libertad condicional anticipada (art. 91 CP), en particular, se ha visto modificadas con la L 7/2003. Sobre esta cuestión vid. ampliamente GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la ejecución penal», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 90 y ss. Vid. supra tema 14.

Bueno Arús define los beneficios penitenciarios como «aquellos mecanismos jurídicos que permiten el acortamiento de la condena (redención de penas por el trabajo, indulto), o, al menos, el acortamiento de su reclusión efectiva (libertad condicional)»⁴. Aunque algunos autores han pretendido incluir entre los beneficios penitenciarios los permisos de salida y la prisión abierta, el sentido de la norma no permite abarcar estos dos últimos aspectos.

La fundamentación jurídica de los beneficios penitenciarios se halla en los principios de reeducación y reinserción social que inspiran la aplicación de la pena, en virtud del mandato constitucional del art. 25.2. Históricamente se ha comprobado que la existencia de una serie de beneficios que estimulen al penado para mejorar su condición dentro del ámbito penitenciario, es uno de los elementos indispensables para la consecución de la pretendida reintegración del recluso en la vida libre.

Con carácter general podría convenirse que los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de individualización de la condena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno encaminados a conseguir la reeducación y reinserción social. Por ello la propuesta de beneficios penitenciarios requiere en todo caso la ponderación razonada de los factores que la motivaron, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, de trabajo, participación del interesado en su obtención en actividades de reeducación y reinserción social y, por último, una evolución positiva en el proceso de reinserción.

En conclusión, los beneficios penitenciarios constituyen un elemento regimental importantísimo para la buena marcha del establecimiento penitenciario, en la medida en que el estímulo es fundamental para lograr la convivencia ordenada en cuyo marco se desenvuelven todas las actividades penitenciarias⁵.

⁴ La importancia de la economía como elemento determinante para el desarrollo de la política penitenciaria, es analizada por Luis Garrido Guzmán en su estudio *Régimen Penitenciario*, incluido en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, obra de varios autores (Bueno Arús, De la Cuesta Arzamendi, García Valdés, Garrido Guzmán, Manzanares Samaniego y Mapelli Caffarena), Universidad de Alcalá de Henares, 1989, págs. 61 y ss.

⁵ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentario a la legislación penitenciaria*, Ed. Civitas., Madrid, 1982, pág. 141.

A través de la previsión legal (art. 46 LOGP y 202 y ss RP) se da cumplimiento además a la regla 70 de las Reglas Mínima de la Naciones Unidas, donde se establece que: «En cada centro ha de instituirse un sistema de privilegios adaptados a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de propiciar una buena conducta, desarrollar el sentido de la responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en aquello que hace referencia a su tratamiento»⁶.

3. LA LIBERTAD CONDICIONAL ANTICIPADA

En la última fase de cumplimiento de la condena, es posible obtener la libertad condicional (vid. tema 14). Esta forma de cumplimiento supone la obtención adelantada (excarcelación) de la libertad hasta la finalización total de la condena. Los requisitos para que un penado pueda disfrutar de la libertad condicional (arts. 90, 91 y 92 CP reformados por la L 7/2003 de 30 de junio) son:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta
- c) Que haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Este requisito queda en la actualidad condicionado a que, el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

De cumplirse esos requisitos el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá decretar la libertad condicional, y de ese modo, obtener el penado la libertad, pese a no extinguirse la pena hasta el cumplimiento del tiempo que resta de la condena.

Junto a la previsión de la libertad condicional, el Código penal reconoce al penado la posibilidad de obtener, de forma anticipada, esta libertad condicional. En la actualidad, y tras la reforma operada por la

⁶ Vid. *Normativa Penitenciaria Internacional*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1991.

L 7/2003, de 30 de junio, son dos las situaciones que permiten acceder a tal beneficio penitenciario (art. 91.1 y 2 CP), a saber:

La primera, dispuesta en el primer párrafo del art. 91 CP, se dará en aquellos casos en los que el sentenciado cumpla dos de los requisitos requeridos con carácter general para obtener la libertad condicional: 1) se encuentre clasificado en tercer grado, 2) haya observado buena conducta. Junto a estas condiciones se exige, además, que haya extinguido las dos terceras partes de la condena —no se requiere en este supuesto haber extinguido las tres cuartas partes como ocurre con la libertad condicional ordinaria— y haya desarrollado de forma continuada actividades laborales culturales u ocupacionales.

Uno de los principales problemas que plantea esta forma de libertad condicional, al margen de los genéricos que plantea esta institución, radica en la dificultad de prueba de la realización de las actividades laborales, culturales u ocupacionales. En principio pudiera parecer que esta cuestión se encontraba resuelta, puesto que el art. 131.5 RP establece la obligación de inscribir en una cartilla las actividades de esta naturaleza. No obstante, y pese a la existencia de una obligación taxativa por parte de la Administración penitenciaria en la práctica la prueba de la realización de estas actividades se lleva a cabo a través de lo dispuesto en la Circular 7/1996 que establece el siguiente proceso de acreditación: «Semestralmente se estudiará por la Junta de Tratamiento la participación de los internos en las actividades laborales, culturales u ocupacionales, emitiendo una valoración de las mismas a efectos de un futuro adelantamiento de la libertad condicional. Esta valoración, cuando fuese positiva, será comunicada al interno y de ella quedará reflejo en el expediente personal y en el protocolo»⁷.

De cumplirse estos requisitos el Juez de Vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal y la Administración penitenciaria podrá conceder anticipadamente la libertad condicional, y someterla si, lo creyera oportuno, a una o varias de las reglas de conducta a las que se refiere el art. 90 CP.

Las modificaciones a las que se ha visto sometido esta primera forma de obtener anticipadamente la libertad condicional se concretan en dos,

⁷ Se muestra muy crítico con el método de prueba impuesto en la circular citada, RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario*, ob. cit., págs. 279 y ss

por un lado, como indica TAMARIT SUMALLA⁸, el incremento de la capacidad de la Administración penitenciario para incidir en esta cuestión, al requerirse para su concesión por el órgano jurisdiccional, el previo informe de la Junta de Tratamiento. Por otro, la exclusión absoluta de la posibilidad de obtener anticipadamente el beneficio de la libertad condicional por parte de aquellos penados que hallan cometido delitos de terrorismo (sección segunda del capítulo V del Título XXII del Libro II CP) o que actúen en el seno de organizaciones criminales. En realidad, y pese a lo absolutamente criticable de esta decisión, no puede sorprender la inclusión de una nueva restricción para esta clase de criminalidad, puesto que ése parece ser el «*laif motive*» que inspira una gran parte de las reformas introducidas por la L 7/2003⁹.

La segunda, dispuesta en apartado segundo del art. 91 CP, ha sido incorporada «ex novo» por la L 7/2003¹⁰. Esta nueva forma de obtener la libertad condicional anticipadamente requiere, al igual que la anterior, que el penado se encuentre clasificado en tercer grado y que haya observado buena conducta. De concurrir ambas circunstancias el penado podrá obtener la libertad condicional descontado 90 días por cada año efectivo de condena cumplido, a partir del momento en que se haya extinguido la mitad de la condena. Para obtener esta nueva modalidad de libertad condicional anticipada se requiere además que el penado haya desarrollado continuamente actividades laborales culturales u ocupacionales (al igual que en el supuesto anterior) y que haya participado o participe de forma favorable en programas de reparación a las víctimas o en programas de tratamiento o desintoxicación.

Este último requisito se entenderá cumplido cuando se haya satisfecho la responsabilidad civil o cuando la misma se esté abonando de forma

⁸ Vid. críticamente sobre la reducción del poder de decisión de la jurisdicción TAMARIT SUMALLA, en GARCÍA ALBERO, TAMARIT SUMALLA, «La reforma...», ob. cit., pág. 96. En relación a esta cuestión se muestra partidario de admitir la posibilidad de concesión de la libertad condicional anticipada también en aquellos supuestos en los que el informe del Equipo Técnico fuera negativo, vid. RIOS MARTÍN, JC, «Manual de ejecución...», ob. cit., 3.ª ed., págs. 195 y 196.

⁹ Vid. críticamente *Ibidem*, págs. 106 y ss.

¹⁰ Como ha indicado TAMARIT SUMALLA, en GARCÍA ALBERO/TAMARIT SUMALLA, «La reforma...», ob. cit., págs. 110 y 111, esta nueva modalidad de libertad condicional es de los pocos aspectos que no supone un endurecimiento de las condiciones para obtener la libertad condicional, pero que sin embargo se inscribe en la línea político criminal «premier» en la que se sitúa la reforma.

parcial o incluso cuando pueda asegurarse el cumplimiento de planes de reparación que puedan pactarse en ese momento. Este requisito quedaría plenamente cumplimentado, por otra parte, también en los supuestos en los que cuando el penado se encuentre sometido a cualquier tipo de programa de tratamiento desintoxicación (por ejemplo, los programas libre de drogas o de reducción de riesgos con metadona).

Al igual que en la primera de las modalidades de libertad condicional anticipada (art. 91.1 CP), en los supuestos ahora analizados se excluye de forma absoluta la posibilidad de acceder a este beneficio penitenciario a las personas que hayan cometido delitos de terrorismo o en el seno de una organización criminal.

Los trámites para la concesión de estas dos formas de libertad condicional, así como las causas de su revocación coinciden con las señaladas para la concesión ordinaria de la libertad condicional¹¹.

4. INDULTO PARTICULAR

Corresponde a la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, solicitar al Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación del indulto particular, es decir, proponer la concesión del indulto al Consejo de Ministro único órgano con competencia para otorgarlo¹².

El indulto particular que puede, de cumplirse los requisitos que después se señalarán, solicitar el Juez de Vigilancia Penitenciaria no requiere, como trámite preceptivo, que el Tribunal Sentenciador emita un informe favorable a su concesión, como así se requiere en la Ley de 1870 reguladora del indulto. Tal y como señala RACIONERO CARMONA el indulto aquí analizado no es tanto expresión del derecho de Gracia como el resultado de la evolución del tratamiento del penado. Se trata, como indica el citado autor, de una cuestión en principio absolutamente independiente y desvinculada del delito cometido¹³.

¹¹ Vid. ampliamente sobre esta cuestión infra. Tema 14.

¹² Sobre la tramitación, requisitos y demás circunstancias formales en materia de indulto vid. Ley de 18 de julio de 1870.

¹³ Vid. F. RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario* ..., ob. cit., pág. 293.

Los requisitos que debe cumplir el interno para que pueda elevarse esta petición son:

1) Haber tenido de forma continuada y extraordinaria durante dos años «buena conducta».

2) Haber desempeñado una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el exterior que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad, también de forma continuada durante dos años.

3) Participar en las actividades de reeducación y reinserción social con el mismo requisito de tiempo y continuidad que las anteriores.

El indulto propuesto por la Junta de Tratamiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria puede tener la extensión que «aconsejen las circunstancias». Esto es, la solicitud de indulto podrá realizarse por el total de la pena que le queda al interno por cumplir o únicamente por una parte. Ello dependerá, puesto que nada dice el art. 206 RP, de la valoración que del mismo realicen los órganos penitenciarios competentes para la solicitud e informe del indulto.

5. BREVE REFERENCIA A LA REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO: SUPUESTOS EN LOS QUE RESULTA APLICABLE

Como consecuencia de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, como ya indicábamos al inicio del tema, se suprime el beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo. No obstante, la Disposición Transitoria 2ª de dicho Código establece: «las disposiciones sobre reducción de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso será oído el reo».

Como consecuencia de esta previsión legal coexisten todavía hoy dos regímenes de beneficios penitenciarios, por un lado, los derivados del nuevo Código penal y reglamento penitenciario —a los que nos hemos referido hasta el momento— y, por otro, los dispuestos en el anterior Código penal y reglamento penitenciario (art. 100 CP de 1973 y 65 a 73 del Reglamento de Servicios de Prisiones (en adelante RSP) que tende-

rán paulatinamente a desaparecer. Esta situación nos obliga a examinar, aunque de forma sintética, la situación anterior por lo que a la redención de penas por trabajo se refiere.

El Código penal de 1973 y el RSP preveía dos tipos de redenciones por el trabajo: la ordinaria (art. 100 CP de 1973) y la extraordinaria (arts. 71 RSP).

La redención *ordinaria* de penas por el trabajo permitía reducir la pena en una tercera parte, puesto que de cumplirse los requisitos que se indicarán, el interno trabajador podía descontar de la pena impuesta un día por cada dos de trabajo, siempre que ello fuera aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Los requisitos para la obtención de la redención de penas por el trabajo se establecían en el art. 100 CP de 1973, y eran los siguientes:

a) Debía tratarse de penados condenados en sentencia firme. Ello permitía que retroactivamente pudiera aplicarse la redención por el trabajo a partir de la fecha de firmeza de la sentencia.

b) La pena privativa de libertad había de ser superior al arresto menor. En cuanto a los supuestos de concursos de delitos, debía tomarse como punto de partida la pena resultante de los criterios de acumulación que establecen los arts. 70 y 71 del CP de 1973.

c) Debía realizarse un trabajo, ya sea dentro o fuera del establecimiento. Agrias disputas se habían suscitado sobre la posibilidad de que el mero esfuerzo intelectual pudiera ser motivo para la concesión de este beneficio. Al respecto, el art. 72.1 del Reglamento de Servicio de Prisiones (en adelante RSP) decía que «la redención de la pena por el esfuerzo intelectual podrán obtenerla los penados por los siguientes conceptos:

1º. Por cursar y aprobar las enseñanzas religiosas o culturales establecidas y organizadas por el Centro Directivo.

2º. Por pertenecer a las agrupaciones artísticas, literarias o científicas del Establecimiento penitenciario.

3º. Por desempeñar destinos intelectuales.

4º. Por la realización de producción original, artística, literaria o científica».

d) El requisito de no quebrantamiento de la condena o de no intentar quebrantarla, establecido en el art. 100.1 del CP de 1973 debía complementarse con el art. 73.1 del RSP donde se afirmaba que «el beneficio de redención de penas por el trabajo se perderá cuando se realice un intento

de evasión, con independencia de que se consiga o no dicho propósito, quedando en este caso inhabilitado para redimir en lo sucesivo».

e) La reiterada mala conducta por parte del interno durante el cumplimiento de la condena, a la que se refería el art. 100.2 del CP de 1973, se interpretaba en el sentido de lo dispuesto en el art. 65.3 B del RSP donde se establecía que «no podrán redimir penas por el trabajo en la causa que se encuentren cumpliendo los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la misma. Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores». En la misma línea, el art. 73.2 del RSP decía que «el beneficio de la redención de penas por el trabajo se perderá por la comisión de dos faltas graves o muy graves. El penado podrá ser rehabilitado y continuar redimiendo una vez que le haya sido invalidada de su expediente la anotación de la falta conforme al art. 116 y previa aprobación del Patronato a propuesta de la Junta de Régimen. Los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes» (la referencia al «Patronato» debe sustituirse por la mención de «los Jueces de Vigilancia»).

En cuanto a la redención *extraordinaria* a tenor de lo dispuesto en el art. 71 del RSP, las redenciones extraordinarias podían concederse por los siguientes motivos:

a) Horas extraordinarias de los penados.

b) Comportamientos dignos de elogio por parte del penado.

c) Se admiten también redenciones extraordinarias por motivos de especial laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo, a propuesta de la Junta de Régimen con el límite de uno por cada día de trabajo y de 175 por cada año de cumplimiento efectivo de la condena.

Un interno podía llegar a obtener en un sólo año de cumplimiento efectivo de la pena, un máximo de 250 días gracias a las redenciones extraordinarias, teniendo en cuenta el máximo de 182 días y medio que podía obtener anualmente vía redenciones ordinarias.

I. DEBERES LEGALES DEL INTERNO

6. RECOMPENSAS

La previsión legal en materia de recompensas (art. 46 LOGP) se ve concretada en el art. 263 RP que establece: los actos que pongan de manifiesto buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsa-

del Ministerio de Justicia, núm. 1389, 15 de junio de 1985; DOÑATE MARTÍN, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Jornadas sobre Privaciones de libertad y Derechos Humanos, Jueces para la Democracia, Madrid, 1987; «Problemas generales de la jurisdicción de Vigilancia», en AAVV, *Vigilancia Penitenciaria* (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria), CGPJ, Madrid, 1994; FERRERAS CASTRILLO, *Algunas consideraciones generales sobre la situación actual de las relaciones entre los Jueces de Vigilancia y la Administración Penitenciaria*, Revista de Estudios Penitenciarios, n° 236, 1986; GONZÁLEZ CANO, «Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia y la ejecución de la pena privativa de libertad: Aproximación al proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria», *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm 49, 1998; JAEN VALLEJO, *El Juez de Vigilancia*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados, n° 6, Madrid, noviembre-diciembre 1982; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Recursos contra las decisiones del juez de vigilancia penitenciaria*, en Poder Judicial, núm especial 3, págs. 149 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, *La problemática actual del Juez de Vigilancia*, en Revista de Estudios Penitenciarios, n° 232-235, 1981; *Ibidem*, *Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los Jueces de Vigilancia*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXXVII, fasc. I, 1984; *Ibidem*, *Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos*, en Revista de Estudios Penitenciarios, 1-1989; *Ibidem*, *El Juez de Vigilancia*, Lecciones de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares, 1985; MANZANARES SAMANIEGO/ORDÓÑEZ, «Competencia para conocer la apelación contra los autos de los jueces de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de la pena, con particular referencia a la clasificación en tercer grado», en *Actualidad Penal*, núm 31, agosto-septiembre 1998; MARTÍN CANIVELL, Título V: *Del Juez de Vigilancia. Introducción*, en Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria. Tomo VI, vol 2º, 1986; *Ibidem*, *Del Juez de Vigilancia: Atribuciones*, en Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria. Tomo VI, vol. 2º, 1986; *Ibidem*, *Del Juez de Vigilancia. Propuestas de organización* en Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria. Tomo VI, vol. 2º, 1986; *Ibidem*, *Del Juez de Vigilancia. Cuestiones orgánicas, procedimiento y residencia* en Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria. Tomo VI, vol. 2º, 1986; *Ibidem*, *La disposición transitoria primera* en Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria. Tomo VI, vol. 2º, 1986; MORAL GARCÍA, *Recurribilidad de las resoluciones del Juez de Vigilancia* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1389, Madrid, 1985; MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 2ª ed. Madrid, 1997; PÉREZ-TEMPLADO JORDAN, *Los recursos ante los jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Ponencia en IV Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Poder Judicial, n° especial III: Vigilancia Penitenciaria, 1988; RACIONERO CARMONA, «El Juez de Vigilancia Penitenciaria», en *EG*, núm. 12, 1998; *Ibidem*, «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia. Competencias y conflictos, en Vigilancia Penitenciaria (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria) CGPJ, Madrid, 1996; REIGOSA GONZÁLEZ, *Recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia* Revista de Estudios Penitenciarios, n° 236, 1986; ROIG BUSTOS, *Las formas y la impugnabilidad de las resoluciones del Juez de Vigilancia*, Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca, 1982; RUIZ VADILLO, *La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XXXII, fasc. 1, Madrid, 1979; *Ibidem*, *Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia*

Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la institución en I Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1988; TOME GARCÍA, *Recursos contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria* Actualidad Penal, n° 19, mayo 1988; TORRECILLA COLLADA, «Veinte años de vigencia de la LOGP. El juez de Vigilancia Penitenciaria: necesidad de algunas reformas», en *REP* núm 28, 2000; TORRES ENRIQUE, *Relaciones entre la Justicia y la Administración Penitenciaria. El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n° 1, 1987.

1. LA INTRODUCCIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN LA LOGP. CAUSAS

Hasta la introducción, por primera vez en nuestro país, de la figura del Juez de Vigilancia en la LOGP, la ejecución de las penas privativas de libertad estaba en las manos de las autoridades administrativas, finalizando la intervención de la Justicia, sustancialmente, con la sentencia condenatoria. Pese a la existencia de preceptos como los arts. 984 y 985 de la Lecrim, que atribuyen la ejecución de las sentencias penales al órgano jurisdiccional encargado de su enjuiciamiento, es lo cierto que la jurisdicción «se despedía del reo en la puerta del penal», en gráfica expresión de MANZANARES. Efectivamente, la intervención del tribunal sentenciador se contraía a la adopción de las medidas necesarias para que el condenado ingresase en el establecimiento penitenciario (art. 990 Lecrim), y sólo volvía a intervenir para aprobar el licenciamiento definitivo del recluso y su excarcelación; excarcelación ésta que podía haberse producido con anterioridad merced a la obtención de la libertad condicional, cuya concesión tampoco era decidida por el tribunal sentenciador ni, en puridad, por órgano jurisdiccional alguno, sino por un órgano mixto de composición heterogénea¹.

En el ínterin, y pese a determinadas facultades previstas en nuestra ley procesal², las circunstancias reales de la ejecución de la pena eran

¹ Órgano constituido por el Presidente de la Audiencia, el Fiscal Jefe, el Magistrado de mayor antigüedad en el escalafón, el Director del Centro Penitenciario, un párroco y un vecino, que según la época podía llegar a ser nombrado por el Gobernador Civil correspondiente. Cfr. FERNÁNDEZ ARÉVALO/MAPELLI, *Práctica Forense Penitenciaria*, 1995 p. 20.

² Así, las facultades de inspección previstas en el párrafo 3º del art. 990 LEcrim, no desarrolladas legal ni reglamentariamente, o las visitas periódicas previstas en el art. 526 del mismo cuerpo legal, constreñidas a los presos preventivos.

decididas por la Administración, de quien dependía, en su suma, no sólo la *intensidad* de la pena, determinada por el régimen, sino también su concreta *duración*, a través del otorgamiento de beneficios que la redujeran. Pudo por ello decirse que los Tribunales transferían a la Administración unas «penas en blanco»³ que luego eran posteriormente concretadas e individualizadas sin control jurisdiccional. La mencionada situación pugnaba sin duda con el mandato constitucional que atribuye al Poder judicial el juzgar y «hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117. 3 CE), aspecto este último que si bien no hay que confundir con la ejecución «por sí» de lo juzgado, sí que impone el control de los elementos esenciales que definen la propia pena, y que más allá de su duración nominal, afectan a su *contenido e intensidad*.

No se trata por ello, solamente, de controlar externamente una función, la de ejecutar materialmente la pena, encomendada a la Administración penitenciaria. Si se tratara de un problema de mero control, nuestra Ley podría haber optado por diversos modelos, incluso no necesariamente jurisdiccionales. En este tema, las reglas penitenciarias internacionales no contienen criterios específicos sobre los órganos encargados de controlar los establecimientos, ni mucho menos que éste sea de tipo judicial⁴. Por otra parte, hay que señalar que el control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria, a través de Jueces especializados *ratione materiae*, no constituye precisamente una constante en el panorama jurídico comparado. Salvo países como Brasil, Italia o Francia⁵, la figura del Juez de Vigilancia es

³ MANZANARES SAMANIEGO, *La problemática actual del Juez de Vigilancia*, p. 8

⁴ En efecto, tan sólo se reconocen el derecho de queja de los internos (RM 36 y R. Europea 42) frente a las autoridades competentes (penitenciaria o judicial), así como la necesidad de que exista una inspección de prisiones que será designada, igualmente, por las autoridades competentes en la materia. Sobre el particular, GARCÍA ARAN/ DE SOLA, *Legislació penitenciària europea comparada*, p. 30. Incluso la Regla 56.2 del Consejo de Europa (Resolución 73/5), a la que se señala como inspiradora del sistema del Juez de Vigilancia, contiene en realidad la exigencia de un control *externo* a la propia Administración penitenciaria, pero sin que necesariamente haya de adoptar la forma de un juez: «El respeto a los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración penitenciaria.» Sobre la influencia de dicha regla, vid., ORTEGA LLORCA, *El Juez de Vigilancia*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho, I 1982, p. 193.

⁵ Sobre los antecedentes de dicha figura así como las diversas variantes que adopta en diversos países, puede consultarse ALONSO DE ESCAMILLA, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1985, pp. 35 y ss.

generalmente desconocida. Las razones por las que nuestra LOGP ha optado por esta vía trascienden, por ello, a un puro problema de control externo, y pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) En primer lugar, y como ya ha sido advertido, la pena de prisión, incluso más que por su duración nominal, se define por su propio *contenido* concreto, que puede variar sustancialmente dependiendo de circunstancias tales como el régimen —piénsese en el denominado régimen abierto— y experimentar un acortamiento de su duración real, bien por la aplicación de beneficios, bien por la concesión de la libertad condicional. Por todo ello, el proceso de *individualización* de la ejecución de pena precisa de un efectivo control jurisdiccional, que haga realidad el mandato constitucional dirigido al Poder Judicial de juzgar y «hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3).

b) A ello se añade que la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los reclusos obliga también al mencionado control, si quiere hacerse realidad el principio consagrado constitucionalmente, conforme al cual, el ingreso en prisión del condenado no despoja a éste de más derechos que aquellos que se determinen expresamente en el fallo condenatorio, los que deriven del sentido de la pena, y los expresados por la Ley penitenciaria (art. 25.2 CE).

c) Finalmente, se ha apelado también, como razón que avala el control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad, al principio de subordinación de la Administración a la legalidad y al control de la misma por los Tribunales (art. 106.1 CE)⁶.

Al propósito de *judicializar la ejecución de la pena* privativa de libertad trata de responder la LOGP, instituyendo la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, con atribuciones para «hacer cumplir la pena impuesta y resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos». (art. 76. 1). Función ésta que supone el reforzamiento de la garantía de ejecución propia del principio de legalidad. El Juez de Vigilancia, asume así, por un lado, las escasas competencias que habían sido atribuidas al Tribunal Sentenciador, relativas al control de la ejecución propiamente dicha, y el resto de competencias derivadas de la extensión en la jurisdiccionalización de dicho control. A esta función responde, en primer lugar, la resolución sobre propuestas de libertad condicional de

⁶ Véase STC 73/1983, de 30 de julio.

los penados (art. 76.2 b); la aprobación de las propuestas que formulen los establecimientos penitenciarios que puedan suponer un acortamiento de la condena (art. 76.2 c); la resolución de los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones o regresiones en grado (art. 76.2 f) y en definitiva «todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores» (art. 76.2 a).

Pero junto a esta faceta, la LOGP ha confiado en los Jueces de Vigilancia una función de control jurisdiccional de los actos de la Administración penitenciaria que afecten a los derechos fundamentales del interno, o a sus derechos y beneficios penitenciarios. Así lo establece el art. 76.1 de la Ley, cuando les atribuye como misión «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse». Se trata ésta de una función que trasciende del marco estricto de la ejecución penal, puesto que se proyecta no sólo al caso de cumplimiento de condenas, sin a todos los internos —incluyendo los detenidos judicialmente y los preventivos—, y que se fundamenta en la necesidad de garantizar sus derechos individuales, de los que goza plenamente con excepción de los expresamente limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la ley (art 25.2 CE). Control que se extiende a toda cuestión relativa al régimen y tratamiento que pueda tener incidencia en los derechos del interno, y que por tratarse de cuestiones administrativas su impugnación habría de corresponder, de no existir el Juez de Vigilancia, a la jurisdicción contencioso administrativa⁷. A esta segunda gran función tutelar de derechos corresponden una serie de atribuciones, como son la aprobación de las sanciones de aislamiento en celda superiores a catorce días (art. 76.2 d); la resolución por vía recurso de las reclamaciones contra las sanciones disciplinarias (art. 76.2 e); la resolución de las peticiones y quejas formuladas en relación con los derechos fundamentales o derechos y beneficios penitenciarios afectados por el régimen o el tratamiento (art. 76.2 g).

⁷ De esta forma, el Juez de Vigilancia asume funciones que correspondían anteriormente a la Administración penitenciaria (arts. 76.2 c) d) g) y j); y funciones que tenían encomendadas las Salas de lo contencioso-administrativo (arts. 76.2 e) y f). Sobre tal distinción, vid., ORTEGA LLORCA, *El Juez de Vigilancia*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Baleares, I 1982, pp. 196 y ss.

2. NATURALEZA DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA Y DELIMITACIÓN RESPECTO DE LAS ATRIBUCIONES DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

La doble función que realiza en Juez de Vigilancia no significa que respecto a la primera —ejecución—, se trate de funciones jurisdiccionales delegadas o prorrogadas del tribunal sentenciador, mientras que sólo respecto a las segundas —velar por los derechos de los internos— ostente jurisdicción propia. Como consecuencia del art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede decirse que el Juez de Vigilancia viene a *suced*er tras la sentencia firme, y con jurisdicción *propia*, al Tribunal Sentenciador⁸.

Del mismo modo, el que alguna de sus funciones sea de dudosa naturaleza jurisdiccional, como algunas de vigilancia genérica —visitas (art. 76.2 h)— o consultivas —así, la realización de propuestas del art. 77 LOGP⁹— no significa que nuestro Ordenamiento haya configurado una institución de naturaleza híbrida —administrativo-judicial—, al estilo francés¹⁰. La naturaleza puramente jurisdiccional de dicho órgano, integrado en el orden penal, según señala el mencionado art. 94 LOPJ, es indiscutida.

Pero la amplia atribución de facultades, de diversa naturaleza, efectuada en el art. 76 LOGP, unida a una cierta indefinición de las mismas, ha provocado no poca confusión en lo que se refiere a la línea

⁸ Como afirma DOÑATE MARTÍN, («Problemas generales de la Jurisdicción de Vigilancia», en VII *Reunión de jueces de Vigilancia penitenciaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994) el juez de vigilancia «actúa por sí y no por delegación de los órganos sentenciadores».

⁹ Así denomina dicha competencia GARRIDO GUZMÁN, *Manual de Ciencia penitenciaria*, 1983, pp. 440 a 442.

¹⁰ El tema ha sido objeto de gran polémica doctrinal, dadas las heterogéneas funciones atribuidas al Juez de Vigilancia, sobre el particular puede verse, GIMENO GÓMEZ, *Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*, en Revista de Derecho procesal iberoamericana, nº 1, 1982, pp. 44 y ss.; MONTES REYES, *Administración y Jurisdicción en la ejecución de penas*, en Revista de Derecho procesal iberoamericana, nº 1, 1982, pp. 90 y ss.; ORTEGA LLORCA, *El juez de Vigilancia*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Baleares I, 1982, p. 193; MANZANARES SAMANIEGO, *Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos*, REP, 1, 1989, pp. 120 y ss. Una vigorosa defensa del carácter neta y exclusivamente judicial, puede verse en DOÑATE MARTÍN, *Problemas generales de la jurisdicción*, cit., pp. 23 y ss.

divisoria entre las competencias del Juez de Vigilancia y las que corresponden a la Administración penitenciaria. En otros términos, hasta dónde alcanza el control del Juez sobre el ejercicio de las potestades administrativas. Porque, en efecto, corresponde a la Administración, con su infraestructura, la *organización* e inspección de las instituciones penitenciarias, como señala el art. 79 de la LOGP. Por tanto, el sistema de organización y relaciones de convivencia en el interior del establecimiento viene conferido a la Administración. Ahora, bien, como quiera que la defensa y garantía de los derechos y beneficios está encomendada al Juez de Vigilancia, fácilmente se comprenderá que en muchos casos, tal cometido no puede llevarse a cabo sin incidir en aspectos organizativos y actividades que por principio están atribuidos a la Administración. En otros términos: el Juez de Vigilancia se convierte en garante del propio funcionamiento del establecimiento, en la medida en que afecte directamente a los derechos y beneficios de los internos. Fruto de la tensión mencionada, que anida en la propia configuración competencial son, respectivamente, los arts. 76 g) y 77 de la LOGP.

En efecto, el artículo 77 confía a los Jueces de Vigilancia la formulación de propuestas a la Dirección General de Instituciones penitenciarias, relativas a la «organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto». Según algún sector de la doctrina, bajo la apariencia de una atribución competencial, el artículo 77 está en realidad definiendo negativamente los límites de la actuación judicial, señalando lo que queda fuera de su actividad propiamente jurisdiccional, por tratarse de materias confiadas a la Administración. Dicha interpretación vendría a integrar sistemáticamente lo preceptuado por el art. 76 g), cuando encomienda a los Jueces de Vigilancia «acordar lo que proceda sobre peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos». «Acordar lo que proceda» no significaría otra cosa que remitirse a algunas de las competencias específicamente atribuidas al Juez de Vigilancia, y por tanto, y tratándose de las materias enumeradas en el art. 77, *eleva la correspondiente propuesta*, pero sin poder decisorio sobre la cuestión.

Frente a tal interpretación, que vendría a limitar considerablemente las facultades de control por parte del Juez de Vigilancia, la praxis ha ido imponiendo, con diversas matizaciones, la opinión contraria, expresada ya por los jueces de Vigilancia penitenciaria en su reunión de 1985: «acordar lo que proceda supone la atribución específica para resolver en todo caso acerca de las situaciones en que los derechos aludidos puedan verse afectados, sin más límite que el principio de legalidad y que lo ordenado sea razonablemente posible y no produzca un grave problema de seguridad u orden público.» Como advierte la Sentencia de 9 de julio de 1986, por la que se resuelve el conflicto de jurisdicción número 10/1986 planteado por la Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Barcelona, «considerar que tal precepto (el art. 77 LOGP) expresa y acuña cerradamente la configuración del Juez de Vigilancia supone tanto como desconocer el propio aliento con el que la institución es concebida por el legislador, así como desdeñar, sumiéndolos en la inoperancia, las previsiones del artículo 76 de la propia ley»¹¹. En cualquier caso, y más allá de esta declaración genérica de no entender vetada *tout court* la posibilidad de que el Juez de Vigilancia resuelva sobre cuestiones que, afectando en principio al ámbito del art. 77 inciden no obstante de manera manifiesta en el menoscabo de derechos y beneficios¹², sigue subsistiendo una amplia y difusa zona donde el conflicto de atribuciones está servido, y donde habrá de valorarse en cada caso concreto la pertinencia de una facultad decisoria por parte del Juez. Así, y a título de ejemplo, en diversos conflictos de jurisdicción —STS de 5 de diciembre de 1986, 14 diciembre de 1991—, se ha entendido que el Juez no tiene

¹¹ El Juez de Vigilancia había acordado el cierre inmediato del departamento celular del Centro Penitenciario de Tarragona, hasta tanto no se certificase por la Inspección de Sanidad correspondiente de la Generalidad de Cataluña que aquél resultaba habitable para el fin a que venía destinado, apelando al grave peligro para la salud de los internos.

¹² Significativo resulta, en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de diciembre de 1987. El juez se limitó, estimando la queja formulada por un interno, a elevar propuesta a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en el sentido de que adoptara determinadas medidas en los vehículos con los que se procede al traslado de internos —ventanilla lateral, espacio, intimidad, etc—, al amparo del art. 77 de la LOGP. Interpuesto recurso de apelación por inaplicación de lo dispuesto en el art. 76 n.ºs 1 y 2g) LOGP, la Audiencia lo estima, acordando que se ordene el cese inmediato de la utilización de tales vehículos hasta que no se les dote de las características exigidas.

competencia para alterar o modificar el destino de un interno penado, o ordenar el traslado de internos a un Centro diverso¹³, por entender que acordar el destino de los penados en los establecimientos penitenciarios es facultad residenciada en los órganos administrativos, por lo que en dicha materia los Jueces de Vigilancia únicamente pueden dirigir propuestas a la Administración según el art. 77.

3. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS DEL JUEZ DE VIGILANCIA PREVISTAS EN LA LOGP

En el apartado anterior se han sistematizado las diversas funciones que la Ley encomienda a los Jueces de Vigilancia, según afecten principalmente a la ejecución de la pena privativa de libertad o a la salvaguarda de los derechos fundamentales y derechos y beneficios de los internos que puedan verse cercenados con la ejecución penitenciaria. Junto a éstas, la función de visitar los establecimientos penitenciarios puede considerarse como una competencia híbrida o instrumental a los efectos del correcto desempeño de todas las restantes funciones atribuidas a los Jueces de Vigilancia¹⁴.

A continuación se propone un breve análisis de dichas atribuciones, distinguiendo según se trate de funciones decisorias propias o de primera instancia, o bien del conocimiento y resolución de recursos contra resoluciones de la administración penitenciaria —segunda instancia—¹⁵.

¹³ En el primer supuesto —STS de 5 de diciembre de 1986—, el tema planteado era si el órgano judicial tenía competencia para alterar o modificar el destino de un interno penado, con base en el hecho de que el Equipo de Observación había programado, en el esquema de tratamiento, el fomento de la vinculación, lo que incidía perjudicialmente en los derechos del penado. En el segundo —STS de 14 de diciembre de 1991— el Juzgado de Vigilancia ordenaba el traslado de los internos clasificados en primer grado del Departamento Especial del Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, por entender que dicho régimen internado provocaba el deterioro de su salud mental.

¹⁴ Es estos términos, FERNÁNDEZ ARÉVALO/MAPELLI CAFFARENA, *Práctica forense penitenciaria*, 1995, p. 24.

¹⁵ Las clasificaciones propuestas en doctrina son muy variadas, vid., entre otros, ROIG BUSTOS, *Las formas y la impugnabilidad de las resoluciones del Juez de Vigilancia*, en Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca, 1982, pp. 200 y ss.; CANO MATA, *La actividad administrativa penitenciaria y su fiscali-*

A) Funciones en primera instancia

1. Resolver sobre las propuestas de *libertad condicional* de los penados y acordar las revocaciones que procedan (art. 76.2 LOGP).

La atribución de dicha competencia a los Jueces de Vigilancia resulta coherente con un entendimiento de la libertad condicional como forma de *cumplimiento, en libertad*, de la propia condena¹⁶. Abundando en esta idea, el Código penal de 1995, ubica dicho instituto entre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad (Tit. III, Cap. III), junto con la suspensión de la ejecución de las penas y su sustitución.

La propuesta de concesión de libertad condicional ha correspondido hasta fechas recientes —art. 61 RP de 1981— a la Junta de Régimen y Administración, quien la elevaba al Juez de Vigilancia, junto con el informe pronóstico final del Equipo de tratamiento a que hace referencia el art. 67 de la LOGP. El Reglamento de 1996 atribuye a la Junta de Tratamiento la iniciación y tramitación del expediente de libertad condicional —art. 194—, en el que habrá de constar, entre otros documentos y en su caso, la propuesta al Juez de Vigilancia para que imponga la observancia de alguna o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código penal de 1995¹⁷. El mencionado expediente deberá elevarse al Juez de Vigilancia antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, con la antelación suficiente para que no sufra retraso su concesión (art. 61 RP 1981; art. 194 RP 1996)¹⁸. Frente a la inactividad de la Junta de

zación por el Juez de Vigilancia, en RAP nº 95, 1985, pp. 172 y ss.; vid., asimismo las obras citadas en nota 8.

¹⁶ Tanto el art. 58 RP de 1981 como el art. 192 RP 1996 se refieren al «cumplimiento» del resto de la condena en «situación de libertad condicional».

¹⁷ Se tratan de medidas de seguridad no privativas de libertad, penadas en principio para aplicarlas a los declarados exentos de responsabilidad criminal conforme a los núms. 1, 2 y 3 del art. 20, así como en quienes concurre una eximente incompleta. Las medidas previstas en el artículo 105 son el tratamiento externo en centros médicos o socio-sanitarios, la obligación de residir en lugar determinado o prohibición de residencia en lugar concreto, la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, la custodia familiar, el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares, la privación de licencia de permiso de armas, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

¹⁸ El art. 198.2 RP 1996 señala además que «en todo caso, el expediente de libertad condicional deberá tener entrada en el Juzgado de Vigilancia antes del cumplimiento del tiempo requerido de condena, debiendo justificarse, en caso contrario, el

Tratamiento en la tramitación del correspondiente expediente cabe recurso de queja del interno vía art. 76 g) LOGP.

El Código penal de 1995 prevé dos regímenes excepcionales de libertad condicional. En primer lugar, la posibilidad de adelantar la misma a los sentenciados que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que «merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales» (art. 91). En segundo lugar, la posibilidad de otorgarla, con independencia del tiempo de condena extinguido, a quienes hayan cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, o cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 92). En ambos casos resulta también preceptiva la aprobación previa del Juez de Vigilancia.

Corresponde también al Juez de Vigilancia la revocación de la libertad condicional, bien sea por que el liberado vuelve a delinquir, bien por inobservancia de las reglas de conducta impuestas¹⁹

2. Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena (art. 76.2.c).

La mencionada facultad es coherente con un entendimiento de los beneficios como auténticos derechos subjetivos, y no meras concesiones graciosas de la Administración, si bien supeditados a la concurrencia de los presupuestos legal y reglamentariamente establecidos. Por otro lado, los beneficios son, como señala BUENO ARUS, «materia de ejecución de penas» y no régimen penitenciario, porque su concesión afecta al *quantum* de cumplimiento efectivo, representando por ello una modificación de la sentencia judicial²⁰. Beneficios en sentido estricto lo eran, por ello, en primer lugar, la redención de penas por el trabajo (art. 100 CP 1973, arts.

retraso de su envío.» Si en el tiempo que media entre la elevación de la propuesta y la fecha del cumplimiento el penado observa mala conducta, o se modifica su pronóstico o se descubre algún error en los informes aportados, deberá darse cuenta inmediatamente al Juez de Vigilancia (art. 64 RP 1981; art. 199.4 RP 1996).

¹⁹ El art. 201 RP 1996 ordena a los Servicios Sociales penitenciarios del Centro al que se hallen adscrito los liberados, comunicar al Juez de Vigilancia, con remisión de cuantos datos sean útiles, la comisión de algún delito o la inobservancia de las reglas impuestas.

²⁰ BUENO ARUS, *Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, en Revista de Estudios Penitenciarios, n.º extra, 1989, p. 51 y ss.

65 a 73 RSP), que suponían un acortamiento no sólo real, sino también nominal de la condena, y los denominados beneficios del art. 256 y 257 RP 1981, que no representaban en puridad más que un adelantamiento del período o grado de la libertad condicional (art. 256), o la posibilidad de una propuesta de indulto parcial (art. 257), que se atribuyen al Juez de Vigilancia²¹. Además, la concesión de estos últimos resultaba incompatible con la redención de penas por el trabajo²², lo que comportó en la práctica inaplicación de dichos beneficios, dados los más flexibles requisitos exigidos para redimir penas según el 100 C.P. de 1973.

El Código penal de 1995 suprimió el beneficio de la redención de penas por el trabajo, así como los beneficios del art. 256 RP 1981, precepto cuya filosofía era la de sustituir el sistema de redención del art. 100 CP²³. La mencionada opción resulta coherente siendo que, como hemos señalado, el art. 256 no representaba más que la posibilidad de adelantamiento de la libertad condicional. En su lugar, el Código incorporó, como hemos visto, el art. 91, que posibilita al Juez de Vigilancia, excepcionalmente, conceder la libertad condicional a quienes hayan extinguido las 2/3 partes de su condena, «siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales».

Además de este beneficio, la LO 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas introduce un nuevo beneficio de adelantamiento cualificado, consistente en el adelantamiento de hasta 90 días por año transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena, una vez extinguida la mitad de la misma, a los solos efectos del cómputo de las 2/3 partes ya vistas. Puede así calificarse dicho beneficio como un «adelantamiento del adelantamiento» de la concesión de la

²¹ Como advierte BUENO ARUS, *Los beneficios*, ob., ult., cit., aunque la expresión beneficios penitenciarios no es empleada con gran precisión en los textos legales, el sentido de la norma es «valorar como beneficios aquellos mecanismos jurídicos que permiten el acortamiento de la condena (redención de penas por el trabajo, indulto) o, al menos, el acortamiento de la reclusión efectiva (libertad condicional)». Aun cuando pueda en efecto hablarse de beneficios en el caso de la libertad condicional (arts. 61 y 336.4 del Reglamento Penitenciario, y art. 91 del nuevo Código penal del 95), ésta será objeto de análisis específico más adelante.

²² Recuérdese que según la disposición transitoria segunda, a) in fine, del RP, la «redención de penas por el trabajo será incompatible con los beneficios penitenciarios regulados en el art. 256 del Reglamento

²³ Vid., disposición derogatoria única, apartado f) de la LO 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal.

libertad condicional. Para gozar del mismo, será preciso haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, así como haber participado efectivamente en programas de reparación a las víctimas o en programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso. Su aprobación compete al Juez de Vigilancia, previa propuesta de Instituciones Penitenciarias, con informe del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, siempre que se hayan cumplido las circunstancias a) y c) del apartado 1 del art. 90 del Código Penal (clasificación en tercer grado e informe final con pronóstico individualizado y favorable de reinserción social). De dicho beneficio, así como del mero adelantamiento a las dos terceras partes, están excluidos los internos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones delictivas.

Cohherentemente, el Reglamento de 1996 califica de beneficios penitenciarios tanto las medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme —indulto particular—, como aquellas que suponen solamente la reducción del tiempo efectivo de internamiento —adelantamiento ordinario y cualificado de la libertad condicional, ya analizado— (art. 202). Sólo estas dos medidas que prevé la legislación penal y penitenciaria, tras la entrada en vigor del CP de 1995, pueden calificarse de beneficios.

Por lo que se refiere al indulto particular, la intervención del Juez de Vigilancia no es de aprobación, sino de mera tramitación a propuesta de la Junta de Tratamiento; tramitación que se regula por la Ley provisional de 18 de junio de 1870, modificada por Ley 1/88 de 14 de enero.

Aun cuando nada dice la Ley o el Reglamento al respecto, el entendimiento de dichos beneficios como derechos subjetivos del interno, permite que el Juez dicte resolución aprobatoria de los mismos sin previa propuesta de la Junta de Tratamiento, basándose en la concurrencia de los requisitos establecidos, sin perjuicio del derecho de queja ante el Juez que asiste al interno cuando la Junta no haya procedido a elevar la correspondiente propuesta. Del mismo modo, la competencia del Juez de Vigilancia no se limita a dictar la resolución aprobando o denegando el beneficio, sino que se extiende al conocimiento de suspensión, pérdida o rehabilitación del mismo²⁴.

3. La Aprobación previa de las sanciones de aislamiento en celda superior a catorce días. (art. 76.2.d).

²⁴ Vid., Acuerdo nº 41 de los Criterios Refundidos de Actuación de los Jueces de Vigilancia penitenciaria aprobados en la 8 reunión (Noviembre de 1994).

Según el TC (S. 2/87, de 21 de enero), constituye ésta una manifestación más de la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial. Como consecuencia de la doctrina constitucional sentada en la mencionada sentencia, se exige la previa aprobación aun cuando se trate de la imposición de varias sanciones en un único procedimiento o incluso de sanciones recaídas en procedimientos distintos, siempre que en ambos casos el cumplimiento de dichas sanciones sea sucesivo y sin solución de continuidad. Criterio que, como vimos, ha sido expresamente adoptado por el Reglamento de 1996 —art. 236.3—.

4. Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado (art. 76.2.i).

Del análisis de dicho precepto, así como de su desarrollo reglamentario, cabe extraer las siguientes reglas.

En primer lugar, no requieren de autorización judicial preceptiva los permisos, tanto ordinarios cuanto extraordinarios concedidos a los internos clasificados en tercer grado. Los permisos ordinarios incluyen las salidas de fin de semana y días festivos de la localidad donde esté situado el Establecimiento, ya se halle el interno en Centro abierto, sección abierta o unidad dependiente, salidas que se disfrutaban con carácter general (art. 87.2 RP 1996) así como los permisos de hasta cuarenta y ocho días por año que establece el art. 47.2 LOGP.

Tampoco requieren de autorización judicial los permisos de salida de dos días o menos de duración, salvo que se trate de permisos extraordinarios para los internos clasificados en primer grado, en cuyo caso será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia —art. 155.3 RP 1996—. Por último, el Juez de Vigilancia penitenciaria no tiene facultad para autorizar permisos de salida de internos en situación de prisión preventiva; competencia que corresponde a la autoridad judicial de quien dependan, que es la que puede valorar, en cada caso, la pertinencia o no de su concesión (art. 49 LOGP; art. 161.3 RP 1996).

Fuera de estos casos, los permisos de salida requieren de la autorización previa del Juez de Vigilancia, incluyendo los permisos de los penados pendientes de clasificación²⁵. Incluso cuando el interno clasifi-

²⁵ Vid., en este sentido, la Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre de 1981; vid., también, GARRIDO GUZMÁN, Los permisos penitenciarios, en REP, nº 1-1989, p. 99.

cado en segundo grado, al que se le haya concedido un permiso de salida extraordinario de hasta dos días para consulta ambulatoria extrapenitenciaria, tuviera que permanecer ingresado más de dos días, la prolongación del permiso deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia (art. 155.4 RP 1996).

Las autorizaciones preceptivas no significan que la decisión sobre el permiso pueda tomarla directamente el Juez de Vigilancia; es en rigor la Junta de Tratamiento quien acuerda su concesión, debiendo ser autorizada por el Centro Directivo en los casos en los que no es exigible autorización judicial (art. 161 RP 1996). La autorización —o denegación— judicial recae por tanto sobre un acto administrativo previo de concesión. No obstante, frente al acuerdo de denegación del mismo por parte de la Administración penitenciaria cabe también recurso de queja ante el Juez de Vigilancia, quien podrá resolver su aprobación o denegación —art. 162 RP 1996²⁶—.

Del mismo modo que cabría un escrito de queja ante el mismo Juez (vía 76.2 g) en caso de que la Junta no resolviera las solicitudes de permiso ordinario o extraordinario dirigidas a la Dirección del Centro.

5. Conocer del pase a *régimen cerrado* de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento. (art. 76 2. j)).

El artículo 10 de la LOGP prevé la existencia de establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado tanto para los penados calificados de peligrosidad extrema o inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, cuanto para los preventivos —con separación respecto de los penados— en quienes concurren las mismas circunstancias. El acuerdo del Centro Directivo por el que se destine a un interno a establecimiento de régimen cerrado, previa clasificación en primer grado de tratamiento²⁷, ha de ser notificado al Juez de Vigilancia penitenciaria en el plazo máximo de setenta y dos horas, según dispone el art. 95.1 RP 1996.

²⁶ «Cuando la Junta de Tratamiento acuerde denegar el permiso solicitado por el interno, se notificará a éste la decisión motivada con indicación expresa de su derecho a acudir en vía de queja ante el Juez de Vigilancia penitenciaria.»

²⁷ La única excepción a la previa clasificación en primer grado está contenida en el art. 95 RP 1996, para el caso de motín, agresión física con armas, toma de rehenes o intento violento de evasión, en los que se podrá acordar urgentemente el traslado a un Establecimiento de régimen cerrado, aunque no se haya producido resolución clasificatoria en primer grado, que, «en todo caso deberá efectuarse dentro de los catorce días siguientes, dando cuenta inmediatamente al Juez de Vigilancia.»

Aun cuando el acuerdo corresponda a la Autoridad penitenciaria, sin necesidad de aprobación previa por parte del Juez²⁸, éste puede aprobarlo o revocarlo, bien de oficio, bien como consecuencia de la interposición de queja elevada por el interno (art. 76.2. g)), o bien por la vía del eventual recurso que pudiera interponer el interno a su clasificación en primer grado (art. 76.2.f). Ahora bien, el TC, en S de 8 de abril de 1992, ha venido a interpretar la intervención del Juez de Vigilancia prácticamente como una competencia de aprobación de la medida, considerando correlativamente el acuerdo administrativo como mera «propuesta necesitada de respaldo judicial»²⁹. En cualquier caso, y conforme a la mencionada doctrina, la ratificación o denegación de la aplicación del artículo 10 LOGP, se entiende dictada en primera instancia, siendo susceptible, como se verá más adelante de los recursos de reforma y apelación³⁰.

La competencia del Juez de Vigilancia en este ámbito se extiende también al conocimiento del pase a Régimen cerrado de los internos preventivos; siendo también preceptiva su comunicación dentro de las setenta y dos horas siguientes a su adopción. Puesto que el preventivo no puede ser clasificado, la vía de impugnación del acuerdo por parte del

²⁸ Como advierten FERNÁNDEZ ARÉVALO/ MAPELLI, *Práctica forense penitenciaria*, p. 97 en los debates de redacción de la LOGP, una enmienda del Grupo parlamentario Comunista proponía que la resolución debía ser adoptada por el Juez de Vigilancia, a propuesta de la Administración penitenciaria, oído el interno; enmienda que no prosperó.

²⁹ STC 8 de abril 1992, recaída en recurso de amparo n. 2.121/88, F.J. 3º: «En consecuencia puede concluirse que, en contra de lo que se dice en el Auto de 23 de noviembre de 1988, la resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña de 13 de septiembre de 1988 no fue dictada en segunda instancia, resolviendo un recurso de apelación supuestamente presentado (...), sino en primera instancia, otorgando validez a un acto administrativo que, hasta ese momento, no pasaba de ser una mera propuesta necesitada de respaldo judicial.»

³⁰ Véase, en igual sentido, el Acuerdo 82 de los Jueces de Vigilancia penitenciaria aprobados en la 8 reunión, en 1994. El art. 95.2 RP de 1996, establece la obligación de notificar al penado la resolución por la que se traslada a un Establecimiento de Régimen cerrado o departamento especial, con expresión del recurso que puede interponer ante el Juez de Vigilancia «conforme a lo dispuesto en el artículo 76.2 f) de la LOGP». Sustanciado por esta vía, la resolución será en rigor de segunda instancia; lo cual no obstará a la pertinencia del recurso de apelación y queja, por cuanto que en materia de clasificación, no rige la regla general de excluir dichos recursos cuando las resoluciones se dicten resolviendo recursos de apelación contra resoluciones administrativas —Disp. Adic. 5ª n.º 1 LOPJ—

interno se constriñe exclusivamente a formular queja ante el Juez de Vigilancia (art. 76.2 g) LOGP).

6. Acordar lo que proceda sobre las *peticiones o quejas* que los internos formulen en relación con el *régimen y el tratamiento penitenciario*, en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos (art. 76.2. g).

En líneas atrás ya señalábamos cómo el amplio cauce que otorga dicha competencia puede llegar en ocasiones a colisionar con las atribuciones reservadas a la Administración penitenciaria por el art. 79 LOGP, sin que puedan darse directrices precisas de delimitación, más allá del genérico impedimento de dictar resoluciones que impliquen dirección u organización de los servicios penitenciarios³¹. También se ha señalado que la resolución de las peticiones o quejas ha de entenderse efectuada en primera instancia por el Juez de Vigilancia, de forma que no cabe considerar dichas peticiones o quejas como recursos en sentido estricto contra resoluciones de la Administración. Igualmente, por esta vía se procede no sólo a un control de materias correspondientes stricto sensu a la ejecución penal —cuando afecten a beneficios—, sino también afectantes a la actividad propiamente penitenciaria —cuando resulten afectados derechos fundamentales u otros derechos reconocidos legal y reglamentariamente—.

Por lo pronto, el artículo 50 de la LOGP consagra el derecho de los internos a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, «a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u organismos competentes».

Ya desde el Reglamento de 1981, dichas peticiones o quejas podían ser también formuladas verbalmente o por escrito, ante el mismo funcionario encargado de la dependencia que al interno corresponda (art. 134.1 RP). A tal efecto, la Administración penitenciaria ponía y pone a disposición de los internos unas instancias oficiales, que se facilitan por

³¹ Como señala el criterio de actuación nº 69 (Criterios refundidos de la VII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria): «El Juez de Vigilancia, en la indicada función de salvaguarda de los derechos de los internos y de corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de la normativa penitenciaria puedan producirse (art. 76.1 y 2g) LOGP, acordará "lo que proceda", teniendo como límites el principio de legalidad y que lo ordenado sea razonablemente posible y no produzca un grave problema de seguridad u orden público».

triplicado, destinando un ejemplar a la autoridad a quien se dirige la petición o queja, otro para el interno, y un tercero que se reserva a la Administración y se incorpora al expediente personal del interno³². Si transcurrieran quince días sin que el interno haya recibido contestación a su solicitud o no se hayan adoptado las medidas reclamadas, éste podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia (134.2 RP 1981)³³. Pero el procedimiento descrito no significaba, sin embargo, que el interno no pudiera, *en todo caso*, acudir directamente al Juez de Vigilancia vía art. 76.2 g) LOGP, por lo que su intervención en modo alguno había de verse necesariamente mediatizada por la exigencia de formular en primer lugar la petición o queja a la propia administración penitenciaria.

El Reglamento de 1996 deja clara tal compatibilidad en su artículo 54, al tiempo que asegura el acceso al Juez de Vigilancia, estableciendo que una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, «se remitirá sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días al Juez de Vigilancia correspondiente» (art. 54.3 RP). Igualmente, precisa el Reglamento que las resoluciones que el Centro adopte respecto de las peticiones y quejas se notificarán por escrito a los interesados, con expresión de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar (art. 53.3).

No es posible desarrollar exhaustivamente todas las peticiones y quejas que pueden dar lugar a una resolución del Juez de Vigilancia, puesto que puede referirse a cualquier derecho o beneficio penitenciario, así como a la totalidad de las normas legales y reglamentarias tanto en materia de régimen del establecimiento, como de tratamiento penitenciario.

³² Por su parte, el art. 339.2 e) RP 1981 vigente todavía por mor de la disposición transitoria 3ª del RP 1996 establece que las Jefaturas de Servicios o las de Centro llevarán, entre otros libros, «el de instancias de internos a las Autoridades, en el que constará el número de orden, fecha, nombre y apellidos del remitente, autoridad a quien va destinada y extracto del contenido. A cada interno se le entregará un recibo por cada instancia. El jefe de Servicios, a su vez, entregará en Dirección el total de las instancias presentadas durante su guardia, que serán recepcionadas por el titular, quien estampará su firma en el citado libro.»

³³ El RD 1879/94, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e interior, establece en su Disp. Adic. 4ª, sobre procedimientos penitenciarios, el plazo de tres meses para entender desestimadas por silencio administrativo las peticiones y quejas formuladas por los internos sobre tratamiento penitenciario y régimen del establecimiento.

B) Funciones en segunda instancia: Conocimiento y resolución de recursos referentes a resoluciones administrativas

1. Resolver los recursos contra las sanciones disciplinarias. (art. 76.2.e LOGP).

Contra el acuerdo sancionador de la Junta de Régimen, cabe interponer recurso de alzada ante el Juez de Vigilancia penitenciaria, tanto verbalmente en el momento de la notificación, como por escrito dentro de las 72 horas siguientes a aquélla. Las particularidades de dicho recurso, tanto en lo que respecta a su formalización, tramitación y efectos, fueron desarrolladas en el epígrafe 5º del tema 10, por lo que ahí nos remitimos.

2. Resolver los recursos referentes a clasificación inicial y progresiones o regresiones de grado, en base a los estudios de los equipos de observación y tratamiento y en su caso de la Central de observación (art. 76.2 f LOGP)

a) Recursos contra la *clasificación inicial*. En el plazo máximo de dos meses³⁴ desde la recepción de la Sentencia, la Junta de Tratamiento, tras la realización del estudio del interno, propone la aplicación de uno de los tres primeros grados que el Centro Directivo asigna al interno. Contra dicha clasificación cabe recurso ante el Juez de Vigilancia. El Reglamento de 1996 prevé la posibilidad de ampliar a dos meses más el plazo para la resolución de clasificación inicial, a fin de permitir una mejor observación de la conducta, así como la consolidación de los factores positivos del interno —art. 103.6—.

b) Recursos contra los acuerdos de *mantenimiento de grado*. Cada seis meses como máximo los internos han de ser estudiados individualmente para reconsiderar, si procede, su anterior clasificación —art. 105 RP 1996—. Cuando no se considere conveniente proponer cambio alguno, se le notificará la decisión al interesado. El interno puede entonces solicitar que se remita el correspondiente informe al Centro Directivo, quien se pronunciará sobre el mantenimiento o cambio de grado. Contra el acuerdo del Centro Directivo cabe recurso ante el Juez de vigilancia.

c) Recursos contra los acuerdos de *regresión de grado*. También es recurrible la regresión en grado estimada por el Centro, sobre la base de

³⁴ Vid., art. 103.2 RP 1996.

la propuesta de la Junta de Tratamiento, en supuestos de evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno (art. 106.3 RP 1996)³⁵

d) Supuestos *específicos* en relación con las clasificaciones de grado.

Existen algunas particularidades en relación con el proceso de clasificación en grado, en las que la intervención del Juez de Vigilancia no se realiza en virtud de un recurso directamente planteado ante él, sin por la vía de la queja establecida en el artículo 76.2 g). Tal es el caso, en primer lugar, de los supuestos en los que el interno haya sido clasificado por segunda vez en primer grado, por el mismo equipo de observación. El interno puede en este caso solicitar que la próxima propuesta de clasificación se haga en la Central de Observación, solicitud que en caso de ser denegada admite queja ante el Juez de Vigilancia. Si éste ordena dicha clasificación, contra la misma cabrá, por supuesto, recurso. Otro tanto sucede con los internos clasificados en segundo grado que tengan ya cumplida la mitad de la condena. En tal hipótesis³⁶ el interno puede solicitar que su próxima propuesta de clasificación se efectúe en la Central de observación, contra cuya denegación cabe también queja. Otras hipótesis específicas están constituidas por la ausencia de revisión de grado cada seis meses —art. 105.1 RP 1996—, o la falta de clasificación transcurridos los dos meses de la Sentencia³⁷, o los tres meses en casos de regresión de grado o clasificación en primer grado —art. 92 RP 1996—. En todas estas hipótesis puede acudir en queja ante el Juez de Vigilancia para que ordene la revisión a la que se tiene derecho el interno. Nueva revisión que en caso de acordarse admite el recurso ordinario ante el Juez.

e) El Reglamento de 1996 introdujo una novedad en materia de clasificación, de relevante interés por cuanto que representa un intento por superar la esquemática correlación entre tratamiento —clasificación en grado— y régimen que tanta confusión propicia entre ambos elementos. En efecto, el art. 100.2 RP prevé, con la finalidad de hacer el sistema más flexible, que el Equipo técnico pueda proponer a la Junta de Tratamiento un modelo de ejecución en el que «puedan combinarse

³⁵ Tal es la fórmula empleada en el RP de 1996, que mejora la anterior, centrada exclusivamente en la personalidad y conducta del interno (Cfr. art. 243.3 RP 1981).

³⁶ Según señala el art. 105.3 RP 1996,

³⁷ Salvo que se haya aplazado a dos meses más para permitir una mejor observación del interno, según dispone el art. 103.6 RP.

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». La medida, calificada de excepcional, necesitará de ulterior aprobación del Juez de Vigilancia, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

f) Como se desprende de lo hasta ahora expuesto, la LOGP ha configurado la clasificación como actividad administrativa penitenciaria, y no como ejecución de pena en sentido estricto, lo que hubiese comportado la atribución de competencia primaria a los Jueces de Vigilancia, como de hecho vienen reclamando éstos en sus sucesivas reuniones. El papel del Juez de Vigilancia es, por el momento, de control jurisdiccional de una previa actividad administrativa. De tal modo que, a salvo de la interposición de un recurso contra una clasificación por parte de quien ostenta legitimación activa —el penado, o el Ministerio Fiscal—; no le es dable al Juez de Vigilancia corregir de oficio la decisión administrativa clasificatoria. Pero este esquema básico ha sufrido una importante matización a raíz de la introducción, por LO 7/2003, del conocido como período de seguridad, que impone, en las condenas superiores a cinco años, el cumplimiento de, al menos, la mitad de la pena de prisión impuesta para que el penado pueda ser clasificado en tercer grado y acceder en consecuencia al régimen abierto (art. 36.2 CP). Tal requisito, que viene a suponer un importante correctivo al sistema de individualización científica imperante desde 1979, y cuyo máximo exponente era —es— la posibilidad de acuerdos clasificatorios iniciales en tercer grado, aun con carácter excepcional, viene de hecho a imponer severas restricciones a dicha competencia administrativa, al limitarla férreamente tratándose de penas de prisión graves. El cumplimiento del período de seguridad como requisito previo a la clasificación en tercer grado puede no obstante ser dispensado, previa aprobación del Juez de Vigilancia, que acordará el «retorno al régimen normal de cumplimiento», si la evolución del penado le hace acreedor de dicha dispensa. De este modo se garantiza la primaria jurisdiccionalidad de las clasificaciones en tercer grado previas al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, por depender ahora de la analizada autorización del Juez de Vigilancia. Además, y con carácter general, la LO 7/2003, modificando la disposición adicional quinta de la LOPJ ha previsto el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto contra los acuerdos clasificatorios que puedan comportar la excarcelación del penado, en confusa referencia a la clasificación en tercer grado.

C) Nuevas atribuciones previstas en el Código penal de 1995

1. Vigilancia de la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables o semiinimputables, conforme a los arts. 101 a 104 del CP.

De entre las numerosas modificaciones introducidas por el nuevo Código en materia de medidas de seguridad³⁸, destaca la sumisión de su ejecución a la tutela del Juez de Vigilancia. Con todo, es el Tribunal Sentenciador quien conserva el control último de la aplicación, prolongación, suspensión o sustitución de las medidas. Las funciones del Juez de Vigilancia, en este ámbito (art. 97), se contraen a la elevación de *propuestas* al Juez o Tribunal sentenciador para que, o bien mantenga la medida, o bien:

a) decrete el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto³⁹. Propuesta que se refiere tanto a las medidas de seguridad privativas de libertad —internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o centro educativo especial—, como a las medidas no privativas de libertad (art. 96.3).

b) sustituya una medida de seguridad por otra más adecuada, siempre que esté prevista para el supuesto de que se trate.

c) deje 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 impuso la medida de seguridad.

³⁸ Entre ellas, destaca la fundamentación de la imposición de tales medidas exclusivamente en la peligrosidad criminal —que no social como sucedía en la LPRS— exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Igualmente, el establecimiento de límites temporales a la imposición de las medidas, que no podrán exceder del que correspondería al criminalmente responsable por el hecho delictivo. Por último, la prohibición de imponer medidas de seguridad privativas de libertad cuando no hubiera podido imponerse pena privativa de libertad al criminalmente responsable por el delito cometido. Cfr. arts. 1, 3, 95 y 101 a 104 CP.

³⁹ La valoración sobre la persistencia o no de la peligrosidad criminal, que legitime el mantenimiento o cese de la medida, resultaba también obligada, aunque no lo expresara la propia ley, en los internamientos producidos al amparo del art. 8.1 del CP de 1973, según dispuso la STC 16/81 de 18 de marzo, al señalar que la medida de internamiento no es indefinida, ni la autorización del Tribunal potestad de plena y absoluta disponibilidad por parte del órgano judicial. En igual sentido, STC 112/88, de 8 de junio. Sobre las diversas Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado para dar cumplimiento a dicha obligación, vid., MARTÍNEZ GARCÍA, *Tratamiento penitenciario de los enfermos mentales*, en Ministerio Fiscal y sistema penitenciario, 1992, p. 304

Para la formulación de dichas propuestas, el Juez de Vigilancia habrá de valorar los informes que emitan los profesionales y facultativos que prestan asistencia al sometido a la medida, pudiendo ordenar otras actuaciones a tal fin (art. 98).

Tratándose de medidas privativas de libertad, el Juez de Vigilancia está obligado a elevar, *al menos anualmente*, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad (art. 98).

Finalmente, el artículo 105, atribuye también al Juez de Vigilancia la función de informar al Tribunal Sentenciador sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad⁴⁰, que se impongan a los inimputables o semiinimputables desde un principio o durante la ejecución de la sentencia. Dichas medidas, como se vio, pueden ser impuestas *directamente* por el propio Juez de Vigilancia a los liberados condicionales.

2. Acordar el regreso a la normalidad de los sentenciados a quienes se haya aplicado el artículo 78 del Código Penal.

Una de las novedades que introdujo el Código Penal de 1995 consistió en la posibilidad de que el Tribunal sentenciador, atendida la peligrosidad criminal del penado, acordara motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refirieran a la suma total de las penas impuestas y no a los límites derivados del principio de acumulación jurídica —relativos (triplo de la pena más grave) o subsidiariamente absolutos (entonces de 20.25 y 30 años según los casos)—. Para la aplicación de dicha medida, resultaba necesario que, como consecuencia de tales límites, la pena efectivamente a cumplir resultare ser inferior a la suma total de las penas impuestas. Las objeciones que suscitó tal fórmula en el debate parlamentario, desde el prisma del principio de resocialización, trataron de ser salvadas confiriendo al Juez de Vigilancia la competencia para acordar

⁴⁰ Las medidas que dispone el art. 105 son: Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario, obligación de residir en lugar determinado, prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, custodia familiar, sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares, privación de la licencia o del permiso de armas, privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

razonadamente la aplicación del régimen general de cumplimiento, previa valoración de las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social.

La reforma operada por la LO 7/2003 ha endurecido extraordinariamente dicho régimen (Cfr. art. 78 CP). En primer lugar, se han elevado los límites absolutos de la acumulación jurídica, que pasan a ser de hasta 40 años en determinados supuestos —más de dos condenas por delitos castigados con penas de hasta 25 años, o una sola tratándose de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales—. En segundo lugar, lo que se configuraba como *posibilidad*, pasa a ser ahora obligatorio: régimen de cumplimiento efectivo necesario cuando la mitad de la suma total de las penas impuestas sea inferior a 25, 30 o 40 años. En tercer lugar, dicho régimen resulta irreversible, y por tanto no susceptible de revocación por parte del Juez de Vigilancia, cuando se trata de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. En cuarto lugar, el horizonte temporal de la suma total de las penas impuestas se utilizará no sólo para computar los plazos para la obtención de la libertad condicional u otros beneficios, sino también a efectos de clasificación y permisos de salida. Las facultades del Juez de Vigilancia, en este nuevo marco normativo, se contraen por ello a revertir el régimen de cumplimiento efectivo cuando sea posible conforme a lo analizado.

3. Acordar el abono de la prisión preventiva sufrida en otras causas por el penado

La competencia objetiva para acordar lo que proceda sobre el abono de la prisión preventiva sufrida en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa, corresponde al Juez o Tribunal sentenciador, quien la lleva a cabo en la primera liquidación de condena. Tal es la consecuencia inevitable de ser el órgano sentenciador quien, por disposición de la ley, inicia la ejecución de la pena.

Sin embargo, cuando se trata del abono de períodos de detención o prisión preventiva sufridos en otras causas, la decisión corresponderá, en virtud de lo establecido en el art. 58 del CP, en la versión dada por la LO 15/2003, al Juez de Vigilancia. El legislador de 2003 viene así a extraer consecuencias de la cláusula genérica del art. 76.2. a de la LOGP, confirmando por lo demás el criterio fijado por el Tribunal Supremo en Auto de 7 de mayo de 1991 —cuestión de competencia suscitada entre el Juez de Vigilancia penitenciaria de Zaragoza y la Audiencia Provincial de Madrid—.

4. Acordar la suspensión de la pena por trastorno mental grave sobrevenido

Se trata ésta de una nueva competencia, atribuida ex art. 60 del Código Penal, en la versión reformada por LO 15/2003, y que antes se residenciaba en el Juez o Tribunal Sentenciador. Conforme a la misma, el Juez de Vigilancia puede acordar la suspensión de la ejecución de la pena cuando se aprecie en el penado una situación de trastorno mental persistente, duradero y grave, que le impida conocer el sentido de la pena. En tales casos, y contrastando con la regulación anterior, el Juez de Vigilancia puede acordar no sólo que el interno reciba «asistencia médica precisa», sino la imposición de una genuina medida de seguridad de las previstas en el art. 96 del Código Penal. Por esta vía, los Jueces de Vigilancia imponen ex novo medidas de seguridad cuya ejecución controlan, cuando paradójicamente el mismo Código no ha querido atribuirles facultades decisorias en materia de ejecución de las medidas de seguridad impuestas en sentencia por la comisión de un hecho típicamente antijurídico —sino sólo auxiliares del Juez o Tribunal Sentenciador—. La apuesta legislativa ha de ser saludada positivamente, y postular su extensión a toda clase de medidas, pues en muchos casos —concurso de medidas impuestas por órganos distintos, imposición de medidas penitenciariamente sobrevenidas a quien está cumpliendo pena de prisión— sólo el Juez de Vigilancia está en condiciones de garantizar el principio de unidad de ejecución en este ámbito.

D) Procedimiento

No existe un procedimiento unitario para los recursos examinados, así como tampoco para la formulación de peticiones o quejas analizadas anteriormente. Sólo en materia disciplinaria, como se vio en el tema 10, dispone el Reglamento de algunas normas también insuficientes.

Este incomprensible vacío legal ha pretendido ser colmado en parte por la instrucción de la Presidencia del Tribunal Supremo de octubre de 1981. Dispone ésta que los recursos podrán ser orales, ante el propio Juez, bien en vista penitenciaria o por personación del interno ante el Juzgado si se hallare fuera de la prisión por cualquier causa; o escrito, sin necesidad en ningún caso de asistencia de Procurador o Letrado. Todo ello sin perjuicio de permitirle al interno la posibilidad de asesorarse por letrado o procurador. La intervención del Ministerio Fiscal, según señala la disposición adicional 5ª, 5 de la LOPJ resulta en todo caso obligada.

El Tribunal Supremo ha señalado que la libertad de trámites resulta «sumamente adecuada a la naturaleza de las atribuciones comprendidas en el artículo 76 LOGP», pese a lo cual, ello no supone ausencia de regulación procesal, sino que ésta ha de derivarse tanto de las normas procesales de ejecución como de la Ley 62/78 de 26 de diciembre de protección de derechos y libertades fundamentales, así como de la propia LOGP. La actuación del Juez habrá de caracterizarse por la *sumariedad*, *proporcionalidad de los trámites* y respeto de las *garantías inherentes* a toda actividad jurisdiccional consagradas en el art. 24 CE. Asimismo, siempre que la reclamación dirigida al juez no se plantee de forma precisa y clara, se impone solicitar la aclaración de oficio, así como la subsanación de oficio también de cuantos defectos pudieran observarse tanto sobre la clase de resolución demandada, cuanto sobre los hechos fundamentales o el acto que se impugna⁴¹.

Un problema añadido y derivado del mencionado vacío legal es la inexistencia, legal y reglamentaria, de plazo alguno para interponer el recurso, petición o queja ante el Juez de Vigilancia por los actos singulares de la Administración penitenciaria que afecten al interno. Así las cosas, no parece de recibo acudir al plazo de 5 días que establece el Reglamento penitenciario (art. 248 b) tratándose de recursos contra sanciones disciplinarias. Pero tampoco resulta conveniente estimar, sin más, que dichos actos no estén sujetos a plazo alguno de impugnación. Tratándose de recursos en sentido estricto (clasificaciones iniciales y progresión o regresión en grado, denegación de permisos, etc.) se ha postulado desde la aplicación del plazo previsto para el recurso contencioso en la LJCA (dos meses), hasta los tres días previstos para el recurso de reforma (art. 211 de la Lecrim y disposición adicional quinta, apartados 1 y 5 de la LOPJ); en caso de peticiones o quejas por afcción de derechos fundamentales del interno se ha postulado también el plazo de 10 días establecido en el art. 115 LJCA para los casos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas (LO 62/1978). Probablemente lo más sensato sea, como advierte CEZON, y por razones de seguridad jurídica, respetar el plazo indicado por la Administración al notificar el acuerdo, siempre que fuese superior a tres días⁴².

⁴¹ PÉREZ TEMPLADO JORDAN, *Los recursos ante los Jueces de Vigilancia penitenciaria*, PJ, nº especial III, p. 135.

⁴² CEZON, «Normativa procesal de los Juzgados de vigilancia. Recursos contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria», en *Vigilancia Penitenciaria*, 1996, p. 83.

El panorama sucintamente esbozado muestra a las claras la imperiosa necesidad de una ley procesal penitenciaria que regule los procedimientos en este ámbito, distinguiendo en su sustanciación tanto la vertiente de ejecución penal, como la de control jurisdiccional de los actos de la Administración Penitenciaria⁴³.

4. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria caben, en los casos y con los requisitos que se examinarán, los recursos de reforma, apelación y queja, recogidos en la Disposición Adicional quinta y el art. 82.7 de la LOPJ. Regulación que adolece, pese a la reforma operada por Lo 5/2003, de 27 de mayo, de importantes lagunas y contradicciones, por lo que nuevamente sería preciso un desarrollo legislativo de la materia.

Como señala la disposición adicional quinta de la LOGP (nº 5), «sólo podrán recurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional (...)En todo caso, el Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente disposición». Por tanto, las partes procesales intervinientes en la causa penal, con excepción de las mencionadas, sea la acusación particular, sea la acusación popular si se hubiere ejercido, no están legitimadas para recurrir las decisiones del Juez de Vigilancia. Tal exclusión, al menos en lo que se refiere en sentido estricto a las materias propias de la ejecución penal, resulta difícilmente justificable: el que la intervención del perjudicado por el delito, p. ej., se limite exclusivamente a la obtención, en su caso, de una sentencia ejecutoria, supone disgregar el «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» a los efectos de la intervención de los particulares en la Justicia; desconocer en suma precisamente la razón principal —como vimos— que avala el tránsito de un sistema administrativo penitenciario a un sistema *judicial* penitenciario. Y no resulta de recibo sostener la admisibilidad constitucional de tal exclu-

⁴³ Aspiración que se vería razonablemente colmada caso de prosperar el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997. Un análisis del mismo puede verse en GONZALEZ CANO, «Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria», cit., págs.451 y ss.

sión en esta fase, sobre la base de 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»⁴⁴. Lleva razón LÓPEZ BARJA DE QUIROGA cuando sostiene que, por la misma razón, habría de negarse entonces el ejercicio de la acción penal en todo proceso por parte de los particulares perjudicados e incluso no perjudicados por el delito⁴⁵. No puede negarse un interés legítimo en el perjudicado por el delito para que la ejecución penal discurra por los términos legal y reglamentariamente marcados, tanto a los efectos de obtención de beneficios que puedan suponer acortamiento de la condena, como de las propuestas de libertad condicional de los penados.

Clases de Recursos:

4.1. Recurso de Reforma

El Recurso de Reforma puede interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia penitenciaria, según dispone la disposición adicional quinta de la LOPJ. Se interpone ante el propio Juez de dictó la resolución que se recurre, y en el término de los tres días siguientes a la práctica de la última notificación de la resolución (art. 211 LECrim). Su tramitación se ajusta a las normas generales sobre este recurso, con la notable excepción que supone no necesitar de Abogado ni de Procurador. Recibido el escrito de recurso, se dará traslado al Ministerio fiscal o al interno o liberado condicional —según quien lo haya interpuesto—, para que realicen las alegaciones que estimen convenientes, resolviendo el Juez al segundo día de entregadas las copias, se haya presentado o no escrito de alegaciones.

4.2. Recursos de apelación y queja

4.2.1 Determinación de las resoluciones recurribles en apelación

Según dispone la disposición adicional 5ª de la LOPJ, dos son la clase de resoluciones susceptibles de ser recurridas en apelación y queja. En

⁴⁴ En estos términos, ASENSIO CANTISAN, *Recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la Ley Orgánica del Poder Judicial*, ADPC 1/1987, p. 158.

⁴⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Recursos contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria*, en PJ, nº especial III, p. 152.

primer lugar las resoluciones que versen sobre *ejecución de penas*, excepto «cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado» (Disp. Adic. 5ª n° 1). En segundo lugar, las resoluciones referente «al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el número anterior (...) siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa.» (Disp. Adic. 5ª n° 2).

La disposición mencionada suscita algunos interrogantes, por cuanto que resulta difícil precisar la delimitación entre materias que conciernen a la ejecución de la pena, y aquellas que por el contrario afectan exclusivamente al régimen penitenciario, lo que tiene trascendencia, como vemos, a los efectos de la determinación legal del órgano ad quem —el que conozca de la apelación contra la resolución del Juez de Vigilancia—. Asimismo, la excepción a la posibilidad de recurrir en apelación cuando la decisión del Juez de Vigilancia resuelva un recurso de «apelación» —término impropio, más bien de alzada— tampoco parece fácil de precisar. Ya vimos, por ejemplo, cómo el Tribunal Constitucional había considerado como resolución en primera instancia, y no en segunda, la resolución de una queja por parte del Juez de Vigilancia, que confirmaba el pase de un interno a régimen cerrado, pese al tenor literal de la ley (art. 76 j), que le atribuye exclusivamente la facultad de «conocer», que no de autorizar previamente tal pase. Se ha impuesto por ello el criterio que las resoluciones de los Jueces de Vigilancia acordando lo que procedan como consecuencia de peticiones y quejas de los internos (art. 76.2 g) LOGP), son resoluciones en primera instancia —que no resolución de recursos— y por tanto susceptibles de apelación y queja⁴⁶. Incluso, y pese a la dicción literal de la Disposición Adicional 5ª que comentamos, se ha postulado, como criterio práctico y en pro de una interpretación a favor del derecho al recurso⁴⁷, que, salvo

⁴⁶ Criterio aprobado en la 8ª reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 1994: Criterio 82: «Las resoluciones de los Jueces de Vigilancia resolviendo sobre quejas son resoluciones dictadas en primera instancia. También las resoluciones dictadas por los Jueces de Vigilancia ratificando o denegando la aplicación del art. 10 LOGP, al no resolver recursos, se entienden dictadas en primera instancia y, por tanto, son susceptibles de reforma y apelación.»

⁴⁷ Afirmación que debe matizarse por cuanto, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, no existe en la Constitución la exigencia de una posibilidad de recurso contra todas las resoluciones judiciales (STC 5 de julio de 1982), pero sí que

en materia disciplinaria, cabe en general apelación contra *toda resolución* de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Así lo han entendido los propios Jueces de Vigilancia en sus criterios refundidos de actuación, aprobados en 1994⁴⁸.

Según lo expuesto, procederá recurso de apelación y queja frente a:

a) Resoluciones sobre *clasificación* del penado con base en el artículo 76.2.f LOGP. Aun cuando el Juez de Vigilancia resuelve en rigor un recurso contra una resolución administrativa, no sigue el régimen general de exclusión del recurso de apelación, por expresa previsión de la disposición adicional quinta, 2, de la LOPJ.

b) Resoluciones sobre *régimen penitenciario* (Disp. Adic. 5ª n° 2). Resoluciones, por tanto, que consistan en «aprobar las sanciones de aislamiento de duración superior a catorce días (76.2 d LOGP)»; «acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales (primera parte del apartado g del art. 76.2 LOGP)»; «autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado (art. 76.2 i LOGP)»; «conocer el paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento (art. 76.2 j LOGP)».

c) Resoluciones en materia de *ejecución de penas*. Conciernen propiamente a los cometidos encomendados en los apartados a) b) y c), del art. 76.2 LOGP, así como el inciso último del apartado h) del número 2 del art. 76 LOGP, en definitiva, «adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales»; «resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan»; «aprobar las propuestas que formulen los establecimientos

cabe derivar del texto constitucional que cuando el recurso se encuentra previsto en la legislación ordinaria, la interpretación de sus *posibilidades*, así como de sus requisitos formales, debe ser la más favorable a la obtención de la plena efectividad de este derecho, expresión del más genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

⁴⁸ Criterio 83: «Contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia, cabe recurso de apelación en todo caso, salvo en materia disciplinaria. La apelación se tramitará con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento abreviado.»

sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena»; «acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten a (...) los beneficios penitenciarios de aquéllos».

4.2.2. Determinación del órgano «ad quem»

Mayor confusión plantea la determinación del órgano judicial competente para conocer del recurso de apelación. Ya hemos visto cómo la Disp. Adic. 5ª de la LOPJ distingue según se trate de resoluciones afectantes a la *ejecución penal*, o al *régimen penitenciario* y demás materias, atribuyendo la competencia para conocer el recurso al Tribunal Sentenciador o a la Audiencia Provincial respectivamente. Sucede sin embargo que la propia LOPJ establecía en su artículo 82.6, que las «Audiencias Provinciales conocerán... 6. De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas». Se produce así una antinomia, que trató de ser resuelta por los Jueces de Vigilancia en sus criterios de actuación, atribuyendo la competencia, en todos los supuestos, a las Audiencias Provinciales⁴⁹.

Pero el criterio de que fueran las Audiencias Provinciales, las que conocieran de todos los recursos de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, también en materia de clasificación, sufrió un vuelco con el acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, al establecer que «Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el

⁴⁹ 8ª reunión, 1994. Criterio 84. «Ante las contradicciones existentes entre la disposición adicional 5ª y el artículo 82.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en orden al órgano competente para conocer de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas, procede estimar competente a la Audiencia Provincial del lugar donde se encuentre ubicado el establecimiento penitenciario.» De esta forma se pretende evitar, en primer lugar, el problema de determinar cuándo actúa el Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas y cuando no, así como también soslayaría la disparidad de criterios al ser distintos los órganos que han condenado a los internos en un mismo centro penitenciario. Sobre estas y otras razones, vid., ASENCIO CANTISAN, *Recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia*, cit., p. 161; REIGOSA GONZÁLEZ, *Recursos contra resoluciones del Juez de Vigilancia*, REP, 1986, p. 146.

Tribunal Sentenciador encargado de la ejecución de la condena», criterio que fue aplicado en STS de 9.7-2002 (Ponente. Andrés Ibáñez)⁵⁰.

Pero la generalización del criterio esbozado, que como veremos confirma la reforma, ha planteado numerosos problemas.

En primer lugar, se dificulta en gran medida el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva. El órgano *ad quem* puede estar a cientos de kilómetros del Centro Penitenciario, con lo que las designaciones de abogado y procurador de oficio, pero fundamentalmente la intermediación entre el letrado y el preso se dificulta enormemente.

En segundo lugar, y fundamentalmente, el criterio del TS no aclaraba, por que no podía aclararse, qué Tribunal o Juez sentenciador resultaría competente en materia de clasificación cuando el penado estuviese cumpliendo varias condenas —refundidas o acumuladas—. Tanto la D.A. 5 cuanto el acuerdo del TS parten de una ecuación mal planteada en la mayor parte de casos: una única condena *ergo* un único Tribunal Sentenciador. En el habitual supuesto de que sean varias las condenas, ¿Qué Tribunal resulta competente? De estimarse, incluso, y por analogía, que debería ser el último órgano sentenciador —lo que resultaría incluso sostenible de haberse procedido a la acumulación ex art. 988.3 LECrim— se podría producir la paradoja de que incluso un Juez de Paz —si fue este el último en condenar a pena privativa de libertad— estuviese revocando una decisión sobre clasificación del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En tercer lugar, no es desdeñable el riesgo que supone que sobre el tratamiento del interno, que ha de ser único e individualizado, incidan en apelación órganos jurisdiccionales distintos —así en materia de clasificación, por un lado, y en materia de permisos por otro—, con las disfunciones que ello puede plantear.

⁵⁰ Nuevamente, el contexto en el que se produce dicho acuerdo es suficientemente esclarecedor: a propósito de un caso en el que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao había dispuesto la progresión de un interno a tercer grado de tratamiento, con criterio favorable al otorgamiento de la libertad condicional. Tal resolución fue recurrida por el fiscal en apelación ante la Audiencia Provincial de Vitoria, que resolvió que la decisión correspondía en realidad al Tribunal Sentenciador (Audiencia Nacional). Ciertamente, el problema esbozado hubiera sido resuelto sin problemas con la reforma: competencia del Juez Central de Instrucción y *ad quem* de la propia Audiencia Nacional.

En cuarto y último lugar, la pervivencia en un mismo Centro Penitenciario de orientaciones jurisprudenciales diversas en materia de clasificación puede generar un ambiente nada propicio al tratamiento, complicando sobremanera la labor de la Junta de Tratamiento y propiciando agravios comparativos que en nada favorecen el clima de convivencia en el interior de los Centros.

Pese a los problemas esbozados, la LO 5/2003 ha apostado decididamente por la doctrina expuesta, cuando podría perfectamente haber optado por la solución contraria una vez «corregido» el problema del terrorismo y delincuencia organizada con la introducción del Juez Central de Vigilancia y la competencia *ad quem* de la Audiencia Nacional en toda clase de recursos.

En efecto, por un lado, el legislador hace desaparecer del artículo 82.1.3.º la mención a la «ejecución», tratándose de la competencia de las Audiencias Provinciales para resolver de los recursos de apelación frente a las resoluciones de los Jueces de Vigilancia. Desaparece así el argumento fundamental que propició la solución examinada anteriormente. La remisión a los recursos «que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, cuando la competencia no corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», ha de entenderse hecha a la propia disposición adicional quinta, que mantiene, con ligeras correcciones, la distinción entre ejecución y actividad penitenciaria (DA 5. 1 2. y 3). A partir de ahora queda claro que no sólo en materia de clasificación, sino en cualquier materia de ejecución, la competencia *ad quem* se residencia en el órgano sentenciador.

Para salvar el problema derivado de la competencia en caso de pluralidad de condenas, la LO 5/2003 introduce un segundo párrafo al número dos de la DA 5.1.2: la competencia para resolver el recurso corresponderá al Juzgado o Tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave y subsidiariamente, en el supuesto de que coincidan en su gravedad, corresponderá al órgano que la hubiese impuesto en último lugar. La fórmula empleada, con ser la menos mala, pone de manifiesto, en todo caso, la ausencia de criterios de peso para no atribuir a la Audiencia Provincial del territorio del Centro dicha competencia: la pena más grave puede siempre resultar una porción despreciable del total de las sumas impuestas, y el criterio subsidiario del último órgano sentenciador en caso de igual gravedad, un expediente para salir al paso de una realidad que se impone tozudamente: el principio de unidad de ejecución y su implacable lógica. En caso de penas

ejecutoriamente sobrevenidas durante el cumplimiento de otras, el penado podrá, dependiendo de las circunstancias, ir peregrinando de órgano jurisdiccional en órgano jurisdiccional dependiendo de su gravedad.

En relación con el criterio subsidiario, por analogía con lo dispuesto en el art. 988.3 en materia de acumulación jurídica de penas, se suscitan algunas cuestiones. En primer lugar, si por último órgano sentenciador ha de entenderse el último en dictar sentencia, o aquel que dictó sentencia que devino firme más tarde, como parece razonable. Se suscita también la duda de si, en aquellos partidos judiciales con órganos encargados en exclusiva de la ejecución de sentencias penales, la competencia *ad quem* corresponde al órgano sentenciador o al que asume la ejecución. Finalmente, y tratándose de penas acumuladas ex art. 76 y 988.3 LECrim, surge también la cuestión relativa a la naturaleza del Auto por el que se determina el máximo de cumplimiento: ¿Supone la *constitución* de una nueva pena, en tanto declara «extinguidas» las que sobrepasen los límites establecidos en el artículo 76 CP? A salvo del supuesto del artículo 78 CP, dependiendo de cómo se configure dogmáticamente la acumulación jurídica, puede hacerse imposible la determinación de la pena más grave, bien por considerar que el Auto que acumula constituye ex novo una pena distinta, bien por imposibilidad de imputar el «excedente» que se declara extinguido a ninguna de las penas aisladamente consideradas. ¿O si se estima que la extinción afecta a las penas que sobrepasen los límites del artículo 76, dispuestas según el orden de respectiva gravedad ex art. 75? En tales casos ¿Asume la competencia siempre el órgano que practicó la acumulación? ¿El que impuso la condena más grave? Estos y otros interrogante abundan nuevamente en la inconveniencia de la solución legislativa adoptada.

4.2.3. Efectos

Nada dice la ley sobre los efectos del recurso, debiendo acudir a las reglas generales según exige el nº 5 de la Disp. Adic. 5ª LOPJ. Conforme al artículo 217 de la LECrim., el recurso de apelación se «admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma —refiriéndose a la ley— lo disponga expresamente». Pues bien, el único caso en que se prevé expresamente el efecto suspensivo del recurso de apelación es el que se refiere a la «clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y puedan dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves». Por tanto, tratándose de

condenados a penas superiores a cinco años de prisión, la interposición de recurso de apelación contra la resolución del Juez de vigilancia que confirme la clasificación en tercer grado o que otorgue la libertad condicional, supondrá la suspensión del acuerdo hasta que se resuelva el recurso. Esta regla se ha introducido por LO 7/2003, de 30 de junio.

En el resto de casos, puesto que la ley nada dice, el recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo de la resolución recurrida. La doctrina ha advertido cómo en la práctica esto puede dar lugar a la ineffectividad del recurso, sobre todo cuando se trate de resoluciones que hayan de producir sus efectos durante un corto espacio de tiempo⁵¹ —piénsese en la resolución del Juez de Vigilancia autorizando un permiso de salida que es recurrida por el Ministerio Fiscal—.

4.2.4. Recurso de queja

El recurso de queja puede interponerse exclusivamente «contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación» (Disp. Adic. 5ª, 4 LOPJ). Se interpone ante el mismo órgano que conoce por tanto del recurso de apelación, sea el Tribunal Sentenciador, sea la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso, el Tribunal recaba del Juez de Vigilancia el informe correspondiente, dándose traslado del mismo al Fiscal para que emita dictamen en el término de tres días. Tras ello, el Tribunal resuelve lo que en derecho proceda (arts. 233 y ss. LECrim.).

4.2.5. El nuevo recurso de casación para la unificación de doctrina

Una de las novedades más relevantes que introduce la LO 5/2003 es la previsión de un recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinario. A la decisión inaugural, en materia penal, de introducir el recurso de casación para unificación de doctrina en la

⁵¹ El criterio nº 1 señala: «el recurso de apelación se admitirá en un solo efecto, a excepción de los casos en los que la inmediata ejecución de lo resuelto prive de virtualidad al recurso o pueda alterar o distorsionar una línea de tratamiento. El recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en materia de redención de penas por el trabajo se admitirá en ambos efectos cuando de la dilación no resulte perjuicio irreparable para el penado y en un solo efecto en otro caso».

Ley 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, le sigue ahora su implantación en el ámbito del derecho penitenciario. Probablemente en ello haya de verse un paso más hacia la definitiva implantación de dicho recurso la jurisdicción penal. Con todo, el contenido del apartado séptimo de la DA 5 no puede ser más parco, incluso más que el criticado art. 42 de la LO 5/2002. Se limita, en efecto, a remitir en cuanto a sustanciación, a lo prevenido en la LECrim para el recurso de casación ordinario, *con las particularidades que de su finalidad se deriven*. Pero la aplicación directa de la LECrim presenta dificultades, por cuanto que el recurso de casación ordinario es diferente, tanto en su naturaleza y finalidad, con el de unificación de doctrina. Por lo pronto no le resultan de aplicación los artículos 847 a 854, relativos a la procedencia del recurso, por razones obvias. Pero ello no se ve compensado con un suficiente desarrollo legal de los casos en que proceda tal recurso.

En efecto, el apartado 7 se limita a señalar que el recurso procederá contra «los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean susceptibles de casación ordinaria». Para empezar, no existen en sentido estricto autos que resuelvan recursos de apelación frente a resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que sean susceptibles de casación ordinaria. Así las cosas, parece no existir limitación a tal recurso. De forma por lo demás incomprensible, y al limitar la recurribilidad a los autos de las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación, deja fuera de tal recurso: a) Indiscutiblemente, los autos de los Jueces de lo penal cuando resuelven en apelación definitivamente sobre materias propias de ejecución (DA 5.ª núm. 2) b) ¿También los autos de las audiencias provinciales cuando actúan como órgano *ad quem* por ser el órgano sentenciador en materia de ejecución? La respuesta parece ser también positiva: de lo contrario, el núm. 7 no se hubiese referido a la «Audiencia Provincial», sino al «órgano sentenciador»; de no haberlo hecho así, hubiese quedado claro su extensión a las materias propias de ejecución —incluida clasificación—; de haberlo pretendido, entonces no se justificaría el disparate de excluir a unos órganos sentenciadores —juzgados de lo penal— y no a otros —Audiencias Provinciales—. La conclusión se impone: deliberadamente o por error, la *voluntas legis* conduce a excluir las materias propias de ejecución del recurso de casación, quedando limitado al régimen y demás cuestiones encuadrables bajo el genérico rótulo de actividad penitenciaria. Decisión, se concederá, incomprensible, por mucho que en una

parcela de la ejecución —la que concierne a la acumulación jurídica ex art. 988 si proceda recurso de casación, sólo que contra el Auto del último órgano jurisdiccional que dictó sentencia condenatoria—.

Pero la reforma ni siquiera acota el objeto del recurso: por principio, en ausencia de criterio alguno, cabe entender que el recurso cabrá cuando la respectiva Audiencia Provincial haya dictado en apelación un auto contradictorio entre sí con el de otra u otras Audiencias Provinciales, o con las propias sentencias del Tribunal Supremo resolviendo tales recursos. No cabe, en este sentido y ante el silencio de la ley, partir de un planteamiento más restrictivo, pues, como se dijo, tal recurso se presenta como el remedio último ante la situación que va a generarse con la reforma ante la presencia de decisiones contradictorias —las resueltas por los órganos sentenciadores— en un mismo Centro penitenciario.

Ahora bien, tampoco nada dice el precepto sobre el número de autos, o sentencias de la misma Sala Segunda, con las que deba entrar en contradicción el auto que se impugna por la vía casacional. Será probablemente el TS, el que nuevamente, ante la pereza legislativa, fije, si lo considera procedente, el número de resoluciones mínimo para poder apreciar contradicción; una contradicción que, se insiste, ni siquiera aparece citada en el apartado 7, pero que se infiere de la naturaleza del recurso.

Por otro lado, también guarda silencio el precepto sobre la forma de medir tal contradicción, en un campo tan complejo y delicado como el derecho penitenciario. Parece evidente, por analógica aplicación de lo dispuesto en el recurso previsto en la LO 5/2000, que el Auto que se pretenda recurrir deberá consignar hechos y valoraciones del caso que siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar a pronunciamientos distintos. Mas se imponía una clarificación en este ámbito que, tampoco, lamentablemente se ha dado.

Tema 14

La excarcelación

SUMARIO: 1. La libertad condicional. 1.1. Concepto y fundamento. 1.2. Requisitos. 1.3. Supuestos especiales de libertad condicional anticipada: 1.3.1. Desarrollo de actividades laborales y ocupacionales. 1.3.2. Septuagenarios y enfermos muy graves. 1.4. Revocación. 1.5. Efectos. 1.6. Procedimiento. 2. Licenciamiento definitivo y asistencia postpenitenciaria. 2.1. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo. 2.2. Asistencia postpenitenciaria.

BIBLIOGRAFÍA: *Vigilancia penitenciaria*, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994. ANTONINI, *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano 1990; ASENSIO CANTISAN, «Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional», en *La Ley*; CANEPA/MERLO, *Manuale di Diritto penitenziario*, Milano 1993; CARMONA SALGADO, *Comentarios a la legislación penal*, tomo. VI., vol. II Madrid 1986; «Circular de la Fiscalía General del Estado n.º. 4/1990 de 5 de noviembre», en *ADPCP*, 1991-II; CÓRDOBA RODA y otros, *Comentarios al Código Penal*, cit., t. II; *Informe del Consejo General del Poder Judicial del Proyecto de Código penal de 1994*; GARCÍA/TAMARIT, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia 2004; MAPELLI-TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid 1993; PELLUZ ROBLES, «Consideraciones sobre la libertad condicional», en *Vigilancia penitenciaria*; PRIETO RODRÍGUEZ, «La libertad condicional en el Derecho español», *AP*, n.º P20., 1990. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, t. 1, 1963; QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 2004, 3.ª ed.; RENART GARCÍA, F., «La libertad condicional: nuevo régimen jurídico», Madrid 2003.

1. LA LIBERTAD CONDICIONAL

La excarcelación o puesta en libertad de los condenados puede tener como causa la concesión de la libertad condicional o de la libertad definitiva. Ambas dan lugar al cese de la relación penitenciaria, aunque tan sólo la última supone la extinción de la pena. En ambos casos la libertad de los penados debe ser ordenada por la autoridad judicial competente, que es el Juez de Vigilancia en la libertad condicional y el Tribunal sentenciador en el caso de la libertad definitiva (art. 17 LOGP). En primer lugar nos ocupamos de la libertad condicional, que por sí sola es merecedora de

atención por separado, dejando para más adelante los aspectos relativos a la libertad definitiva y posteriores a la excarcelación.

1.1. Concepto y fundamento

La libertad condicional supone la excarcelación del condenado condicionada a que no delinca durante el tiempo que queda hasta la extinción de la pena. Tal como señalaba QUINTANO, el liberado sigue teniendo la condición de penado hasta el momento de pronunciarse el licenciamiento definitivo, a pesar de encontrarse en una situación fáctica de libertad efectiva¹.

Desde un punto de vista histórico la libertad condicional surge como un paso más en el desarrollo del sistema progresivo. Ya en la segunda mitad del siglo pasado se pusieron de manifiesto las ventajas que el sistema ofrecía para someter a prueba la capacidad del sujeto de reintegrarse a la vida en libertad. La idea de la libertad a prueba se pone en marcha en los Estados Unidos². Europa adoptó el sistema, y así, por ejemplo, el Codice Zanardelli (1889) introdujo ya este instituto. La legislación española tardó más en incorporarlo. La primera regulación del mismo proviene de la Ley de 23 de julio de 1914. La introducción de la libertad condicional obedeció a la necesidad de resolver los graves problemas de orden público que se habían planteado como consecuencia de la modificación del sistema penitenciario establecido para las cárceles africanas³. Los factores de tipo coyuntural incidentes en la primera regulación del beneficio explican la fórmula híbrida e incluso contradictoria consagrada en la citada ley y que después ha pasado a los Códigos penales de 1928, 1932 y 1944.

¹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, t. 1, 1963.

² El primer precedente lo sitúa DEL TORO en Norfolk el año 1847, reproducido posteriormente en ELMIRA (vid. CÓRDOBA RODA y otros, *Comentarios al Código Penal*, cit., t. II, p. 535).

³ El sistema penitenciario gradual implantado en las colonias africanas a partir del 23-12-1889 contemplaba un último período de cumplimiento de «libre circulación». La desigualdad de trato entre los centros africanos y los peninsulares (para los que no se había previsto este mecanismo), provocó situaciones problemáticas, como la de los presos liberados procedentes de África que eran después retenidos en penales situados en la península. El conflicto se agravó con la introducción de la libertad condicional en la jurisdicción de menores (a través del RD de 3-6-1901) y los intentos de resolverlo por la vía de indultos (incluso con una reforma de la Ley de 1870), que no hizo sino aumentar la tensión ante la acumulación de peticiones de gracia. Vid. DEL TORO, ob. ult. cit., p. 535-537.

En lo que concierne a la naturaleza de la libertad condicional, hay que decir ante todo que, aun siendo regulada en el Código Penal, es teóricamente una institución de carácter penitenciario, en tanto que circunstancia relativa a la ejecución de la pena que afecta a la forma de cumplimiento. Refuerza su naturaleza penitenciaria el hecho que el art. 72.1 de la LOGP, recogiendo los antecedentes de la normativa anterior, califique la libertad condicional como el cuarto grado, aspecto que ha sido puesto en cuestión por un sector de la doctrina⁴. En cualquier caso, debe reconocerse que la modificación, trascendental que supone en la situación del penado puede explicar que se haya optado por acometer la regulación de esta institución en el propio Código, decisión que permite eludir las críticas que de otro modo podrían efectuarse contra el vaciamiento de contenido de las penas por vía penitenciaria.

La regulación de la libertad condicional en el Código penal ha mostrado hasta fechas recientes un carácter moralista incompatible con los principios penitenciarios vigentes y con el contenido de algunos derechos constitucionales. De estas características, propias de una etapa ya superada de nuestra historia, podría parecer que se haya derivado una configuración «premia» de este instituto, de modo que su concesión sería más la expresión de una voluntad graciosa de la autoridad que de un programa propio de un sistema penitenciario moderno. No obstante, y ya con carácter previo a la reforma del Código, el principio resocializador, erigido en fin primordial de las instituciones penitenciarias, obliga a entender la libertad condicional como medida reeducativa, y no meramente como un premio por la buena conducta del penado⁵. En realidad, a pesar de su dimensión moralista —probablemente inevitable en su momento—, ya desde el primer momento se hace patente una idea correccional, que refleja el art. 5 de la Ley de 1914 al establecer que la libertad condicional se concederá «como medio de prueba de que el liberado se encuentra corregido». La libertad condicional es por lo tanto

⁴ La consideración de la libertad condicional como cuarto grado ha sido criticada por MAPELLI-TERRADILLOS (vid. *Las consecuencias jurídicas*, cit., p. 127).

⁵ Vid. en este sentido, ANTONINI, E., *Contributo alla dommatica delle cause estintive del reato e della pena*, Milano 1990, p. 210-211. También CANEPA/MERLO, *Manuale di Diritto penitenziario*, cit., p. 183-184.

El debate sobre la naturaleza del instituto procede ante todo de la existencia de dos tradiciones, la europea que concebía la libertad condicional como una manifestación del derecho de gracia, y la angloamericana en la que se configuraba como un medio para la reforma del penado. La regulación española participa de ambas influencias, (vid. DEL TORO, ob. ult. cit., p. 533).

esencialmente un instrumento ordinario para la consecución de los ideales resocializadores de nuestro sistema penitenciario.

Una vez afirmada la vinculación de la libertad condicional con el principio resocializador, debemos relativizar la transcendencia del debate existente en algunos ámbitos doctrinales y judiciales entre los partidarios de considerar la libertad condicional como un derecho del interno y los que, prescindiendo totalmente de la transformación de la legislación penitenciaria, siguen considerándola como acto de gracia⁶. La primera opinión se ha impuesto como criterio dominante en las Reuniones de los Jueces de Vigilancia penitenciaria. Según los criterios aprobados en la VII Reunión de septiembre de 1993, «la libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de la condena de privación de libertad, que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurran los requisitos establecidos por la Ley, de manera que, cuando aquél los reúna, la Junta de Régimen y Administración del establecimiento deberá elevar al Juez de Vigilancia el expediente correspondiente»⁷. Ciertamente, al no prever la Ley penitenciaria un catálogo cerrado de derechos de los internos, no hay inconveniente en formular esta clase de expectativas legítimas de los penados como «derechos penitenciarios». Ahora bien, en cualquier caso la proclamación de un tal derecho deviene irrelevante a los efectos que de ella se pretende derivar. En primer lugar, porque el art. 198 del Reglamento penitenciario ya obliga a la Junta de Tratamiento a elevar la propuesta, con la antelación suficiente y los certificados e informes necesarios, al Juez de Vigilancia para que dicte la resolución pertinente⁸. En segundo lugar porque, más allá de las formalidades establecidas reglamentariamente, considero que la propia Ley permite al interno solicitar directamente la

⁶ Vid. en este sentido ASECIO CANTISAN, *Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional*, en La Ley.

⁷ Vid. «Normativa penitenciaria», Aranzadi 1998, p. 282; vid. asimismo «Vigilancia penitenciaria», publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, p. 308. Como argumento favorable a esta propuesta puede mencionarse el art. 72-4 L.O.G.P., que es concluyente al establecer que «en ningún caso no se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución del tratamiento se haga merecedor de la progresión». Vid. en esta dirección, PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *La libertad condicional en el Derecho español*, AP, n.º 20, 1990. Debe subrayarse, sin embargo, que este precepto acentúa la idea antes destacada de que este derecho del interno debe vincularse estrictamente a las exigencias de resocialización del penado, sin que pueda ser conocido como una especie de «derecho a obtener un premio por la buena conducta».

⁸ Hay que entender que la Junta debe elevar el expediente con independencia del carácter favorable o desfavorable del informe.

libertad condicional en caso que la Administración penitenciaria no hubiera cursado el expediente. Las «propuestas» a que hace referencia el art. 76-2 b) pueden ser tanto las elevadas por la Junta de Régimen y Administración como las que efectúe directamente el interno cuando la Administración haya informado desfavorablemente sobre la liberación. Por otra parte, la afirmación de la existencia de un derecho del penado puede resultar contradictoria con la actual naturaleza de la libertad condicional si tal afirmación supone la necesidad de concederla con la mera comprobación del transcurso del tiempo y de la observación de buena conducta por parte del interno, prescindiendo de su incidencia en la reinserción social del sujeto.

1.2. Requisitos

El régimen jurídico de este instituto está regulado por los artículos 90 a 93 del Código penal y complementado por la Ley de 23-7-1914 sobre Libertad condicional, no prevista entre las disposiciones derogatorias de la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 que aprueba el nuevo Código Penal —a diferencia de lo que sucede con la Ley de condena condicional de 1908— y que se encuentra vigente en la medida que no contradiga el mencionado Código y la Ley penitenciaria. En términos generales y en una perspectiva de Derecho comparado puede decirse que de la regulación de los requisitos en el Código español destaca su simplicidad, pues no se imponen exigencias relativas a la duración de la pena o a no haber delinquirido durante el período de cumplimiento de la pena, aunque las modificaciones introducidas en leyes posteriores le dotan de una mayor rigidez en lo relativo al tiempo de cumplimiento exigido.

La LO 7/2003 ha introducido una incisiva reforma en la regulación legal de la libertad condicional, que se inscribe en la tendencia involucionista propia de la citada ley. Pese a que no se ve alterada la estructura del régimen legal de la libertad condicional, se introducen significativas modificaciones de contenido que suponen una reducción del poder de decisión de la jurisdicción, con un correlativo incremento de los poderes de la Administración Penitenciaria y la introducción de la emergencia de haber reparado el daño, aunque no como requisito autónomo sino como elemento que debe valorarse en la emisión del pronóstico favorable de reinserción social. También se ha incluido un nuevo supuesto excepcional de adelantamiento de la libertad condicional y excepciones a los beneficios en los supuestos de terrorismo y criminalidad organizada. Por su parte, la LO 15/2003 ha endurecido las condiciones para la excarcelación anticipada de los septuagenarios y de los enfermos incurables.

a) *Encontrarse en el tercer grado de tratamiento penitenciario*

La alusión expresa al tercer grado disipa las dudas suscitadas por la anterior referencia al «último período de la condena», confirmando el criterio dominante que ya interpretaba en tal sentido el antiguo art. 98 CP. El art. 61 RP, ya en esta dirección, preveía el inicio de la tramitación del expediente por parte de la Junta de Régimen y Administración cuando el penado deba cumplir pronto las tres cuartas partes de la condena y se encuentre clasificado en tercer grado.

b) *Haber extinguido las tres cuartas partes de la condena*

El Código penal español adopta un criterio único para todas las penas privativas de libertad, con independencia de su duración⁹. En el caso de pluralidad de condenas, se atenderá, como regla general, a la pena única refundida de conformidad con lo dispuesto en el art. 76 C.P. Sin embargo, el art. 78 ha establecido una excepción a esta regla, de modo que cuando la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal podrá acordar motivadamente que el cómputo «se refiera a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias», eso es, a la suma de las diversas condenas. Esta nueva medida refleja la inquietud, manifestada en el debate parlamentario del Proyecto de Código, y revitalizada en la LO 7/2003, por el llamado «cumplimiento íntegro de las penas»¹⁰.

Para el cómputo del tiempo de condena *extinguido* debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 193 RP: a) el tiempo de condena objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, procediendo como si se tratase de una nueva pena de duración inferior; y b) 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 la aplicación de la libertad condicional, y si el penado ha sido indultado se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarla de la suma total. Hay que tener en cuenta además las excepciones de que se trata en el apartado siguiente.

⁹ Este aspecto lo diferencia de otros Ordenamientos, en los que se introduce una distinción según la gravedad de la condena (vid. por ejemplo, los artículos 61 y 62 del Código portugués, vid. «Código penal», Coimbra 1998).

¹⁰ GARCÍA/TAMARIT, «La reforma de la ejecución penal», cit., p. 64 ss.

c) *Haber observado buena conducta*

El Código de 1995 sustituye la anterior exigencia de una conducta «intachable» por una mera referencia, más ponderada, a la «buena conducta». De entrada cabe valorar positivamente la modificación, ya que la antigua fórmula, interpretada de modo estricto, debiera haber llevado a excluir el beneficio a aquellos que tuvieran cualquier nota negativa en el expediente o hayan sido objeto de una sola sanción disciplinaria, convirtiendo la libertad condicional en una solución excepcional absolutamente contradicha por la práctica diaria. En un sistema orientado a preparar la reinserción social del penado el sometimiento a un régimen de libertad a prueba no puede ser un recurso extraordinario. Ya en esta línea, MAPELLI y TERRADILLOS se mostraban partidarios de negar el beneficio «cuando se constate que el penado muestra un estado de inadaptación permanente que revela una personalidad conflictiva a la que no es aconsejable poner en libertad desde una perspectiva resocializadora». Creo que debería matizarse este criterio en el sentido de no convertir en parámetro básico la «inadaptación permanente, dado que la falta de adaptación a un determinado régimen de la prisión no puede ser determinante cuando se trata de plantearse la oportunidad de una excarcelación y una tal inadaptación tiene previstas otras consecuencias más duras en la legislación penitenciaria, como la regresión en grado, que de hecho ya impediría gozar del beneficio. Con la referencia a la «buena conducta» nos hallamos ante un concepto absolutamente indeterminado difícil de rodear de una certidumbre que pueda evitar una dosis desmesurada de inseguridad jurídica. Sí debe al menos advertirse que la «bondad» de la conducta no puede apreciarse con arreglo a un código moral ni conforme a una valoración genérica por parte de la Administración penitenciaria, sino que debe basarse en los datos positivos y negativos que figuren en el expediente penitenciario del interno, con arreglo a criterios objetivos susceptibles de ser apreciados por el Juez de Vigilancia.

d) *Pronóstico individualizado y favorable de reinserción social*

Nos encontramos aquí con el elemento más significativo introducido en el CP1995, que sustituye la antigua referencia a las «garantías de vida honrada», anclada en la arcaica concepción moralista y «premio» ya afortunadamente superada. Este requisito, que completa la referencia por sí sola insuficiente a la «buena conducta» penitenciaria, constituye en realidad uno de los puntos clave de una política penitenciaria orientada a la resocialización del interno. A favor de la introducción de este requisito ha

jugado, además de la necesidad de sustituir la obsoleta cláusula del Código anterior, la preocupación por rodear la libertad condicional de ciertas garantías, con el fin de evitar los excesivos costes que un arbitrario uso de la misma pueda suponer para la seguridad ciudadana.

En realidad parece que lo se está aquí exigiendo es un juicio de pronóstico sobre la capacidad del sujeto de respetar la ley penal, con todas las dificultades que supone la realización de un pronóstico de esta clase. Podría pensarse que se cumple el trámite exigido en el art. 90.3 C.P. con el informe de carácter técnico (*informe pronóstico final*) del equipo multiprofesional de tratamiento, al que hace referencia el art. 67 LOGP, en el que «se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional»¹¹. La novedad del art. 90 C.P. en este punto reside en dos cuestiones. En primer lugar, el informe pronóstico pasa a tener un carácter preceptivo, por lo que debe ser incorporado de todos modos al expediente de libertad condicional. En segundo lugar, el Código expresa una voluntad de atribuir una mayor responsabilidad al Juez de Vigilancia en el proceso previo a la concesión de la libertad condicional. Para ello se le otorga la facultad de recabar los informes técnicos que estime convenientes, que pueden ser los del propio centro penitenciario u otros de carácter complementario. Sin duda el buen funcionamiento de esta y otras medidas implantadas en el Código de 1995 depende en buena medida de la creación de equipos profesionales de apoyo a los órganos jurisdiccionales, aspecto que las recientes reformas legales han seguido orillando.

La inevitable fragilidad de todo pronóstico debe estar acompañada de la previsión de ciertas garantías o del sometimiento del liberado a algún tipo de seguimiento institucional. Para ello el Código contempla la posibilidad de imponer la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el art. 105 C.P., medida que debe celebrarse aun siendo conscientes que la efectividad de la misma no queda ni muchos menos asegurada por el mero hecho de incorporarla a la Ley penal. Ello va más allá de las simples medidas que preveía, con escaso acierto, el Reglamento penitenciario de 1981, a saber: fijación de residencia y ocupación laboral o medio de vida, además de la actuación de la Comisión de Asistencia social penitenciaria (art. 63). La exigencia de una ocupación no resulta realista ni

¹¹ El RP 1996 confía la emisión del informe pronóstico de integración social a la Junta de Tratamiento (vid. art. 194 ss).

justa teniendo en cuenta la situación actual del mercado de trabajo, por lo que sería una exigencia contraproducente desde el punto de vista de las expectativas de resocialización del individuo. Los esfuerzos deberían más bien dirigirse hacia la previsión de recursos que permitan asegurar el seguimiento real del sujeto liberado.

El CP1995 prescinde de un requisito que se había mantenido en el Código anterior, cual era el de haber sido condenado el sujeto a más de un año de privación de libertad. Esta limitación trataba de conseguir una coherencia con la regulación de la condena condicional. Por otra parte, a su favor cabía invocar la necesidad de comprobar la adaptación del individuo a la vida en libertad, lo cual precisaba que el internamiento tuviese una cierta duración. Con el nuevo Código, ambos motivos perdían en buena parte su sentido, pues las penas que pueden ser objeto de suspensión de la ejecución pasan a ser con carácter ordinario las de hasta dos años y por otra parte desaparecen las penas de privación de libertad inferiores a seis meses y se contemplan mecanismos sustitutivos para las de hasta un año, por lo que parece razonable la supresión de innecesarias restricciones.

La LO 7/2003 ha añadido la condición de haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito como exigencia para considerar cumplido el requisito de gozar de un pronóstico favorable. Esta nueva condición, que se asemeja a lo previsto por otros ordenamientos¹², debe interpretarse en el sentido que se le ha reconocido en lo relativo al tercer grado¹³, de modo que la reparación constituye uno de los elementos cuya valoración resulta necesaria para emitir el informe al que se alude legalmente, que debe ponderarse conjuntamente con el resto de informaciones sobre la trayectoria penitenciaria del condenado.

1.3. Supuestos especiales de libertad condicional anticipada

El Código Penal prevé varios supuestos especiales en los que cabe la concesión de la libertad condicional antes del transcurso de las tres cuartas partes de la condena. En todos ellos, según se aclara expresamente, deben concurrir los requisitos de encontrarse en penado en tercer grado, haber observado buena conducta y contar con el pronóstico favorable de reinserción social.

¹² Así, por ejemplo, el Código penal italiano. Vid. CANEPA-MERLO, cit., p. 183-186.

¹³ Vid. Supra. T. 11,11.

1.3.1. Desarrollo de actividades laborales, culturales y ocupacionales

El art. 91-1 C.P. atribuye al Juez de Vigilancia la facultad de conceder la libertad condicional «excepcionalmente», a los penados que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, «siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales».

Esta vía extraordinaria para el adelantamiento de la libertad condicional se corresponde con otros modelos en la legislación comparada y sustituye a todas las anteriores redenciones, ya sea la ordinaria prevista en el art. 100 del antiguo Código que incidía en el cómputo de las tres cuartas partes, como la redención extraordinaria introducida en el art. 256 RP 1981, expresamente derogado¹⁴, que consistía precisamente en el adelantamiento de la libertad condicional. La vocación de síntesis del contenido de los dos antiguos beneficios se manifiesta en la referencia a las actividades laborales (sucedáneo de la idea de redención de pena por trabajo) a la vez que a las de carácter cultural u ocupacional. La fórmula alternativa utilizada permite evitar la negación del beneficio por la inexistencia de una suficiente oferta de trabajo penitenciario —así como la absurda situación anterior de resolver los agravios derivados de tales carencias a base de aplicar la redención de modo indiscriminado—. También puede coadyuvar a suplir esta deficiencia la inclusión de las actividades ocupacionales, destinadas a favorecer en los internos la adquisición de hábitos laborales y de los conocimientos o aptitudes necesarias para su futura reinserción laboral¹⁵.

1.3.2. Nuevo supuesto de anticipación cualificada

La LO 7/2003 ha introducido un nuevo supuesto de libertad condicional anticipada, que aparece en el nuevo apartado segundo del art 91 CP. La fórmula finalmente implantada, a partir de una enmienda del grupo parlamentario de Convergència i Unió¹⁶, responde a una orientación que se distancia en buena medida de las directrices generales de la reforma,

¹⁴ Así el inciso primero del nº 1-f) de la Disposición derogatoria de la Ley de 23-11-1995 que aprueba el Código Penal.

¹⁵ Vid. un mayor desarrollo de esta cuestión Supra, VIII, 7-4. Vid. asimismo art. 205 RP.

¹⁶ Vid. un mayor detalle sobre la gestación de la reforma en GARCIA/TAMARIT, "La reforma...", cit., p. 110-111.

aunque viene en cierto modo a complementarse con ellas según la lógica político-criminal que se expresa en la imagen del palo y la zanahoria. En cualquier caso, la introducción de un supuesto de anticipación cualificada que atienda a contenidos que conjuguen la dimensión reparadora con la rehabilitadora es un acierto, que permite compensar la desacertada y pobre versión de la anticipación excepcional introducida en el Código de 1995, que primaba aspectos más secundarios e incluso anecdóticos, como la participación en actividades laborales o culturales.

La opción de adelantar la libertad condicional hasta el límite máximo absoluto de la exigencia de haber cumplido la mitad de la pena impuesta, que tiene ciertos antecedentes y ejemplos similares en el Derecho comparado¹⁷, no supone alteración alguna en cuanto al cómputo del tiempo de pena cumplido. Siguen siendo válidos, por lo tanto, los criterios vigentes respecto a que las diversas condenas que extingue un penado se suman, al objeto de hacer efectivo el principio de unidad de ejecución, y que la concesión de un indulto parcial supone una disminución del total de la pena, de modo que el cómputo de las tres cuartas partes, los dos tercios o la mitad de ésta se efectúa sobre la pena rebajada resultante.

1.3.3. Septuagenarios y enfermos muy graves

El art. 92 C.P. recoge los dos supuestos excepcionales anteriormente previstos en el art. 60 RP 1981¹⁸, en los que establece una excepción al requisito de haber cumplido las tres cuartas partes e incluso las dos terceras de la condena: los condenados de setenta años (o que los cumplan durante la extinción de la condena) y los enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico.

Los dos casos previstos en el art. 92 C.P. responden a un mismo fundamento doble: los motivos humanitarios y la disminución de la necesidad del cumplimiento efectivo de la pena desde el punto de vista preventivo general y especial. El argumento de la necesidad hay que relacionarlo con la vigencia del resto de requisitos legales de la libertad

¹⁷ Vid. por ejemplo el art 176 CPI.

¹⁸ Aun sin cuestionar su justificación, la doctrina había denunciado a menudo la introducción de estas excepciones por vía reglamentaria. Superando las críticas al precepto, el Tribunal Supremo había entendido, mediante una resolución de 19/8/1988, que el art. 60 no merecía ser calificado como ilegal, dado que tiene como base razones de humanidad que lo justifican de acuerdo con el art. 10-1 C.E.

condicional, tal como especifica el citado precepto. En ninguno de estos casos la concesión de la libertad puede operar, pues, de manera automática, sino que estará subordinada a las expectativas de comportamiento futuro del sujeto. El sentido de la excepción debe ser el de que los impedimentos para la libertad derivados del comportamiento pasado del penado deberían ceder ante las razones de carácter humanitario, si ello no supone un riesgo intolerable derivado del posible comportamiento futuro. En esta dirección, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código penal de 1994 había llamado la atención sobre la conveniencia de no seguir exigiendo en todo caso la previa clasificación en tercer grado, lamentando que el pre-legislador no hubiera atendido esta sugerencia expuesta ya en relación con el Proyecto de 1992, y que finalmente fue una vez más desoída en el trámite parlamentario. El motivo alegado en el Informe era que se puede llegar a una situación terminal sin merecer la referida clasificación y no obstante deberían imponerse en última instancia las consideraciones humanitarias.

Este último aspecto es especialmente delicado en el caso de los enfermos muy graves, que en una mayor parte se concreta en los presos que sufren el SIDA, respecto de los cuales la gravedad y el carácter irreversible de la enfermedad van en ocasiones asociadas con una elevada peligrosidad criminal. La Circular de la Fiscalía General del Estado nº 4/1990 de 5 de noviembre¹⁹ hace referencia a la aplicación de este recurso jurídico excepcional a presos afectados por el SIDA, con el objeto de evitar un uso automático del mismo. En todo caso, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia constitucional existente, que sale al paso de tentaciones restrictivas. Así, la STC 48/1996, de 25 de marzo, considera que la norma incorporada al Código penal de 1995 trata de lograr un punto de equilibrio entre el derecho a la vida y el de la gente a su seguridad, y «no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario», debiendo imponerse razones no de *pietatis causa* sino relativas a criterios de justicia derivados de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite. Se añade que «no se trata de una excarcelación en peligro de muerte, sino para quien padece un mal sin remedio conocido según las reglas del arte médico», debiendo valorarse la incidencia negativa que la permanencia en el centro penitenciario puede tener para la salud del individuo,

¹⁹ Vid. ADPCP, 1991-II, p. 537 ss.

atendiendo a la «unidad psicosomática del ser humano»²⁰. El art. 196 RP establece una regulación específica de esta forma de libertad condicional. En caso que los servicios médicos del Centro penitenciario consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa excepcional, deben ponerlo en conocimiento de la Junta de Tratamiento. Tanto en este supuesto como en el de las personas que hayan cumplido los setenta años de edad, se elevará expediente de libertad condicional al juez de Vigilancia, en el que debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales para la concesión del beneficio e incorporarse un informe social en el que se haga constar la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar, así como, en el caso de enfermos muy graves, del informe médico acreditativo de la enfermedad y de la gravedad e irreversibilidad de la misma.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre introduce dos nuevos apartados en el art 92, por el que se reclama al Juez de Vigilancia penitenciaria que efectúe una valoración de «las circunstancias personales, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto». La reforma resulta desconcertante por diversos motivos. En primer lugar, por incidir sobre una materia, la libertad condicional, que ya había sido objeto de una profunda reforma tan sólo unos meses antes sin razón aparente que lo justifique. En segundo lugar, la dificultad por hallar un sentido racional a tal furor legiferante se acrecienta por la inexistencia de explicación alguna en la Exposición de motivos de la citada norma. Finalmente, un análisis del contenido de los nuevos números segundo y tercero del art 92 CP pone de manifiesto una desconfianza ante los Jueces de Vigilancia y en cierto modo ante los órganos de las Administraciones penitenciarias competentes, de modo que la preocupación que parece haber animado al legislador es la de enfatizar la necesidad de un control respecto a la peligrosidad criminal y por lo tanto la de evitar que por parte de los Jueces de Vigilancia se atiende en exclusiva o de modo primordial a consideraciones de carácter humanitario. Tal orientación viene subrayada por la distinción entre dos supuestos, según

²⁰ Vid. STC núm 48/1996, de 25 de marzo, en «Normativa penitenciaria», cit. El supuesto al que se refiere la sentencia se refiere a una dolencia cardiovascular calificada como «grave e incurable», con un «cuadro clínico de imprevisibles consecuencias», «para cuyo tratamiento resulta inadecuado el ambiente carcelario que incide desfavorablemente en una tal patología por la ansiedad inherente a la privación de libertad y al sometimiento a un régimen de vida impuesto y mantenido con estrictas medidas disciplinarias, provocando el incremento de la presión emocional (estrés)».

que se aprecie en el caso o no la existencia de un “riesgo patente para la vida del interno” (números tercero y segundo, respectivamente). El nuevo tratamiento legal de este supuesto excepcional de libertad condicional viene a confirmar, por otra parte, la necesidad de previa progresión al tercer grado penitenciario, incluso en los casos de peligro patente para la vida. La regulación de este supuesto, contenida en el art 92-3, resulta sumamente deficiente y confusa, aunque debe entenderse que el sentido de la distinción legal según la gravedad del pronóstico negativo para la vida del condenado no puede ser otro que el de establecer un mandato al órgano competente para la clasificación, que precisamente no es, como es sabido, el Juez de Vigilancia, para que valore con una mayor flexibilidad las circunstancias concurrentes en el sujeto en orden a acordar la progresión en grado.

1.4. Reglas de conducta

El CP 1995 introdujo como novedad la posibilidad que por parte del Juez de Vigilancia se impusiera, al acordar la libertad condicional de los penados, la observancia de reglas de conducta (art 90-2)²¹. En su versión original, el Código concretaba esta previsión mediante una remisión a las medidas de seguridad no privativas de libertad del art 105. Ciertamente resultaba algo sorprendente esta vinculación, que podía suponer una ruptura del principio según el cual el nuevo Código no reconocía otros supuestos de combinación entre penas y medidas de seguridad que no fueran el sistema de sustitución previsto para los inimputables o el sistema vicarial establecido para supuestos de semiimputabilidad. En todo caso, la reforma aprobada mediante la LO 7/2003 resulta en parte clarificadora al sustituir la referencia al art 105 por una remisión a los artículos 83 y 96-3 y utilizar las expresiones “reglas de conducta” y “medidas de seguridad” para referirse, respectivamente, a unas y otras. El problema se suscita ahora respecto a las del art 96-3, que pasan a ser designadas nominalmente como medidas. No obstante, parece razonable entender que esta remisión obedece meramente a razones de economía legislativa, de modo que, en caso de ser impuestas a los liberados las consecuencias jurídicas previstas en la citada norma, aquí denominadas, más escuetamente, “medidas”, carecerán de naturaleza de medidas de seguridad.

La doble remisión normativa provoca que el elenco de medidas y reglas de conducta devenga en exceso extenso, amén de caóticamente configura-

²¹ Vid. sobre el control de los liberados condicionales, art 200 RP.

do, a la par que se observa la ausencia de medidas que podrían tener mayor interés, como la “vigilancia de conducta”²², que acercaría la situación del liberado a la propia de un régimen de libertad vigilada, o la asunción de “compromisos de reparación” o trabajos o tareas de utilidad social, que podrían imponerse en su caso al amparo del art 83-1,5º CP y atendiendo al principio de voluntariedad. La parca y deficiente regulación legal de las reglas de conducta en el art 90-2 denota en general la escasa atención e interés que en ellas ha puesto el legislador. Nada se prevé en cuanto a la duración de las mismas. Ante el silencio de la ley, cabe entender que el Juez de Vigilancia estará sometido tan sólo a un límite máximo, el correspondiente al resto de pena pendiente de cumplir hasta la extinción definitiva de la misma. No son de aplicación los límites previstos en el art 105 de cinco y diez años para las medidas de seguridad ni los del art 80-2 para las reglas de conducta aplicables en caso de suspensión de la ejecución de la pena o los del art 89-2 CP relativos a los extranjeros expulsados, del mismo modo que tampoco son aplicables directamente el resto de previsiones legales referidas a las reglas de conducta del art 83 o a las medidas de seguridad, dada la distinta naturaleza de unas y otras²³.

1.5. Régimen especial para el terrorismo y la criminalidad organizada

La preocupación fundamental plasmada en la LO 7/2003 por introducir un régimen de excepcionalidad punitiva para los delitos de terrorismo, que se extiende a otras formas de criminalidad organizada, tiene tres manifestaciones en lo que atañe a la libertad condicional, en los artículos 90-1, 91-1 y 2 y 93-2 y 3 CP. La primera de ellas es la de mayor alcance, ya que proyecta sus efectos sobre el régimen general de la libertad condicional. Según el nuevo párrafo tercero adicionado al número primero del art 90 CP, se agrega un requisito en el caso de personas condenadas por los referidos delitos. Esta nueva exigencia para el acceso a la libertad condicional se articula propiamente como condición del pronóstico favorable de reinserción social y se concreta en el abandono de la actividad criminal y la consiguiente colaboración activa con las autoridades. Con ello la ley parece expresar una doble

²² Así, respecto a las medidas de seguridad, SANZ MORAN, A., “Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal”, Valladolid 2003, p. 237.

²³ Vid. un mayor desarrollo en GARCIA / TAMARIT, “La reforma...”, cit., p. 100-106

exigencia, de modo que no bastaría con el mero abandono si no va seguido de una conducta positiva de colaboración. Al tratar de concretarla, el farragoso texto permite dudar si sería suficiente una declaración expresa de repudio de las actividades delictivas y de abandono de la violencia con petición de perdón a las víctimas, aunque la alusión además a los informes técnicos confirma que en realidad la exigencia es doble y obliga a una conducta positiva²⁴.

La segunda medida excepcional consiste en la exclusión de los condenados por tales delitos de todos los supuestos de adelantamiento de la libertad condicional, exclusión que se establece con carácter absoluto.

Finalmente, se adicionan al art 93 CP dos nuevos apartados que prevén reglas especiales para la revocación de la libertad condicional de los condenados por delitos de terrorismo. La finalidad de las mismas es establecer una fórmula para controlar el cumplimiento de los compromisos a los que se condiciona la concesión de la libertad. Para ello se atribuye al Juez de Vigilancia, por una parte, la potestad de solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional y, por otra parte, la revocación de la misma si se han incumplido tales condiciones. En este último caso se trata de un mandato al Juez con idéntico automatismo que el establecido respecto a los supuestos de haber delinquirido o de haber inobservado las reglas de conducta, aunque no debe olvidarse que se trata de condiciones cuyo cumplimiento está sometido a una mayor relatividad. No se extiende en este caso la norma especial a los penados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, lo cual puede explicarse por la preocupación predominante del Grupo político impulsor del Proyecto de reforma por los supuestos de terrorismo.

1.6. Revocación

Según el art. 93 C.P., si en el periodo que falte al sujeto para cumplir su condena delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, le será revocada la libertad concedida y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del

²⁴ Se comentan los aspectos problemáticos de esta exigencia de disociación seguida de colaboración en GARCIA/ TAMARIT, "La reforma...", cit., p. 107-108.

cómputo del tiempo pasado en libertad condicional²⁵. En la previsión de la revocación se materializa el carácter condicional de la libertad. Tratándose de una disposición *contra reo*, debe interpretarse la expresión «delinquire» en sentido estricto, de manera que procede la revocación siempre que la infracción penal cometida tenga naturaleza de delito y no de falta. Es irrelevante, sin embargo la clase de delito cometido y la pena prevista, dado que la Ley se refiere al solo hecho de delinquir, a pesar que desde una perspectiva político-criminal orientada a la reinserción social del penado sería deseable una previsión legal más abierta, que no imponga la revocación según cual sea la naturaleza del delito y de acuerdo con las expectativas de rehabilitación del sujeto —un ejemplo de disfuncionalidad de la revocación sería el del condenado a una pena larga con buenas perspectivas resocializadoras que encontrándose en libertad condicional comete un delito de imprudencia—.

De acuerdo con las conclusiones aprobadas en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia penitenciaria, la resolución revocatoria tan sólo podrá dictarse después que el liberado haya sido condenado ejecutoriamente por el delito cometido. Por otra parte, el Código no ofrece una respuesta al problema de si la revocación es irreversible, sino que se limita a establecer que el condenado reingresará en prisión en el período que corresponda. Este último inciso permite sostener que la revocación no cierra la puerta a que más adelante el penado pueda volver a ser propuesto para la libertad condicional respecto a la misma condena. La referencia al período que corresponda sin ninguna connotación de tipo sancionador añadida supone el reingreso dentro del sistema ordinario de cumplimiento que, dado su carácter esencialmente progresivo, podrá dar lugar en su momento a hacerlo merecedor de la libertad condicional.

De modo coherente con los principios, emanados de la Constitución, que inspiran la nueva regulación de la libertad condicional, ha sido suprimida la referencia a la «mala conducta» como causa de revocación²⁶, con lo que se atiende la crítica efectuada al texto del Anteproyecto

²⁵ Según prevé el art. 201-2 RP, en tal caso el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, al Juez de Vigilancia, para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional.

²⁶ Tal referencia moralista no encajaba dentro del actual marco constitucional, a pesar de los esfuerzos de la doctrina para propiciar una aplicación razonable de la misma. En este sentido, ya con anterioridad a la misma reforma constitucional y penitenciaria, DEL TORO consideraba que si la libertad condicional es un sistema para

que la mantenía por parte del Consejo General del Poder Judicial²⁷. En su lugar el nuevo art. 93 C.P. ha introducido como causa de revocación la inobservancia de las reglas de conducta que en su caso hayan sido impuestas. No se acierta a comprender el motivo por el que en este caso el legislador no ha dado entrada a soluciones alternativas a la revocación, a diferencia del criterio seguido en el art. 84-2 C.P. respecto a la suspensión de la ejecución de la pena, donde cabe también la sustitución de la regla por otra. De modo contrario a lo que sucede respecto a la otra causa de revocación, no es necesaria aquí una condena ejecutoria. Bastará con un informe de la Comisión técnica y la resolución del Juez de Vigilancia (art. 93 C.P. y art. 76-2 b) LOGP).

En cuanto a los efectos de la revocación, el art. 93 C.P. introduce también una modificación significativa en relación con la regulación anterior, al aclarar que el tiempo pasado en libertad condicional se computará e efectos de la extinción de la pena. Se elimina de tal modo la regla punitiva según la cual la reincidencia suponía la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional. La nueva fórmula puede plantear la duda sobre el momento en el cual se interrumpirá el referido cómputo. Debe entenderse que la interrupción deberá retrotraerse a la fecha de la comisión del nuevo delito o en la que se haya materializado la inobservancia de la regla de conducta. La solución contraria, consistente en paralizar el cómputo con efectos de la misma fecha de la resolución revocatoria, daría lugar al absurdo de que el sujeto estaría extinguiendo la pena no obstante haber infringido ya las condiciones que le permiten cumplir en libertad.

De acuerdo con lo previsto en el art. 201-3, en caso de revocación, cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen

comprobar la readaptación del penado, «mala conducta» no puede identificarse con conducta inmoral, de manera que solamente procedería la revocación ante algún hecho que revele una falta de adaptación a la vida libre: así, pues, tan sólo sería mala aquella conducta que es negativa «a efectos de establecer un pronóstico negativo sobre la corrección del sujeto (Vid. DEL TORO, ob. cit., p. 549-550).

²⁷ El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código penal de 1994 calificó la reaparición de la referencia a la «mala conducta», después que hubiera desaparecido en el Proyecto de 1992, como un retroceso poco compatible con los artículos 59 LOGP y 237 RP, que fijan como objetivo del tratamiento el respeto a la ley penal. En caso de mantenerse, el Informe aconseja al menos matizar sus efectos, que no deberían comprender, en caso de revocación, la pérdida del tiempo extinguido en libertad condicional. Este último aspecto ha sido también acogido en el texto final del Código, según se comenta *Infra*.

ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación.

La L.O. 7/2003 ha añadido el art. 93-2, por el que se establecen nuevas posibilidades de revocación en los supuestos de terrorismo y criminalidad organizada, que han sido comentados anteriormente²⁸.

1.7. Efectos

La libertad condicional no surte efectos en lo que atañe a la extinción de la condena. En consecuencia, los plazos para la rehabilitación previstos en el art. 136.2 C.P. se computan desde el momento del licenciamiento definitivo²⁹.

De acuerdo con lo que dispone el art. 93 C.P., el período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte hasta el cumplimiento de la pena.

1.8. Procedimiento

El art. 76-2 b) LOGP atribuye expresamente la competencia para la resolución y revocación de las propuestas de libertad condicional de los internos al Juez de Vigilancia. El procedimiento administrativo para la tramitación de los expedientes de libertad condicional se halla regulado en los artículos 194 y siguientes del Reglamento penitenciario.

La Junta de Tratamiento, con la suficiente antelación al cumplimiento del plazo previsto en el Código penal, para evitar un retraso en la concesión del beneficio, debe proceder a la tramitación del expediente, en el que habrán de figurar, entre otros, el informe pronóstico de integración social, así como la propuesta de un *programa individual* y un *plan de seguimiento*. También contendrá, en su caso, la propuesta de una o varias de las reglas de conducta previstas en el art. 105 CP.

Si se trata de internos extranjeros no residentes legalmente en el territorio del Estado, o de españoles residentes en el extranjero, el Reglamento prevé que el Juez de Vigilancia pueda autorizar el disfrute de la libertad condicional en su país de residencia, pudiendo solicitar a

²⁸ Vid. *supra*, 14, 15.

²⁹ Así se hace constar de modo expreso en el art. 136-3 C.P.

las autoridades competentes del Estado correspondiente la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional establecidas en la legislación interna, siempre que lo permitan las normas de Derecho internacional³⁰.

Respecto al control del liberado, el Reglamento penitenciario prevé su adscripción al Centro penitenciario o Centro de Inserción Social más próximo al domicilio en el que vaya a residir, realizándose el seguimiento y control por los servicios sociales penitenciarios del centro, con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente. Un aspecto novedoso a tener en cuenta es también la elaboración de un *programa individualizado* para el seguimiento de los liberados, que se concibe como continuación del modelo de intervención de los penados. En este programa se incorporarán las reglas de conducta que imponga en su caso el Juez de Vigilancia.

La práctica diaria de la libertad condicional pone de manifiesto diversas deficiencias. Puede criticarse el automatismo de su concesión y de los teóricos informes pronóstico y el insuficiente seguimiento de los penados liberados. Incluso la Ley General penitenciaria parece partir del presupuesto del carácter absolutamente generalizado de la libertad condicional cuando vincula en su art. 67 la emisión del informe pronóstico final con la liberación del condenado, sin prever una vía para continuar el tratamiento en los casos en que el pronóstico fuese negativo y no se acordare la libertad condicional. De hecho, la libertad condicional se había convertido más en una vía, añadida a la redención de penas por trabajo, para limitar la duración excesiva de algunas penas, que en una forma de poner a proba la readaptación del sujeto a la vida en libertad. Esta situación se ha visto alterada, al menos teóricamente, con la aprobación del Código Penal de 1995, y encuentra un adecuado reflejo en el Reglamento penitenciario. Sin embargo, no debería olvidarse que las referidas deficiencias hay que atribuirles en buena medida a las carencias de personal técnico que afectan a los equipos de tratamiento y a las Comisiones de asistencia social³¹. Especialmente problemático resulta

³⁰ Vid. los aspectos relativos a la tramitación y concesión del cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia, en la Instrucción núm. 25/96 de la DGIP, de normas generales sobre internos y extranjeros.

³¹ Vid. PELLUZ ROBLES, L.C., *Consideraciones sobre la libertad condicional*, en Vigilancia penitenciaria, cit., p. 191, quien denuncia la aleatoriedad de los expedientes de libertad condicional y el funcionamiento desigual de las Comisiones de asistencia social.

el hecho que el Juez de Vigilancia no disponga de medios auxiliares propios de asesoramiento, por lo cual en la mayoría de ocasiones éste no puede hacer otra cosa que limitarse a ratificar las propuestas que le son elevadas desde la Administración, lo cual redundará en una degeneración de este órgano jurisdiccional.

2. LICENCIAMIENTO DEFINITIVO Y ASISTENCIA POSTPENITENCIARIA

2.1. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo

La excarcelación de un condenado se produce con la aprobación de la libertad definitiva, para la cual es competente el Tribunal sentenciador, o mediante la libertad condicional, ya examinada en el tema anterior. Antes de la aprobación de la libertad definitiva debe haberse efectuado la liquidación de condena. El criterio general de la aprobación de la libertad por parte del órgano sentenciador, establecido en el art. 17 LOGP, resultaba matizado en el art. 67 del anterior Reglamento, que introducía una excepción cuando se tratase de penas inferiores a seis meses, en las que «se entenderá aprobada la libertad definitiva con la remisión de la liquidación de condena en que figure el día en que aquélla quedará cumplida». Esta previsión, de indiscutible carácter práctico y que trataba de evitar que un defectuoso funcionamiento administrativo impidiera la excarcelación a que el sujeto tenía derecho, ha perdido buena parte de su sentido con la desaparición de las penas inferiores a seis meses producida a raíz de la aprobación del Código Penal de 1995, por lo que no se encuentra ya recogida en el actual Reglamento, que mantiene sin embargo otras garantías.

El procedimiento previo a la concesión de la libertad viene regulado en el art. 24 RP. Dispone el mencionado precepto que con una antelación mínima de dos meses antes del cumplimiento de la condena el Director del Establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de libertad para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia». El Reglamento no contempla otras reglas a seguir para el cómputo del tiempo líquido cumplido. Tal cómputo debe efectuarse por días en relación con cada condena, sin que sea aplicable al licenciamiento definitivo lo previsto (a los solos efectos de la libertad condicional) en el art. 193 RP respecto a la consideración de las diversas condenas como una sola, sin perjuicio de que

haya recaído la refundición acordada judicialmente en aplicación de lo dispuesto en el art. 76-2 CP³². Ello deviene confirmado en el art. 29 RP respecto a la obligación de retener a los penados que, habiendo dejado extinguida una condena, tengan otra pendiente de cumplimiento.

El Reglamento penitenciario contiene, como se ha indicado, reglas enderezadas a evitar el mantenimiento de la prisión por deficiencias burocráticas, que en definitiva permiten, aunque la conclusión no se haga explícita, la excarcelación del penado el día en que se extinga definitivamente su condena, con arreglo a la oportuna liquidación. En efecto, dispone el art. 24-3 que «si quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el Director del establecimiento reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibir orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta»³³. Con ello resulta contradicho lo establecido con carácter general en el art. 17 LOGP, que no da lugar a matices al afirmar que para proceder a la excarcelación de los condenados «será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador». Sin embargo, tal contradicción no resulta suficiente para afirmar la ilegitimidad de la norma reglamentaria acudiendo al principio de jerarquía normativa, ya que cabe sostener que la misma emana directamente del vértice del sistema de fuentes, al tratar de hacer efectivo el derecho a la libertad proclamado en el art. 17 C.E.; máxime cuando la medida aparece rodeada de las suficientes garantías para evitar que pudiera verse en la misma una vía para sustraer a la Administración de Justicia su autoridad para «hacer ejecutar lo juzgado». Cabe apuntar que esta excepción no es aplicable cuando la liberación definitiva obedezca a la concesión de un indulto, en que el art. 25 RP dispone que «el Director se abstendrá, en todo caso, de poner en libertad a los penados sin haber recibido orden o mandamiento por escrito del Tribunal sentenciador».

El Reglamento suprime las competencias de la Comisión de Asistencia Social en el trámite del licenciamiento definitivo, confiando al

³² En cuya virtud, las limitaciones penológicas en caso de concurso real de delitos se aplicarán aunque las penas se hayan impuesto en diversos procesos o los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.

³³ El actual Reglamento reduce los trámites en comparación con lo previsto en el Reglamento de 1981, al suprimir la necesidad de cursar la propuesta por segunda vez, un mes antes del día señalado, para reiterar, quince días después de la falta de respuesta, la comunicación al tribunal de excarcelar al interno en el día propuesto de ni recibirse orden expresa en contra (cfr. Art. 24-2 y 3 RP 1996 con art. 67,2, 3 y 4 RP 1981).

Director del centro al que están adscritos los liberados la competencia para formular las propuestas de libertad definitiva, siguiendo el régimen normal de tramitación.

Finalmente, si el condenado es un extranjero sobre el que ha recaído una orden de expulsión posterior a la condena, el art. 26 RP obliga a comunicar la fecha previsible de licenciamiento definitivo a la autoridad administrativa con una antelación mínima de tres meses, al objeto que por parte de ésta se puedan adoptar las medidas necesarias con arreglo a la legislación de extranjería³⁴. Por otra parte, en los casos de sustitución de pena privativa de libertad por la medida de expulsión del territorio del Estado (de acuerdo con lo previsto en el art. 89 CP), el art. 27 RP ordena la notificación al Ministerio Fiscal de la fecha previsible de extinción de la condena, que procede efectuar en todo caso cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de prisión.

2.2. Asistencia postpenitenciaria

La Ley Orgánica General Penitenciaria dedica un título autónomo a la asistencia postpenitenciaria. Con ello la Ley ha querido ser consecuente en su compromiso con el mandato resocializador derivado de la Constitución y consagrado en el art. 1 de aquélla, y trata de hacer frente a los obstáculos existentes para la reinserción social tras la excarcelación. En su artículo 73 establece que el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. Esta declaración programática es completada con otra no menos contundente: los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica. Se plantea con ello el problema de si esta prohibición general de discriminación contradice lo previsto por el Código Penal en lo relativo a la relevancia de los antecedentes penales —en la agravante de reincidencia y en la remisión condicional de la pena privativa de libertad— y al hecho de que tan sólo con la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena, según establecía el antiguo art. 118 C.P. La cuestión no puede obviamente plantearse en términos de derogación de lo previsto por el Código Penal, después de las reformas de 1983 y de 1995. En cualquier caso parece claro que la declaración del art. 73-2 tiene un carácter

³⁴ Vid. arts. 46 ss de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.